



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN LA
LEGISLACION CIVIL VIGENTE

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A
ARTURO ALBERTO ANGULO MARTINEZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CD. UNIVERSITARIA. D.F.



50
261
JUN 1994
1994



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**GRACIAS DIOS MIO POR TODAS LAS
BENDICIONES QUE ME HAS DADO**

Con amor, respeto y admiración
por todos los consejos y apoyo
que me dieron y me han dado
a mis padres:

Elvia y Jorge

A mis hermanos: Jorge, Carlos,
Marcos, Alejandra, Raúl,
Eduardo y a mi tía tellitos.

Por el afecto y la comprensión
que me han dado.

Con cariño y agradecimiento por el apoyo y comprensión que me han brindado mi esposa Maria de los Angeles, y a mis hijos Arturo y Alberto, a quienes les debo este trabajo.

A mis amigos en general por las experiencias que compartimos y que han enriquecido mi vida.

Por su colaboración, ayuda y apoyo
en la elaboración de este trabajo,
con respeto y afecto al
Lic. Rafael Rocher Gómez.

A la universidad Nacional Autónoma
de México, y a sus Catedráticos, por
las enseñanzas que me otorgaron
durante mis estudios en esta
Istitución Académica.

I N D I C E

INTRODUCCION	I
--------------------	---

CAPITULO I DESARROLLO HISTORICO

I. DERECHO ROMANO	1
II. DERECHO ALEMAN	7
III. DERECHO ESPAÑOL	15
IV. DERECHO FRANCES	22
V. DERECHO MEXICANO	
A. Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1870 y 1884	28
B. Ley de Relaciones Familiares de 1917	35

CAPITULO II LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL DE 1928

I. TEXTO ORIGINAL DE LA REGLAMENTACION DE LA INSTITUCION EN EL MOMENTO DE SU PROMULGACION .	41
II. PROCESO EVOLUTIVO EN RELACION A NUESTRA LEGISLACION	55
III. SITUACION ACTUAL DE LA INSTITUCION	64
IV. CONCEPTUACION DOCTRINARIA DE LA PATRIA POTESTAD	72

CAPITULO III
MODOS DE ACABAR Y SUSPENDER LA PATRIA POTESTAD

I.	ANALISIS DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL EN VIGOR	
	A. Comparación del Artículo 444 del Código Civil Vigente, con los Códigos Civiles de 1870 y 1884	78
II.	CASOS EN QUE PROCEDEN LOS JUICIOS DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.	
	Invocando la causal II	94
	Invocando la causal III	95
	Invocando la causal IV	99
	Invocando la causal V	101
	Invocando la causal VIII	103
	Invocando la causal IX	106
	Invocando la causal XI	108
	Invocando la causal XII	112
	Invocando la causal XIII	116
	Invocando la causal XIV	118
	Invocando la causal XVIII	120
III.	EFFECTOS Y REPERCUSIONES EN LA FAMILIA Y EN LA SOCIEDAD	129
	CONCLUSIONES	133
	BIBLIOGRAFIA	136

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

El propósito principal del presente trabajo, es realizar un breve estudio de la Institución de la Patria Potestad, y especialmente de la pérdida de este derecho, constituyendo el análisis de este tema el título de nuestro estudio, haciendo comenzar el mismo con una retrospectiva de la Institución a partir de la época clásica del Derecho Romano, hasta nuestros días, puntualizando los cambios que ha sufrido la misma.

De igual forma, a través de nuestro estudio, analizamos las doctrinas de diversos países, dentro de una larga historia de muchos siglos, con el propósito de tomar apenas algunos aspectos de la patria potestad, y poder entender mejor entre otras cuestiones el ejercicio de este derecho así como su pérdida, examinando las repercusiones que tiene tanto en la familia como en la sociedad.

De la gama de autores, leyes y documentos que tratan el tema central de nuestra investigación, se consideraron solo los más convenientes, en razón de los autores o traducciones de títulos al español, así como las disposiciones de fuente directa como informes y diarios oficiales que gozan precisamente de esta característica.

Se tomó como simple referencia el capitulado didáctico del Código Civil vigente, que trata la patria potestad y principalmente la pérdida de este derecho.

Se siguió un orden cronológico en cuanto nos pareció conveniente a la evolución que ha sufrido la institución y de esa forma llegar en principio a la conceptualización actual de esta, sugiriendo cambios precisamente en su concepto y alcance, tanto para los que ejercen la patria potestad, como los que están sujetos a la misma.

Es evidente que, tratándose este trabajo de la pérdida de la patria potestad en México, se estudió y se anotó principalmente el Derecho Romano y Español, siendo sobre todo una base indiscutible de la doctrina mexicana en esta especie, y así concluir en el aspecto histórico con el Derecho Mexicano, concretamente en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como en la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

Es innegable, que los aspectos de la institución, por su propia naturaleza, resultan en la actualidad antagónicos y fuera de contexto con una necesidad urgente de cambios y sobre todo por lo que respecta a la decisión del órgano jurisdiccional de decretar la pérdida de la patria potestad, en base al criterio de sólo un funcionario judicial, no cuestionando la capacidad de este, sino sobre todo el método jurídico de aplicación de la facultad discrecional con que goza, tomando todo ello en cuenta el campo y vida dinámica y social por la que atraviesa nuestro país y más preocupante el futuro de esta institución, extremo del que no es posible sustraerse del todo.

Por todo ello, la tesis de esta investigación es sugerir la creación de un órgano auxiliar de la administración e impartición de justicia en lo referente a las controversias del orden familiar y principalmente en los casos en que proceda la pérdida de la patria potestad, que en forma común y cotidiana se dá en determinadas causales de divorcio, siendo aquel un cuerpo consultivo para que el Juez de lo Familiar se allegue de mayores elementos diversos para decretar la situación de los hijos.

Por último, no debemos olvidar la necesidad de compilar todas las disposiciones que decretan la pérdida de la patria potestad que por demás están dispersas en diversos ordenamientos jurídicos.

CAPITULO I

DESARROLLO HISTORICO

I. DERECHO ROMANO

La mayoría de las instituciones familiares de Derecho Romano, son regularmente en beneficio del PATER FAMILIAS y es más notorio al referirse a los esclavos, ya que recae sobre éstos LA DOMINICA POTESTAS y sobre los hijos que es el tema central de nuestro trabajo, la patria potestad.

En Roma, en la época del Bajo Imperio se consideraba a la "patria potestad" como un poder disciplinario ilimitado que duraba hasta que el PATER FAMILIAS muriera, tenía este derecho única y exclusivamente el Padre. Así observamos un exceso en cuanto al derecho del padre hacia sus hijos al analizar la institución denominada IUS VITAE NECISQUE que en sí era el derecho del padre hasta de matar a sus hijos, encontrando aquella frase romana "quien puede lo más puede lo menos", por lo tanto, si podía matar a su hijo sin causa justificada, podría venderlo, aunque posteriormente, este derecho fué desapareciendo paulatinamente.

Poco a poco se fué configurando la patria potestad como un conjunto de derechos y deberes recíprocos, ya que el PATER FAMILIAS era responsable de las consecuencias de la situación patrimonial del menor, es también el caso en la época clásica que se reconoce el derecho a alimentos entre el PATER FAMILIAS y los hijos sujetos a la patria potestad. Se consideraba que los hijos de un concubinato duradero eran NATURALES LIBERI, exentos de la patria potestad.

En lo que se refiere a la reciprocidad de esos derechos y obligaciones, tenemos otro ejemplo, consistente en que tratándose de una hija, el padre debía dar la dote adecuada a su nivel social, tomando en cuenta que es sólo para el caso de que la hija contraiga matrimonio IUSTAE NUPTIAE. Otra consecuencia la encontramos cuando los hijos pretendían celebrar un justo matrimonio, éste debía obtener el consentimiento del padre, tomando en cuenta que este último tenía derecho a administrar los bienes adquiridos por el hijo.

Nos hemos referido a los hijos legítimos, sin embargo al referirnos a hijos naturales, tenemos antes que mencionar a la legitimación, entendiéndola por ésta, el procedimiento que servía para establecer la patria potestad. Se debe hacer la aclaración, que en el Derecho Moderno la legitimación es un modo de establecer la filiación, pero sus efectos obviamente son distintos a los que se concebían en aquella época; ya que cuando una persona mayor era legitimada, lo hacía bajar de calidad (CAPITIS DIMINUTIO MINIMA), y en el Derecho Moderno es un beneficio, como lo es el caso del derecho a heredar, a llevar u ostentar un apellido, etc., y se le impone un deber consistente en el dar alimentos al padre. (1)

En Roma se consideraba la patria potestad, y creemos que acertadamente, como la columna vertebral de la familia.

La patria potestad no tenía límites y este derecho era a la vez amplio, toda vez que no sólo se ejercía hacia los hijos sino también hacia todos los descendientes de éstos.

(1) Mergedent Floris, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Edic. 3a. Ed. Estíng. México, 1968. p.p. 193-197.

En el Derecho Romano, ni la madre ni los abuelos maternos ejercían la patria potestad, en tal virtud ni con el matrimonio, inclusive ni con la mayoría de edad se le consideraba como causa de emancipación.

El carácter principal de esta autoridad paterna, durante su desarrollo en el Derecho Romano, no tuvo por objeto la protección del hijo, sino antepuso el interés del jefe de familia. De este principio se derivan las consecuencias siguientes:

A medida de este desarrollo, no se modificaban las facultades de los que estaban sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les podía liberar;

Sólo pertenecía al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejercía;

Y por último, la madre no puede tener nunca la potestad paternal. (2)

Como ya observamos, este derecho fué sumamente rígido y estudiaremos como de acuerdo a su evolución fué atenuándose este excesivo derecho de autoridad.

Durante los primeros siglos del Bajo Imperio Romano, existía una decisión ilimitada, ya que tenía el padre el derecho sobre la vida y la muerte de sus hijos, incluso de abandonarlos. En tiempos de la República ya se empezaba a notar la moderación en el ejercicio de este derecho, principalmente en lo que se refiere al poder sobre la muerte de su hijo, ya que se tenía que contar con la anuencia de algunos parientes cercanos o

(2) Petit, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de la Novena Edición Francesa y aumentada con notas originales muy ampliadas en esta Edición por D. José Fernández González. Edic. 2a. Ed. Epoca. México, 1977. p. 101.

bien, con la opinión de los senadores para poder ejercer este específico derecho.

En la época del Imperio, de acuerdo con el relajamiento de las costumbres, se observó un abuso de autoridad paterna, fué hasta Adriano que tuvo que intervenir imponiendo como pena la expatriación del padre que matara a su hijo, y en el siglo II de nuestra era, fué cuando este derecho se convirtió en una corrección moderada, toda vez que para el caso de que el padre quisiera darle muerte a su hijo por alguna causa que así lo ameritaba, tenía que hacer la acusación delante del magistrado, que era la única autoridad facultada para hacerlo. A este respecto, consideramos que esta facultad que se le daba a un personaje público era demasiada por tratarse de un derecho intrínseco y personal de los padres con relación a los hijos.

El padre podía también mancipar al hijo, que en sí consistía en cederlo a un tercero, evidentemente era una venta que generalmente realizaban los padres en un momento de miseria, siendo en sí, no un esclavo pero sí un instrumento de adquisición, comprometiéndose el adquirente a liberarlo en un tiempo determinado, y si no lo cumplía se podía anular el MANCIPIUM, y quedar el hijo bajo la potestad nuevamente del padre, ésto trajo como consecuencia que el hijo emancipado más de tres veces era liberado de la patria potestad, para el caso de las hijas y los nietos, tenía como consecuencia los mismos efectos con una sola MANCIPIATIO, así fué establecido en la Ley de las XII Tablas.

Fue aquí también donde ya se estableció la MODICA CASTIGATIO, que consistía en que el padre podía aplicar una leve corrección al ascendiente, surgiendo el derecho del padre para autorizar o no el casamiento de su hijo, aunque aquí cabía la intervención del magistrado para suprimirlo; sin embargo, en la época de Caracalla, la venta de los hijos se declararon ilícitas, salvo en el caso de una extrema necesidad del padre, con DIOCLECIANO se prohibieron totalmente.

Por último, y considerando que es uno de los puntos de distinción y desarrollo en el Derecho Romano, encontramos que, el padre tenía el derecho de dejar abandonados a sus hijos, determinando que el hijo abandonado se encontraría en la patria potestad de quien lo encuentre y JUSTINIANO lo consideró libre. (3)

La fuente más importante de la patria potestad lo fue el matrimonio legítimo, pero también se podía adquirir por:

Adopción, ésta extinguía la patria potestad del padre anterior, para adquirirla el adoptante.

La Adrogatio, consiste en la adopción de una SUI JURIS, o sea, una persona no sujeta a potestad; en el Derecho Antiguo era preciso que se practicará una investigación previa para que se pudiera efectuar ésta, y así comprobar las condiciones necesarias, el adrogante no debía tener hijos legítimos.

La adopción es menos antigua que la ADROGATIO, pues su procedimiento se funda en un acto privado, lo que permite afirmar que ésta última fue la forma de adoptar de los patricios, a mayor entendimiento, la diferencia estribaba en cuanto a los requisitos para que cada una de éstas se llevará a cabo. Por ejemplo, en el caso de la adopción, debía existir una diferencia mínima de 18 años entre el adoptante y el adoptado, en caso de la ADROGATIO, el adrogante debía ser mayor a 60 años.

Otra forma de adquirir la patria potestad, fué:

La legitimación, que consistía:

(3) *Ibid.* p.p. 101-103.

En el matrimonio subsecuente de los padres, pero para ello debía reunirse determinados requisitos tales como que el matrimonio hubiera sido posible el día de la concepción del hijo, ya que los hijos adulterinos o incestuosos no podían ser legitimados; para el caso del concubinato, se debía redactar un contrato matrimonial, y así determinar la transformación en JUSTA NUPTIAE, no debiendo existir ninguna oposición, podemos decir que el matrimonio que se convertía en JUSTA NUPTIAE cualquiera que sea, podía ser fuente de la patria potestad. (4)

Sobre la extinción de la patria potestad, podría determinarse que existían las siguientes formas:

Acontecimientos fortuitos:

La muerte del PATER FAMILIAS.

Su reducción a la esclavitud del PATER FAMILIAS.

Elevación del hijo o de la hija a determinadas dignidades políticas o religiosas.

La caída en esclavitud del hijo.

La caída in manu de la hija.

Los actos solemnes que ponían fin a la patria potestad fueron:

(4) Arias Ramos, José. Manual de Derecho Romano. Edic. 2a. Ed. Guillermo Craft Ltda. Buenos Aires, 1972. p.p. 196-199.

La entrega en adopción, y la

Emancipación. (5)

En la anterior clasificación, falta únicamente incluir, que se extingue la patria potestad también por disposición judicial, como castigo al padre (en caso de prostitución de un hijo por ejemplo) o automáticamente por haber expuesto al hijo. Por la extinción de la Patria Potestad éste se convierte en PATER FAMILIAS.

En el caso de que el padre cautivo regresare a Roma, éste recobraba la patria potestad. (6)

II. DERECHO ALEMÁN.

De acuerdo a la concepción del Derecho Alemán el padre tiene la MUNT sobre el hijo, que significa un derecho y un deber de protección por inclusión, así como también la administración y disfrute del patrimonio del hijo.

La potestad del padre no es por toda la vida, sino que ésta termina en el Derecho Alemán hasta que el hijo haya crecido y tenga o pueda tener una vida económica independiente.

En el Derecho Alemán, sí se concibe la potestad de la madre hacia los hijos, pero podríamos decir que en potencia, ya que ésta permanece oculta en tanto que el

(5) Bravo González, Agustín. Compendio de Derecho Romano. Edic. 5a. Ed. Pax. México, 1979. p. 104.

(6) Margadant Floris, Guillermo. ob Cit. p. 198.

padre viva, pero en el caso de que éste fallezca, es ahí donde surge la patria potestad materna. (7)

La legislación Prusiana observa sólo la potestad del padre, pero obligaba a los hijos a venerar y obedecer a ambos padres, dando a la madre el derecho de cuidar y educar a los hijos junto al padre.

La patria potestad se extingue cuando el hijo mayor adquiere una posición económica separada a la de su padre, o bien, cuando explota el hijo un negocio propio, o es investido de un cargo público independientemente si recibe apoyo por parte del padre o no.

En el caso de la hija, se extingue la patria potestad en virtud del matrimonio, pero sólo en el caso de que lo haga con el consentimiento del padre o del Juez en substitución de aquel.

A la madre no competen derechos de tal naturaleza a los del padre, una vez muerto éste, se constituye la tutela sobre los hijos menores. Si el padre en vida ha nombrado tutor, el Juez deberá preferir a la madre con ese carácter.

En el Derecho Alemán se manifiesta de una manera más amplia el derecho que encuadra esta responsabilidad de ejercer la patria potestad, ya que tiene deberes como el de cuidar de la persona del hijo, que implica incluso, el de establecer su nombre, el de educarlo, de vigilarlo y determinar su residencia.

(7) Enneccerus Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martín. Derecho de Familia II. T. 4o. Ed. Bosch. Barcelona 1946. p. 44.

En un ordenamiento legal del Derecho Alemán, se menciona que la educación para la aptitud corporal, espiritual y social, es el deber supremo de los padres, y por otro lado debemos entenderlo como un derecho que tiene el mismo menor de edad a ésta educación.

La vigilancia podemos integrarla también como una especie de educación, toda vez que con ésta se pretende sustraer del peligro al hijo y de que no cause daños a terceros.

Es también un deber del padre el representar al hijo en sus asuntos personales, salvo los casos en que para tal efecto se haya designado un curador.

En virtud del derecho de educar a los hijos, el padre puede ejercer contra ellos los medios de corrección que considere pertinentes, omitiendo la ley cuáles son estas medidas correctivas, auxiliándolo para tal efecto el personal de las tutelas, ya que se reconoce el regreso del hijo escapado de su domicilio de residencia por medio del auxilio de la autoridad; sin embargo el padre no puede demandar contra el hijo la ejecución de sus mandatos en juicio civil.

La patria potestad no puede ser renunciada por el padre respondiendo de la inteligencia que puede emplear el en sus propios asuntos y en caso contrario, podrá el Tribunal de Tutelas imponerle medidas que considere pertinentes, incluso las de indemnización. Tampoco el padre puede transferir a otros el derecho de la patria potestad, pero sí puede valerse de terceras personas para ejercitarla, como es el caso de requerir a alguna persona para que lo lleve al colegio.

Cuando ambos cónyuges viven juntos, el padre ostenta totalmente la patria potestad, pero la madre tiene el derecho y el deber de cuidar del hijo, así como el derecho de corregirlo y en caso de diversidad de opiniones, prevalecerá la del padre.

El padre que no vive con la madre, tiene también contra ésta la pretensión de restitución del hijo, si ésta lo mantiene alejado del padre y no comprobare que el padre abusa de ese derecho, deberá restituirlo, pero en caso contrario, el Juez de Tutelas privará al padre de cuidar de la persona del hijo.

El deber que tiene la persona que ejerza la patria potestad, en lo relativo a la educación, impone medidas más o menos eficaces, y más aún, después de la Ley de Instrucción Pública de 1857 que declaró obligatoria la enseñanza elemental, imponiéndole a los padres que no cumplan con este deber, multas y amonestaciones.

Por otro lado, el deber de tener en su compañía o negocio a los hijos, no excluye que éstos puedan vivir separados de sus padres, pero por disposición de éstos. Existe como ya lo apuntamos anteriormente el abandono material por parte del hijo, teniendo el padre derecho de reclamarlo de quien lo tenga, aunque no obsta para que también el propio hijo reclame judicialmente ante los tribunales competentes el no estar con sus padres, ya sea por malos tratos o lo obliguen a realizar actos inmorales o deplorables. Una doctrina del tribunal superior, admite que aun sin privar a los padres de la potestad pueden los tribunales, en vía de jurisdicción voluntaria determinar que los hijos vivan en domicilio distinto al del padre o en su caso, al de la madre.

El deber de vigilancia que tiene la persona que ejerce la patria potestad, se entiende como un medio de educación, también responde por los daños ocasionados por sus hijos a terceros.

El derecho de corrección otorga al padre o en su defecto a la madre, la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente, pero no se señala el grado de esas medidas correctivas, aunque la dureza excesiva puede ser causa de privación o suspensión de la patria potestad, o bien constituir un delito.

Para llegar al buen ejercicio del derecho a ejercer la patria potestad, el gobierno auxilia a los padres en esta labor, otorgando a la autoridad gubernativa, ya sea en el interior del hogar para la detención, y aún para la retención de los hijos, así como Instituciones de Instrucción o Institutos legalmente autorizados que los recibieren.

Impedimentos del padre para ejercer la patria potestad:

Suspension de la patria potestad:

Para el caso de que el padre esté impedido para ejercer la patria potestad, como ya anotamos, la madre la ejercerá cuando subsista el matrimonio, pero para el caso de que la madre también esté impedida para ejercerla o bien se haya disuelto el vínculo matrimonial, los tribunales nombrarán un curador.

La patria potestad se suspende:

Cuando se considera incapaz al padre de realizar cualquier negocio jurídico.

En el momento en que su capacidad esté limitada o bien, se le haya designado algún curador por causa de enfermedad.

Y por último cuando por conducto del Tribunal de Tutelas se demuestre que el padre está impedido de hecho por mucho tiempo para el ejercicio de la patria potestad, ésta queda en suspenso, hasta que el tribunal considere que ya no existe ninguna causa para privarlo de su ejercicio.

En los supuestos anteriores, el padre no puede en general ejercer ninguna función en cuanto a la patria potestad, pero si el padre no está limitado en su capacidad, o bien tiene un curador para su persona y patrimonio, conserva el cuidado de la persona junto al representante legal, en caso de alguna diferencia de opiniones, prevalecerá la del representante legal teniendo el derecho sobre el goce de los bienes del menor. (8)

Terminación de la patria potestad del padre y sus elementos singulares:

La patria potestad se termina:

Cuando el hijo es mayor de edad o declarado como tal.

A la muerte del hijo. Si es declarado muerto, la patria potestad sólo termina presumiblemente.

Al momento en que muera el padre. Si la madre vive todavía, tendrá la plena patria potestad. Se extingue no de manera presunta sino efectiva, a partir de esta circunstancia la patria potestad corresponde a la madre si vive todavía.

Si vive el padre que ha sido declarado muerto, podrá recuperar nuevamente la patria potestad mediante declaración hecha al Tribunal de Tutelas, si la declaración de muerte es dejada sin efecto a consecuencia de una demanda de impugnación, la situación será considerada como si la patria potestad del padre no hubiera terminado, por consiguiente, se considerará incluso como si la de la madre no hubiera nacido, pero los actos jurídicos que la madre haya hecho para el hijo en virtud de la declaración de muerte, no pueden ser discutidos.

(8) *Ibid.* p.p. 96 y 97.

En caso de ulteriores nupcias de la madre, también se pierde la patria potestad.

El padre puede ser privado de la patria potestad, por virtud de un crimen cometido intencionalmente contra el hijo, o bien si es condenado a prisión correccional o presidio por un mínimo de seis meses.

El padre pierde la patria potestad si el hijo es adoptado por un tercero.

Cabe hacer la aclaración, que la adopción sólo es posible con el consentimiento de los padres naturales, a menos que éstos se hallaren impedidos permanentemente para emitir una declaración, o su paradero es definitivamente desconocido.

Cuando una hija se casa, el cuidado de su persona se limita a la representación en los asuntos relativos a la persona, mientras en los demás el cuidado compromete al marido.

A la hija le es lícito casarse a los 16 años; el hijo no debe casarse antes de la mayoría de edad o sea, al terminar la patria potestad. Si ocurre que se case con un menor de edad mientras esté sujeto todavía a la patria potestad, el matrimonio no altera en absoluto este derecho, ni siquiera en cuanto al aspecto de cuidado de la persona. (9)

El Tribunal de Tutela interviene cuando el padre trata de abandonar a su hijo o por incurrir en conductas deshonestas o inmorales, hay culpa cuando el padre por falta de comprensión choca con la conducta natural de todo ser humano, es cuando el tribunal impone las medidas necesarias para evitarlo y puede introducir al hijo en una familia honrada e incluso, privar

(9) *Ibid.* p.p. 98 y 99.

totalmente al padre del cuidado de la persona del hijo, aunque antes de dictar cualquier resolución, deberá escuchar la opinión de la oficina de protección de la juventud, si son urgentes estas medidas dictará lo conducente de inmediato.

Hemos anotado la intervención que tiene el Tribunal de Tutelas en el sentido de hasta qué punto debe cooperar para el buen desempeño del ejercicio de la patria potestad, y hasta qué grado puede decidir en su contra, pero antes de tomar una decisión por medio de la cual se prive o limite al padre del cuidado de la persona o del patrimonio del hijo, este tribunal deberá oír al padre si esto fuere posible, a los parientes, especialmente a la madre, o bien, a los afines del menor. (10)

"En el Derecho Romano se fijó prematuramente, y las modificaciones económicas en la organización de la familia no se manifestaron sino en una época en que el Derecho había adquirido ya toda su rigidez. En cambio, el Derecho germano pudo adaptarse mejor a las realidades de la vida, y su sistema, en definitiva fué el siguiente: el hijo que continuaba habitando la casa paterna, permanecía bajo la autoridad del padre; el hijo mayor que la abandonaba se hacía independiente." (11)

(10) *Ibid.* p.p. 100 y ss.

(11) Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Edic. 8a. Modificada y Ampliada con la colaboración de José Ma. Castán Vázquez. T. V. Derecho de Familia. Vol. Segundo. Ed. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1966. p.p. 135 y 136.

III. DERECHO ESPAÑOL

La evolución de la patria potestad en España la estudiaremos de la siguiente manera:

España Visigoda: En los inicios de esta época, se continuó la tradición legislativa del Bajo Imperio Romano, tomando posteriormente en cuenta la transformación del Derecho Romano.

Conforme a esta concepción, la legislación evolucionó frente al poder absoluto del padre, y así poco a poco se fué combatiendo el IUS VITE AC RECIS, consistente en el derecho de exposición, e incluso el IUS VEN DENDI, y es así, como la extinción de la patria potestad visigoda reflejó su procedencia en el Derecho Romano.

La Reconquista: En esta época posterior a la invasión musulmana, continuaba vigente la concepción de la patria potestad Visigoda, llegando hasta la desaparición total de ese poder paternal, convirtiéndose en un interés de los hijos, y así llegar hasta un derecho natural, es cuando se prohíbe la venta, donación o pignoración del hijo bajo pena de nulidad, al respecto opinamos que era poco el castigo o pena impuesta al padre que realizaba estos actos, ya que debió de haber existido una pena pecuniaria o corporal, o bien, ambas para el padre que las efectuara.

Las Partidas acogieron la concepción del Derecho Romano de Justiniano, estas concebieron a la palabra POTESTAS, como significado de poderío, entendiéndose por éste, un ligamento de reverencia y castigamiento que existía del padre sobre su hijo, es decir, que en

las Partidas no se entendió a la patria potestad como un poder ilimitado del padre, pero tenía éste el derecho de vender o empeñar a su hijo en caso de hambre o extrema necesidad, tomando como razonamiento que esto era preferible a que mueran ambos. El padre cuando ejerce el derecho de corrección, lo debería hacer con mesura y piedad, sancionando el exceso de este derecho con la pérdida de la patria potestad. Así también para el caso de que prostituya a la hija.

En los siglos XVIII y XIX siguió vigente la legislación anotada anteriormente, sólo con la innovación de las Leyes del 47 y 48 del Toro, que consagraron la emancipación por el matrimonio; la ley del Matrimonio Civil de 1870 que determinó este concepto en su artículo 64, por lo tanto es aquí donde la patria potestad es ya temporal y limitada, al establecerse claramente el derecho que tenían los padres a corregir y castigar "moderadamente" a sus hijos. En sí se consideraba entre otras cosas a la patria potestad como un poder útil al hijo, cuestión que debió permanecer muy distante de aquel derecho ilimitado que tenía el padre hasta de matar a su hijo. (12)

Se concebía a la patria potestad como una autoridad conjunta entre el padre y la madre. Se percibe el aspecto moderno de la patria potestad, la define como el conjunto de derechos que concede la Ley a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, pero se mencionan dos situaciones importantes, que son: deben ser menores y no emancipados, para así proveer a la asistencia, educación, y protección de ellos mismos; otras definiciones españolas se van más allá, pues determinan los conceptos de instituciones de asistencia y protección, y más aún, se le dió un gran alcance al decir que la patria potestad existiría, aún cuando no hubiera Derecho positivo, ya que es un derecho natural.

(12) Castán Vázquez, José María. La Patria Potestad. 3ª Edic. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1960. p.p. 11-29.

Otro aspecto importante es la orientación actual sobre la participación de la mujer en el ejercicio de la patria potestad, a diferencia del Derecho Alemán como lo anotamos anteriormente.

En España, corresponde en principio la patria potestad al padre, y en su defecto a la madre refiriéndose a los momentos en que ésta ejerce este derecho, y no sólo en el caso de la muerte del padre, sino también cuando se dé una incapacidad o ausencia, o bien, cuando el marido se encuentre prófugo, aunque es evidente que la madre tiene injerencia sobre el hijo concurrentemente con la del padre en el núcleo familiar, es decir, de las relaciones internas de la familia cabe hacer mención que el padre natural también ejerce la patria potestad sobre los hijos reconocidos, aunque existe una interrogante para el caso de que el reconocimiento del hijo sea simultáneo con el de la madre, en primer término la patria potestad es de ambos, pero si la madre lo reconoce primero ¿quién será el que ejerza la patria potestad?, la Doctrina Española divide este criterio, ya que algunos autores sostienen que debe darse preferencia al padre, y otros manifiestan que debe darse este derecho a la madre, aunque una sentencia del 16 de junio de 1900 se inclinó a dársela al padre, consideramos que es injusto, ya que no se le puede quitar esta preferencia a la madre que reconoció al hijo primero que el padre, toda vez que como anotamos anteriormente es un derecho natural.

Deberes de guarda y dirección: Se refiere a los deberes de los hijos para con sus padres, pues tienen que guardarles respeto, obedecerlos y atribuirles reverencia; por otro lado, tenemos los deberes de los padres, como es el de proporcionales alimento y educación. En el primer caso, incluso se establece esta obligación en un ordenamiento penal como una conducta delictiva por abandono de familia, igualmente encontramos el hecho de que el padre debe estar en compañía del hijo, pero no excluye que éste, con consentimiento de aquél, viva en domicilio distinto, aquí se consagra otro derecho que tiene el padre en sentido contrario al inmediato expresado, ya que éste se encuentra posibilitado de reclamarlo de cualquier persona que lo tenga en su poder.

En cuanto a la obligación que tiene el padre a instruir y educar a sus hijo, tenemos un antecedente en la Ley de Instrucción Pública de 1857, que determinó obligatoria la enseñanza elemental y con posterioridad se confirmó este precepto en la Ley de Educación Primaria de 17 de julio de 1945, pero se contempla que ésta debe ser a la medida de las posibilidades de cada padre, y en caso de no realizar y cumplir con este deber, se le puede incluso privar de la patria potestad.

También se estipula el deber que tiene el padre de representar a su hijo en todos aquellos actos que así lo requieran, y sólo para el caso de que existiera una diferencia en los intereses que tenga el padre con respecto a los del hijo, se nombrará un defensor judicial al menor.

Encontramos en el contenido de la Institución la facultad de corrección, misma que implica lo siguiente:

Solicitar el auxilio de las autoridades, ya sea en el domicilio familiar, o bien para la detención o retención del menor en establecimientos de instrucción o institutos legalmente autorizados para recibirlos.

Solicitar la intervención del Juez, para que éste decrete la detención del hijo hasta por un mes en establecimientos correccionales. (13)

Actualmente se concibe la patria potestad en el Código Civil Español como una función temporal productora de deberes para el padre, y que limitan las facultades atribuidas desde luego a este, así la fiscalización del ejercicio de la autoridad paterna, entendiéndose, que el estado tiene el derecho y el deber de cuidar y vigilar como cumple el padre las obligaciones y deberes que le impone la Ley.

(13) Castán Vázquez, José María. ob. cit. p.p. 134 y ss.

Existe también lo concerniente al hecho, de que aún cuando el ejercicio de la patria potestad es autónomo, aunque se presume que por muy responsable que sea el padre, sobre todo en lo que se refiere a la educación y a la guarda de los hijos, deberá permanecer sometido al arbitrio de los tribunales que pueden moderar el ejercicio de este derecho, si el padre no ejercita la patria potestad en beneficio del hijo o abusa de ésta, puede ser privado total o parcialmente de la patria potestad.

Extinción de la Patria Potestad.

Las formas de extinción de la patria potestad, se dividen en dos grupos y son:

Modos Absolutos.

Muerte de los padres, es obvio ya que se carece del sujeto que pueda ejercerla, en el caso del Derecho Español, no otorga a los ascendientes ese poder paterno.

Muerte del hijo, es también otro modo natural de extinguir la patria potestad.

Emancipación del hijo, también se encuentra la extinción del poder paterno teniendo diferentes formas:

En el caso de mayoría de edad, cuando el hijo alcanza ésta, se resume que no necesita el cuidado o protección de sus padres, en el Derecho Español comienza a los 21 años.

Al contraer matrimonio, fundándose en que este es incompatible con el hecho de estar el hijo todavía supeditado a la patria potestad de su padre.

Por concesión del padre o la madre, requiriéndose, que el menor tenga cuando menos 18 años, otorgándose en escritura pública o por comparecencia ante el Juez Municipal.

En el caso del matrimonio del padre o la madre viudos, tomando en cuenta que el nuevo padre o madre en su caso, pudieran tener una mala influencia hacia el menor, a menos que como lo dispone la Ley Española que el difunto haya determinado en vida mediante testamento, que en el supuesto de que su viuda contrajera matrimonio, podía conservar la patria potestad.

Por matrimonio del padre o de la madre naturales, es razonable que estas nuevas nupcias sean con persona distinta al que procreó, con el que reconoce al hijo natural.

Por concesión de la patria, y que es a quien en tiempo de guerra y siendo mayor de 18 años se haya enlistado en el Ejército Militar o Marina Nacional.

La llamada emancipación tácita del menor que vive con independencia.

Modos Relativos.

Las causas que motivan la extinción relativa, o pérdida de la patria potestad se clasifican a su vez en extrajudiciales y judiciales:

Extrajudiciales, ésta se dá con la adopción del hijo por otra persona, y adquiere este derecho el adoptante sobre el adoptado.

Judiciales, se produce la pérdida de la patria potestad a través de las siguientes formas:

La sentencia firme en causa criminal, que se imponga esta pena, siendo el caso de los padres que consientan la corrupción o prostitución de sus hijos, así como a los culpables del delito de abandono de familia.

La sentencia de divorcio que declare la pérdida de la patria potestad, refiriéndose a aquellos padres que traten a sus hijos con excesiva rudeza o les dieran órdenes o consejos corruptos o inmorales.

Cabe hacer mención, que las anteriores formas de perder la patria potestad, no extinguen el deber de los padres de proporcionar alimento.

Notamos que esta clasificación Española de extinción de la patria potestad, en lo referente a los modos relativos, lejos de ser una forma de extinción, encierra la pérdida de este derecho. (14)

Suspensión de la Patria Potestad.

La patria potestad se suspende por:

La incapacidad o ausencia declarada judicialmente del padre, o en su caso de la madre.

La interdicción civil.

La dureza excesiva en el trato de los hijos, sólo en caso de que el tribunal aprecie esta causa de suspensión.

(14) *Ibid.* p.p. 117-121 y 327-337.

Las anteriores formas de suspensión son las que se encuentran enmarcadas en el Código Civil Español de 1889, sin embargo, encontramos que también se puede suspender la patria potestad a los padres que abandonen a sus hijos.

Modificaciones de la Patria Potestad.

La patria potestad se modifica por decreto judicial cuando así lo considere el tribunal, cuando se maltrate a un hijo en forma excesiva, puede ser que no se pierda la patria potestad, ni se dé la suspensión del ejercicio de ésta en todos sus derechos, sino la privación total o parcial del usufructo que estuviere disfrutando de los bienes de su hijo. (15)

IV.- DERECHO FRANCÉS.

La patria potestad en el Derecho Francés pertenece al padre y a la madre, nunca a los abuelos, aunque los nietos los deben honrar y respetar, sin embargo podemos decir que su ejercicio está conferido al padre, considerado como el jefe de familia. En cuanto a la madre, ésta ejercerá este derecho cuando se ha privado al padre, o si ha sido condenado a la pérdida por el abandono de su familia, o bien cuando fallece el cónyuge, el que subsiste ejerce la patria potestad, cuando muere éste, la patria potestad es reemplazada por la figura de la tutela, esta concepción está dividida, como observaremos posteriormente.

En los casos de divorcio o separación de cuerpos, el ejercicio de la patria potestad persiste, aunque es lógico que en el renglón de la custodia del menor se confía principalmente al cónyuge inocente, sin embargo tienen los tribunales la facultad de otorgar esta prerrogativa al culpable o algún tercero en interés del menor.

(15) *Ibid*, p.p. 177, 178 y 184.

Lo anterior es para el caso de los hijos legítimos, el hijo natural que no tenga establecida su filiación, se encontrará bajo la figura de la tutela, en el supuesto de que el hijo sea reconocido simultáneamente por ambos padres, el ejercicio de la patria potestad pertenecerá al padre, y al autor del primer reconocimiento, si son sucesivos. Se nota a nuestro juicio en esta disposición el exceso de facultades de los tribunales en el sentido de que estos podrían determinar lo contrario, argumentando un beneficio para el menor.

La patria potestad contiene diversos derechos hacia la persona que la ejerce, y son:

El derecho de guarda y dirección, que consiste no precisamente en un derecho, sino consideramos que más bien es un deber del padre de mantener y educar al hijo.

El derecho de corrección paternal, que incluía el derecho hasta de encarcelar a su hijo, aunque los tribunales de 1804 legislaron respecto al abuso de éste, en la actualidad ya no es prerrogativa del padre, sino del Presidente del Tribunal de Menores, substituyéndose por una medida de colocación que tiene por objeto corregir al menor.

Derecho de goce legal, que es aquel que ejerce el padre sobre los bienes del menor de 18 años no emancipado.

Existe la obligación alimentaria recíproca, la evolución del Derecho Francés, como de la mayoría de las legislaciones, parte del Derecho Romano, la evolución radical a este renglón la encontramos en la Ley de 22 de septiembre de 1942, estableciendo al respecto que se ejercerá el derecho de la patria potestad en interés del matrimonio y de los hijos, encontrándonos que es un derecho fácilmente susceptible

de abuso, que será controlado por el Estado a través de los tribunales. (16)

Julián Bonnecase, define el concepto de patria potestad como:

"En el sentido amplio del vocablo, la patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en su persona como en su patrimonio."

Esta noción de la patria potestad es muy amplia, y forma un contraste con la que ordinariamente dan los autores; éstos en su definición se refieren al padre y a la madre únicamente, difiere de lo anotado en el párrafo anterior, en lo que respecta a que la patria potestad no pasa a los ascendientes. (17)

Para explicar en que medida pertenece la patria potestad a los ascendientes, se distinguen dos períodos:

Después de la muerte del padre y de la madre, pareciere que la transmisión de la patria potestad a los ascendientes debería darse en su integridad, pero esto no sucede así, en primer término, como ya lo anotamos, el hijo queda sujeto a la tutela, y por otro lado, ésta corresponde a los ascendientes, estando supeditados a las modalidades de la privación de este derecho.

(16) Mazeaud Henri, León. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. IV. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959. p.p. 82-86.

(17) Bonnecase, Julián, Elementos de Derecho Civil. Traducción por el Lic. José María Cajica Jr. T. I. Ed. José María Cajica Jr. Puebla, Pue. México, 1945. p. 427.

Cuando el cónyuge que falleció no hubiera nombrado tutor, se les confiere a los ascendientes el derecho de dar o negar el consentimiento al matrimonio de los descendientes, notándose más la influencia de éstos, en el dominio patrimonial de aquellos.

Durante la vida de los padres, efectivamente ni la legislación, ni la doctrina se han ocupado de contemplar este aspecto, sin embargo por la influencia de la costumbre y la desorganización de la familia por el divorcio, se ha tenido la necesidad de la intervención por parte de los Tribunales a través de la jurisprudencia, constituyendo el derecho de visita, ya que como acertadamente lo establece, los padres no podían suprimir toda visita en relación con los abuelos, y por otro lado una disposición legal constituía un obstáculo para que el hijo fuera confiado judicialmente contra la voluntad de su padre al cuidado de sus abuelos por temporadas, los tribunales tienen la facultad de atenuar esta regla, todo esto en beneficio del menor, no afectando la autoridad del padre. (18)

Privación total de la patria potestad.

Existen las siguientes causas de privación total de la patria potestad, que en ocasiones son obligatorias por parte del Juez y otras son facultativas.

Se impone la privación total de este derecho por parte del Juez obligatoriamente por:

Una condena por crimen cometido contra el hijo, o bien dos condenas por delitos distintos cometidos contra él.

Una condena por complicidad en crimen cometido por el hijo, o dos condenas por complicidad en delitos cometidos por el hijo.

(18) Bonnescase, Julián. ob. cit. p.p 432-433.

Una condena por incitar a una hija menor a la corrupción, o por condenas por excitación habitual de menores a la corrupción.

Las causas de la privación facultativa son por:

Condenas de alguno de los progenitores.

Colocación del hijo en una institución de educación correccional.

Cuando comprometen al hijo, por malos tratos, embriaguez habitual, mala conducta notoria, falta de cuidado por no tenerles una debida dirección, ya sea en la salud, seguridad y moralidad.

Los efectos de la pérdida de la patria potestad consisten en que el padre que la sufre, es despojado de todos los atributos de la misma, respecto a los hijos nacidos o hijos por nacer, pierde el derecho de consentir en el matrimonio, en la adopción y en la emancipación, pero no se rompe el vínculo de filiación, por lo tanto los deberes y obligaciones recíprocos subsisten, excepto la de alimentos del hijo hacia el padre culpable, salvo resolución judicial en contrario.

Cuando el ejercicio de la patria potestad no esté confiado a la madre, los Tribunales pueden determinar que se constituya la tutela, a falta de disposición, ésta se ejerce de pleno derecho por la asistencia a la infancia.

La privación total de la patria potestad puede ser revocada por el mismo tribunal a solicitud del padre, pero debe ser rehabilitado en el supuesto de que haya sido producto de una pena criminal, en los demás casos deberán transcurrir tres años como mínimo después de la sentencia donde le decretaron la privación de este derecho. Cuando el tribunal rechace la demanda, se

considerará definitiva la pérdida total, la madre después de la disolución del vínculo matrimonial podrá formular una nueva solicitud.

Privación Parcial de la Patria Potestad.

Las causas que dan origen a la privación parcial de la patria potestad son las mismas que la de la privación total, siendo facultativas para el Juez y que anteriormente anotamos.

Los efectos de la privación parcial los podemos indicar desde dos puntos de vista:

El Tribunal puede restringir la privación parcial de la patria potestad a algún hijo, explicándose esto, ya que hay algunos padres que se muestran brutales en su corrección con un sólo hijo.

Los Tribunales pueden privar del ejercicio de la patria potestad sólo sobre algunos atributos de la misma, siendo el caso de la guarda del menor entre otros, llevando esta pérdida también la de subsidios familiares.

En el Derecho Francés cuando la salud, la moralidad o la educación de los menores estén comprometidas o desamparadas por conductas de los padres, se pueden adoptar medidas de vigilancia o asistencia por parte del estado, el padre que esté afectado de esta vigilancia o asistencia educativa, conserva la patria potestad con todos sus atributos, esta vigilancia está encomendada al servicio o asistencia social. (19)

(19) Mazeaud, Henri León. ob. cit. p.p. 107-120.

Cuando se rompe el lazo familiar, es decir se llega al extremo del divorcio, el destino de los hijos es una de las cuestiones más difíciles que se presentan en el Derecho Francés se establece que continúan ambos padres ejerciendo la patria potestad, es natural que no se dé con la misma intensidad, regularmente en lo que se refiere al padre, toda vez que éste no tiene la misma relación de dominio sobre la mujer, argumentando que ya no convive igual con los hijos y evidentemente con la madre, puesto que anteriormente era el jefe de familia.

Si la limitación de la patria potestad no fuera suficiente, puede solicitarse la revocación parcial o total, intentándose en una acción distinta a la del divorcio, principalmente por malas conductas y escándalos notorios. (20)

V. DERECHO MEXICANO.

A. CODIGOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1870 Y 1884.

Ambos Códigos son casi idénticos, sólo tienen ciertas diferencias que consideramos son realmente de fondo.

En cuanto a los bienes del hijo al estar bajo la patria potestad, el Código Civil de 1870 enumera cinco casos, sin embargo el Código Civil de 1884 concibe seis supuestos, en el Código Civil de 1870, sólo enmarca en sus tres primeros casos la donación, sea del padre,

(20) Planfol, Marcel, y Ripert, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción Española del Dr. Mario Díaz Cruz. T. II. s/Edic. Ed. Cultural. Habana, 1946. p.p. 501-506.

la madre, abuelos, parientes colaterales o de personas extrañas, sin embargo, el Código Civil de 1884, además de agregar un inciso observa que los bienes del menor se adquieren por herencia o legado del padre, incluye en los otros tres rubros, la misma concepción, en el sentido de que también se adquieren los bienes por herencia o legado.

Por otro lado el Código Civil de 1870 al determinar la suspensión de la patria potestad, enmarca una situación más que la del Código Civil de 1884, siendo esta que también la patria potestad se suspende en cuanto la administración de los bienes, para mayor ilustración y entendimiento, transcribimos los artículos respectivos del Código Civil de 1870:

Art. 401.- "Los bienes del hijo mientras está bajo la patria potestad, se dividen en cinco clases.

1a. Bienes que proceden de donación del padre.

2a. Bienes que proceden de donación de la madre o de los abuelos, aun cuando aquella o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad.

3a. Bienes que proceden de donación de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la segunda clase se hayan donado en consideración al padre.

4a. Bienes debidos a don de la fortuna.

5a. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto sea cual fuere" (21)

(21) Código Civil para el D.F. y Territorios de la Baja California. Apartado al Estado de Puebla. Ed. Oficial del Estado. Puebla, Pue. México, 1871. p. 41.

En cuanto al Código Civil de 1884 el correlativo del Artículo 401 es el artículo 375.

Art. 375.- "Los bienes del hijo, mientras está bajo la patria potestad, se dividen en seis clases:

I. Bienes que proceden de donación del padre.

II. Bienes que proceden de herencia o legado del padre.

III. Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos aún cuando aquella o alguno de estos esté ejerciendo la patria potestad.

IV. Bienes que proceden de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque estos o los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre.

V. Bienes debidos a Don de la Fortuna.

VI. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto sea cual fuere"

En el propio Código Civil de 1884 encontramos el Artículo 391 que recoge los supuestos para la suspensión de la patria potestad.

Art. 391.- La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente en los casos 2º y 3º del Artículo 404.

II. Por la ausencia declarada en forma.

III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión (22)

Art. 418 del Código Civil de 1870; "La patria potestad se suspende:

1ª Por incapacidad declarada judicialmente en los casos 2ª y 3ª del artículo 431.

2ª En el caso 1ª del artículo 432 en cuanto a la administración de los bienes.

3ª Por la ausencia declarada en forma.

4ª Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión". (23)

En virtud de que son las únicas diferencias entre los dos ordenamientos en estudio, expondremos este capítulo refiriéndonos indistintamente a ambos Códigos:

La Patria Potestad se adquiría:

Por el matrimonio celebrado legalmente.

Con la legitimación.

(22) Anuario de Legislación y Jurisprudencia. Año 1884. Suplemento Código Civil para el D.F. y Territorios de la Baja California. Reformado. Ed. Imprenta de Francisco Díaz de León. México, 1884. p.p. 47-49.

(23) Código Civil para el D.F. de 1870.

Cuando existía el reconocimiento voluntario de los hijos naturales, hecho en la forma que prescribe la ley.

Al momento de realizarse el reconocimiento forzoso, es decir por sentencia judicial en aquellos casos en que por excepción se permita a los hijos naturales la investigación de la paternidad.

Así mismo y por otro lado, el artículo 363 del Código Civil de 1884 determinaba: "Los hijos cualesquiera que fuera su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes", por lo tanto en este ordenamiento se establecía y se infiere que la mayoría de edad no era objeto de emancipación, como ejemplo de algunas prohibiciones que existían como consecuencia de este precepto, tenemos que los hijos para poder contraer matrimonio necesitaban la autorización de sus padres, o persona que estuviere ejerciendo la patria potestad; el hijo debía vivir con quien ejerza la patria potestad (art. 367) para que éste no viviera con aquel, necesitaba su autorización, o bien que lo haya decretado la autoridad pública competente, esto se debía a que los que ejercían la patria potestad eran responsables moralmente por las malas conductas que tuvieran los hijos. El padre, o quien ejerciera la patria potestad, podía eficazmente cumplir con este derecho, que a su vez era una obligación consistente en educar a sus hijos.

Consideramos que lo anterior traía aparejado un injustificado derecho, en virtud de que si la persona que está sujeta a la patria potestad por razones de su condición, ya sea personal o profesional, debía pedir autorización para no vivir en la casa de quien ejercía este derecho.

En realidad, el supuesto en estudio, en la vida cotidiana de algunos Mexicanos se da en esa forma.

La patria potestad se acababa:

Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.

Por la emancipación.

A la mayoría de edad del hijo.

En el caso de la emancipación, se consideraba que se llegaba a ella cuando alcanzaba la mayoría de edad, siendo ésta a los 21 años, consecuentemente la patria potestad se perdía para siempre. También con el matrimonio contraído legalmente se consideraba emancipado, o bien cuando el padre daba su voluntad.

La patria potestad se suspendía:

Por incapacidad declarada judicialmente, ya sea incapacidad legal o natural:

a) Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad aun cuando tengan intervalos lúcidos.

b) Los sordo-mudos que no sepan leer ni escribir .

Por la ausencia declarada en forma.

Por la sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión .

Existen dos preceptos que consideramos que también eran causas de suspensión de la patria potestad:

Cuando la madre o la abuela contraían segundas nupcias, siendo un síntoma de justicia y moral, cuando la madre o la abuela volvieran a enviudar, recobraban la patria potestad.

La patria potestad se podía suspender cuando los padres trataban a los hijos con excesiva severidad, o no los educaban, determinando esta situación las autoridades judiciales competentes.

La patria potestad se perdía:

Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho.

En los casos de divorcio, cuando el padre era culpable, pero si ambos cónyuges fueren culpables, se proveía al hijo de un tutor, si alguno de los cónyuges dio origen al divorcio, perdía totalmente la patria potestad mientras viviera el cónyuge inocente, pero recobrará este derecho muerto aquel, siempre y cuando el divorcio se hubiera declarado por la incitación a la violencia hecha de un cónyuge al otro para cometer algún delito, por el abandono sin causa justificada del hogar por más de dos años, y la sevicia entre los cónyuges.

Existe el caso en que la madre o la abuela perdía la patria potestad cuando diera a luz un hijo ilegítimo.

En el Código Civil de 1884 se facultaba a los tribunales a decretar la pérdida de la patria

potestad, cuando el que la ejercía efectuaba exceso de severidad, no los educaba, o bien les imponía preceptos inmorales.

Consideramos que es el arbitrio del juzgador quien podía quitar un derecho tan importante como es el de la patria potestad, siendo este arbitrio a nuestro parecer y según los casos, muy injusto, con un exceso de sentimiento de autoridad.

Existía el hecho de que el padre en su testamento podía estipular uno o varios consultores, que la madre o la abuela debían sujetarse a su dictamen en todo el trayecto en que ejercían la patria potestad, se imponía una pena para aquellos casos en que no lo hicieren, consistente en la pérdida de este derecho.

La innovación más importante que contempla el Código Civil de 1870, es otorgarle la patria potestad a la mujer, así mismo en este ordenamiento extendieron el ejercicio de la patria potestad a los abuelos, a quienes les otorgaron la facultad de poder renunciar a ella, cuando creen prudente hacerlo en bienestar de sus descendientes.(24)

B. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

La Ley sobre Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917, publicada en el Diario Oficial el 14 del mismo mes y año, entró en vigor el 11 de mayo de 1917, está

(24) Mateos Alarcón, Manuel. Lecciones de Derecho Civil. T. I. Estudios Sobre el Código Civil del Distrito Federal. México 1885. Promulgada en 1870. p.p. 275-294.

constituída por 555 artículos y por 43 capítulos, en los cuales en sus capítulos quince, dieciseis y diecisiete contempla la institución de la patria potestad.

Los hijos menores de edad no emancipados se encontraban bajo la patria potestad, pudiendo ejercer este derecho en la prelación que determinaba la propia Ley, a falta o impedimento de alguno de estos, entraría en su ejercicio sucesivamente el que a continuación se transcribe.

Por el padre y la madre.

Por el abuelo y la abuela paternos

Por el abuelo y la abuela maternos.

Mientras que el menor esté bajo la patria potestad debía permanecer en la casa del que la ejerce, sólo podía dejar de hacerlo mediante consentimiento de aquel o aquellos que la ejercen, o bien a través de una autorización judicial.

Los que ejercían la patria potestad tenían la facultad de corregir y castigar a los hijos de manera mesurada y leve, auxiliándose de las autoridades para su debido cumplimiento, siempre y cuando así se lo requieran.

La patria potestad se acababa:

Por la muerte de quien la ejercía si no había otra persona en quien recayera; por la mayoría de edad, y por la emancipación, consistente en el matrimonio del menor.

En el primer caso, es evidente y lógico. La mayoría de edad a que se refiere el segundo supuesto era a los 21 años cumplidos. En el último caso al emanciparse por el matrimonio, no volvía a recobrar la patria potestad aquel que la tenía, aún cuando el matrimonio se disolviera.

La patria potestad se perdía:

Quando el que la ejercía fuera condenado a alguna pena que determinaba ésta y en los casos en que el cónyuge daba causa al divorcio o bien, la perdían ambos, si los dos cónyuges daban causas al divorcio y fueran declarados culpables por el Juez competente, si no hubiera personas de las ya mencionadas en quien recayera la patria potestad, se proveía al hijo de un tutor.

Como lo determinaba el artículo 261 de la Ley de 1917, "Los tribunales pueden privar de la patria potestad a quien la ejerce, o modificar su ejercicio si trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos incorruptos".

Es otro el caso de la pérdida de la patria potestad, en lo que se refiere a la madre o abuela que enviude, si ésta vivía en manebía o daba a luz un hijo ilegítimo.

La patria potestad se suspendía:

Reconocer { Por incapacidad declarada judicialmente en los mayores de edad privados de inteligencia, por locura, idiotismo o imbecilidad, aún teniendo intervalos lúcidos, los

sordomudos que no sepan leer o escribir, así como los ebrios habituales.

Por la ausencia declarada en forma.

Por la sentencia que condene a la suspensión de este derecho.

En el supuesto de que alguna de las personas que ejercen este derecho, pase a segundas nupcias, también perderá la patria potestad, pero para el caso de que volviera a enviudar la recobraba, por lo que en este caso se debería de considerar propiamente una suspensión.

Como hemos de observar, transcribió esta ley lo establecido en el Código Civil de 1884 al referirse al deber de honrar a los padres durante toda la vida; el deber de los hijos de permanecer en la casa de los padres y la obligación de éstos de educar a sus hijos (25).

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 siguió la misma línea que el Código de 1870 y 1884, sin embargo tuvo ciertas innovaciones, que a nuestro juicio son importantes y que a continuación estudiaremos:

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 determinaron que la patria potestad se ejerce sobre los hijos legítimos, sobre los hijos naturales legítimos y reconocidos, mientras que la Ley de 1917 estipula que también se ejercerá sobre las personas de los hijos naturales legítimos y no de los hijos adoptivos.

(25) Ley Sobre Relaciones Familiares. Anotada por el Notario Lic. Manuel Andrade. Edic. Segunda. Ed. Ediciones Andrade. México 1967. p.p. 51-54.

El ejercicio de la patria potestad también debía realizarse sobre los hijos adoptivos, la ley de 1917 quiso asimilar en todo, a la filiación legítima con la adoptiva, y esto se debe a que ésta introdujo a nuestro derecho actual la figura de la adopción.

El padre adoptante sustituye en todo a aquel que venía ejerciendo la patria potestad, pero es necesario notar que por ser la adopción una figura distinta a la legítima, es evidente que la adopción sólo surte efectos entre el adoptado y el adoptante, muerto éste no podrá ser sustituido en el ejercicio de la patria potestad en ninguno de los casos que ya enumeramos para el caso de la patria potestad.

Otra innovación de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, consiste en que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por el padre y la madre o por el abuelo y la abuela, es notorio que es importante esta innovación, ya que se le reconoce a la madre este derecho natural aún cuando esté en vida el esposo, ya que al pensar que la madre anteriormente no podía educar a su hijo, siendo este derecho única y exclusivamente del padre, este concepto, en realidad es una falsedad porque la educación a que se referían los Códigos anteriores, no se debe reducir al aprendizaje sucesivo de las ciencias, oficios, o de las artes, sino que se extiende más ampliamente a las cuestiones morales y a la vida. La formación del niño y todas aquellas cuestiones cotidianas que realmente se escapan del alcance del padre, generalmente alejado del hijo por el trabajo o por alguna otra situación, queda a cargo exclusivamente de la madre, ello trajo como consecuencia innovaciones, pues ya se indica una obligación por parte de la madre en darle educación a su hijo, la cual inclusive puede ser exigible por parte del Estado a través de un organismo creado para ello, por otro lado, en el supuesto de la falta temporal del padre, podrá la esposa por sí misma pedir el auxilio de las autoridades para hacer regresar al hijo a la casa paterna, o bien para solicitarle que se aplique un determinado castigo.

También es importante que como lo establecían los ordenamientos legales anteriores, en que la madre no ejercía la patria potestad, pudiera darse el caso de que el hijo pueda acusar por golpes a ésta, trayendo aparejadas consecuencias relevantes.

CAPITULO II

LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL DE 1928

I.- TEXTO ORIGINAL DE LA REGLAMENTACION DE LA INSTITUCION EN EL MOMENTO DE SU PROMULGACION.

El Código Civil vigente fue promulgado el 31 de agosto de 1928, entró en vigor a partir del 1º de octubre de 1932.

Concretamente la institución de la patria potestad se encuentra regulada en el Título Octavo Libro Primero, comprendiendo tres capítulos, del artículo 411 al 448, que a continuación pasaremos al estudio de los mismos.

El Código Civil vigente, a pesar de haber admitido y transcrito las innovaciones que trajeron consigo la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, y de los artículos que esta Ley a su vez transcribió prácticamente del Código Civil de 1870 y 1884, existieron ciertas diferencias que vinieron a cubrir lagunas de la Ley que existían en ellas, como es el caso del artículo 414 del Código Civil vigente, ya que en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, concretamente en los artículos 392 y 366 respectivamente, la patria potestad se ejercía por:

I El padre;

II La madre;

III El abuelo paterno y

IV La abuela paterna.

Precisaban estos códigos, que sólo por muerte o interdicción del llamado preferente, entraba en ejercicio de la patria potestad el que le seguía en el orden establecido arriba indicado.

Sin embargo el Código Civil vigente ya expresa estos preceptos con mayor claridad, así lo dispone el Artículo 414.

Artículo 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"

El Código Civil vigente expresa que el orden para ejercer la patria potestad cuando faltan los padres, será determinado por el Juez de lo Familiar, así lo dispone el artículo 418.

Artículo 418 "A la falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo, los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".

Este artículo fue reformado por el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1974 (26).

En el momento de la publicación del Código Civil vigente, disponía únicamente, que a falta de los padres, ejercían este derecho los ascendientes a que se refiere la fracción II y III del artículo 414, sin determinar quien establecería el orden para ejercer la patria potestad.

Al respecto consideramos que el Código Civil de 1928 (Código Civil Vigente) con la reforma arriba indicada fue correcto ya que se le deja la facultad de designar al ascendiente que le corresponde ejercer la patria potestad a falta de los padres, a una autoridad judicial, toda vez que es más conveniente para el menor, incluso este razonamiento del legislador de 1928, es lógico y explícito, pues como se contemplaba anteriormente no existía a nuestro juicio ninguna razón jurídica para disponer, que a falta de padres, ejercían la patria potestad los abuelos paternos primero que los abuelos maternos.

Por otro lado, y pensamos que es una innovación más del Código Civil vigente en el momento de su promulgación, es el hecho de que la patria potestad se ejerce conjuntamente, es decir, por el padre y la madre, por el abuelo y abuela paterno o materno en su caso.

Sin embargo, a pesar de las aseveraciones anteriormente hechas, encontramos en el Código Civil vigente, una contradicción al respecto, y lo es el Artículo 420 que dispone:

Artículo 420 "Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores ..."

Es decir, que por un lado el Código Civil vigente expresa que el orden para ejercer la patria potestad, es determinado por el Juez de lo Familiar, y por otro lado establece, que será el orden progresivo en que está estipulado en el artículo 414.

Al respecto, lo reafirma la interpretación y analogía con el artículo 149 del mismo ordenamiento.

Artículo 149: "El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre aunque haya contraído segundas nupcias si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos".

Otra innovación del Código Civil vigente al momento de su promulgación, consiste en la creación del artículo 415, que dispone:

Artículo 415 "Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381".

Los artículos 380 y 381, en el momento de la promulgación del Código Civil vigente, disponían: por un lado el artículo 380 "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él la patria potestad; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente a los intereses del menor".

Por otro lado el artículo 381 determinaba que "En el caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente, por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de Primera Instancia del lugar, no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público."

Sin embargo, a través del Diario Oficial de la Federación de fecha 24 de marzo de 1971, fueron reformados estos dos últimos artículos, substituyendo la palabra patria potestad por custodia. Es decir, sólo una parte de ese derecho, consideramos que esta reforma fue correcta y acertada, ya que contemplaba de manera severa el no ejercicio de la patria potestad, supeditada al reconocimiento del menor, también se substituyó en este artículo por la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia el concepto de Juez de Primer Instancia por Juez de lo Familiar.
(27)

De igual forma el Código Civil vigente creó el artículo 419, que constituye la excepción al artículo 415 ya transcrito anteriormente:

Artículo 419, "La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten".

El Código Civil vigente, en el momento de su promulgación, expresa una igualdad entre los hijos del matrimonio, y los hijos fuera de él.

Por otro lado, el Código Civil vigente, creó el artículo 413, que determina:

(27) Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCV, número 21, de fecha 24 de marzo de 1971 p. 2.

Artículo 413, "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal".

Al respecto, consideramos que la guarda y educación de los menores no deben estar supeditados a lo que pueda establecer la Ley que anteriormente se menciona, toda vez que con ella queda coartada la libertad de ejercer la patria potestad como mejor crean conveniente los que la ejercen, ya que es absurdo pensar, que un ente distinto al que la ejerce determine la forma en que deben educar a sus hijos, en todo caso, pensamos, que se debería de observar el hecho de que se estuviera únicamente a lo que establece el Código Civil, o bien, que este extremo se contemplara en este ordenamiento.

En lo que se refiere a la guarda y custodia del menor, entre otras cuestiones, encontramos la designación del sitio en donde deberá vivir el menor sujeto a la patria potestad y el hacerlo permanecer en él, al respecto nos surge la siguiente interrogante: ¿cómo va a estar sujeta esta determinación personalísima del que la ejerce a lo que pudiere establecer la Ley Sobre Prevención de la Delincuencia Infantil?

Existe otra postura que a nuestro juicio, no es muy clara en el Código Civil vigente, al disponer la obligación del que ejerce la patria potestad en que debe educar convenientemente al menor, y no menciona este Código, la forma o los medios concretos para llevar a cabo esta obligación.

Por otro lado, el artículo 423, en el momento de la promulgación del Código Civil vigente, disponía que los que ejercen la patria potestad, tienen la facultad de corregir y castigar mesuradamente a los menores sujetos a ella, sin embargo, con la reforma que sufrió

este artículo a través del Diario Oficial de la Federación de fecha 31 de diciembre de 1974, le dió otro sentido (28).

Esta reforma le imprime a estos conceptos, una innovación moral y justa, y es el hecho de que el que ejerce la patria potestad, debe observar una buena conducta, que sirva como ejemplo, reforma que estudiaremos en el siguiente inciso de este capítulo.

Consideramos pertinente aclarar en este punto, que la patria potestad, se ejerce sobre la persona y sobre los bienes del menor, y toda vez que nuestro estudio versa sobre la pérdida de este derecho, sólo nos avocaremos al estudio de la institución de la patria potestad sobre la persona del menor, ya que los efectos de la pérdida de la patria potestad sobre los bienes del menor, son tema de otro estudio.

En el capítulo III del título octavo, del Código Civil en estudio, se encuentran los modos de acabar y suspender el ejercicio de la patria potestad, el artículo 443 determinaba en el momento de la promulgación del Código Civil vigente lo siguiente:

Art. 443, "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.

III.- Por la mayoría de edad del hijo.

(28) Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCXXVII, número 41 de fecha 31 de diciembre de 1974 p. 6.

Lo que determina el inciso I, es lógico, ya que con la muerte del titular de este derecho, y al no haber alguna otra persona para ejercerlo que son los enumerados en el artículo 414, se acaba la patria potestad; en el caso de la adopción necesariamente se tendrá que situar al menor, en otra figura jurídica.

En el supuesto del inciso II, entendemos que se emancipa una persona, cuando contrae matrimonio, situación que fue reformada en ese sentido a través del Diario Oficial de la Federación de fecha 28 de enero de 1979 (29)

Como más adelante estudiaremos, y así lo establecía el artículo 641.

Artículo 641 "El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".

Sin embargo en el momento de la promulgación del Código Civil vigente, el artículo 642, que fue derogado por el Diario Oficial de la Federación de fecha 28 de enero de 1970 que determinaba:

Artículo 642, "Los mayores de dieciocho años, que estén sujetos a la patria potestad o a tutela, tienen derecho a que se les emancipe, si demuestran su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses.

Los padres o tutores, pueden emancipar a sus hijos y pupilos que se encuentren en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior, siempre que éstos consientan en su emancipación".

Es decir, que en el momento de la promulgación del Código Civil vigente, el menor se emancipaba de dos formas; una, con el matrimonio; y la segunda, por declaración judicial, figura esta última, que en México desapareció.

El inciso III del artículo 443 del Código Civil vigente dispone que la patria potestad se acaba cuando el menor adquiere la mayoría de edad, y si bien es cierto, este inciso no se reformó, sí fue reformado el artículo 646, que determina la mayoría de edad, tomando en cuenta, que en el momento de la promulgación del Código Civil vigente, la mayoría de edad era a los 21 años cumplidos, y fue a partir de las reformas del Diario Oficial de la Federación de fecha 28 de enero de 1970, que se considera la mayoría de edad a partir de los 18 años cumplidos.

Las reformas que se dieron en éstos artículos es concretamente la siguiente:

Artículo 443, La patria potestad se acaba:

II.- Con la emancipación ..."

Para quedar como sigue:

"La patria potestad se acaba ...

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio ..."

En esta reforma ya especifica la emancipación por el matrimonio y descarta la emancipación judicial, que existía anteriormente.

El artículo 641 del Código Civil vigente en el momento de su promulgación, disponía:

"El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación, aunque el matrimonio se disuelva, el conyuge emancipado, que sea menor no recaerá en la patria potestad".

Para quedar como sigue:

"El matrimonio del menor de 18 años ..."

Por otro lado el artículo 444 del Código Civil vigente determina:

Artículo 444.- La patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamiento o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción 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 6 meses".

Al respecto pensamos que equivocadamente se utiliza el concepto de pérdida de la patria potestad, ya que encontramos casos que no constituyen propiamente una pérdida este derecho, toda vez que como lo veremos más adelante, la patria potestad es una institución

jurídica indivisible, que trae consigo derechos y obligaciones, e inevitablemente tenemos que pensar que suprimida totalmente ésta, deben de desaparecer esos derechos y obligaciones, aunque debemos entender que antes de ser una institución jurídica, es una institución natural, por ello concluimos que no hay pérdida de la patria potestad, sino una suspensión de algunos derechos, ya que aún cuando el Código Civil vigente utiliza la palabra pérdida, la situación natural entre los padres y el hijo con todas sus consecuencias no desaparecen, es decir, no se pierden totalmente.

La pérdida de la patria potestad de acuerdo al Código Civil vigente, es un castigo para aquel que la ejerce, y se considera indigno de ejercitarlo, este es el caso marcado con el inciso I del Artículo 444, y que se refiere en la segunda parte a la reincidencia en la conducta del que ejerce este derecho, al mencionar que la pérdida sucede cuando el que lo ejerce es condenado dos o mas veces por delitos graves, sin embargo la disyuntiva estriba en ? que se debe entender por delitos graves?, y en su momento ? que autoridad está facultada para determinar este extremo.

De lo anterior sugerimos que la legislación civil debería remitirse a la legislación penal, o en su defecto, respecto a la consideración de lo que es un delito grave.

También dispone este artículo 444 del Código Civil vigente en su inciso II que se pierde este derecho en caso de divorcio, que al momento de su promulgación el artículo que remite este inciso, es decir el 283, (que fue posteriormente reformado), estipulaba que la sentencia de divorcio fijaba la situación de los hijos bajo las siguientes situaciones:

La primera cuando la causa del divorcio haya sido por adulterio; cuando la mujer dé a luz a un hijo ilegítimo y que fuere concebido antes de celebrado el matrimonio; por la propuesta del marido para prostituir a su mujer, la incitación a la violencia para cometer algún delito;

realizar actos inmorales con el fin de corromper a los hijos; la separación del hogar por más de seis meses sin causa justificada; haber cometido un delito infamante por el que tenga que sufrir una pena de prisión por más de dos años; los hábitos de juego y embriaguez, y el uso indebido y persistente de drogas enervantes. En las circunstancias anteriormente mencionadas, ejercerá la patria potestad el cónyuge inocente, y para el caso de que ambos cónyuges fueran culpables, pasará el ejercicio de este derecho al ascendiente que corresponda conforme a la Ley y si no hubiere, se le nombrará un tutor.

La segunda circunstancia era cuando las causas del divorcio hayan sido por: la declaración de ausencia; la separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para solicitar el divorcio; la sevicia; amenazas e injurias; la negativa de darse alimentos entre los conyuges; la acusación calumniosa por delito que merezca una pena que excediera de dos años de prisión, en estas circunstancias ejercería la patria potestad el cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperaría la patria potestad, pero si ambos cónyuges fueran culpables, se les suspende el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos.

La tercera circunstancia era cuando la causa de divorcio se daba por padecer sífiles, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, o padecer enajenación mental, en estos casos, el cónyuge sano, gozaba únicamente de la patria potestad, pero el cónyuge enfermo conservaba los demás derechos sobre la persona y bienes de los hijos.

He aquí un ejemplo de nuestra opinión vertida anteriormente, en el sentido de que en principio, se pierde la patria potestad, sin embargo, en realidad es una suspensión del ejercicio de este derecho, ya que retorna la patria potestad en el momento en que fallece el cónyuge inocente, en segundo término, y a mayor abundamiento el mismo Código ocupa la palabra "Suspensión" hasta la muerte del otro cónyuge también

culpable, nuestra opinión, es de que una vez perdido este derecho no debiera recobrase el ejercicio de la patria potestad.

En el inciso III del artículo 444 del Código Civil al momento de su promulgación, se determina que se pierde la patria potestad cuando los padres tienen costumbres depravadas, por malos tratos hacia los menores, al respecto opinamos que no existe un parámetro o delimitación de este derecho de corrección, consideramos que es aquí, donde se presenta confusión dentro de la vida social, pues dispone que aún cuando no sean sancionadas por la Ley Penal.

Se determina también en este inciso III que pierde la patria potestad aquella persona que no cumple con sus deberes inherentes al ejercicio de este derecho, como es el caso de dar alimentos, vestido, educación, etc., en este punto, pensamos que el Código Civil vigente no regula debidamente este aspecto, pues debe establecer a nuestro juicio, un tiempo determinado y concreto del no cumplir con sus obligaciones aquel que ejercía la patria potestad, al establecer que esa actitud pusiera en peligro la salud, la seguridad o la moralidad; como se observa en el inciso IV del artículo en estudio, en que se pierde la patria potestad por la exposición que se hiciere de los hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses, considerando que la problemática del inciso III última parte, quedaría sujeta a la interpretación, que al respecto hiciera el Juzgador.

Cabe hacer mención que lo que plasmó el Código Civil, al momento de su promulgación fué abundar más algunos conceptos que se venían manejando en los Códigos anteriores, con el propósito de cubrir algunas lagunas que presentaban éstos, también es el caso de la pérdida de la patria potestad, ya que los Códigos Civiles, de 1870 y 1884, al respecto determinaban únicamente en el primer inciso, que se perdía la patria potestad cuando el que la ejercía era condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho, y el Código Civil vigente agrega que también se pierde éste cuando el que la ejerce es condenado dos o más veces por delitos graves.

Basándose el legislador, en el hecho de que si reincide en este tipo de delitos, tiene como castigo también la pérdida de la patria potestad.

Pasando al estudio de otro aspecto importante en el Código Civil vigente, en el momento de su promulgación, como una innovación más es el relativo al artículo 445 y 446, que a la letra dicen:

Artículo 445 "La madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por este hecho la patria potestad":

Artículo 446 "El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior".

Es extraña la disposición de estos artículos ya que los Códigos anteriores de 1870, 1884 y la Ley Sobre Relaciones Familiares, de 1917 determinaban lo contrario respecto a la madre que contraía segundas nupcias, ya que perdía la patria potestad, y la recobraba cuando enviudaba, ya que era mejor pasar la patria potestad a otro ascendiente, antes de dejar a la mujer y al hijo sometidos a la influencia del nuevo marido.

En cuanto a la suspensión de la patria potestad, no es un castigo propiamente para aquél que la ejerce, sino que se trata de prever, que ésta sea desarrollada por otra persona de mejor forma, entendiéndose que las causas que originan esta suspensión son situaciones ajenas a quien la ejerce, la suspensión como su nombre lo indica, es temporal, y está sujeta a una condición en cada caso.

II.- PROCESO EVOLUTIVO EN RELACION A NUESTRA LEGISLACION

Como ya quedó anotado anteriormente, el Código Civil que rige la vida jurídica en México actualmente, es el Código Civil de 1928, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de ese mismo año, en el rubro del Poder Ejecutivo, Secretaría de Gobernación, como sigue:

"Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia Federal".

Posteriormente el 1º de septiembre de ese mismo año, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el "Decreto por el cual se previene que el Código Civil de 30 de agosto de 1928, comenzará a regir el 1º de octubre de 1932" (30).

Decreto realizado por el entonces Presidente Institucional de los Estados Unidos Mexicanos, Sr. Pascual Ortiz Rubio, en el que de acuerdo al artículo 1º transitorio del Código Civil de 1928 se determinaba que ese Código entraría en vigor en la fecha que para tal efecto señale el Ejecutivo, señalando así el 1º de octubre de 1932.

Este Código durante 42 años, se mantuvo intacto, en las cuestiones que a patria potestad se refiere respecto a las personas sometidas a este derecho, y fue en el año de 1970 en el que el Poder Ejecutivo, a través de la Secretaría de Gobernación, publicó en el Diario Oficial

(30) Diario Oficial de la Federación, Tomo LXXIV, número 1 de fecha 1 de septiembre de 1928 p. 1.

de la Federación el "Decreto que reforma los artículos 77, 78, 79, 363, 368, 390, 391, 397, Fracción III, 398, 403, 405 Fracción I y 406 Fracciones I y II del Código Civil para el Distrito Federal." (31)

Dentro de los cuales, pasaremos al estudio de los que a la patria potestad se refiere:

El artículo 403 determinaba:

"Los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al padre adoptivo".

Con fecha 17 de enero de 1970, se modifica como sigue:

"Los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, no se extingue por la adopción, excepto la patria potestad que seguirá transferida al adoptante salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges".

Notamos en este artículo que se apunta, que la reforma fue acertada al disponer que la patria potestad se extingue en el caso de la adopción, salvo que esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque si así fuera, la patria potestad sería ejercida por los dos cónyuges.

Ocupa este artículo, la denominación de parentesco natural, siendo que el numeral 292 de este mismo ordenamiento, dispone que la Ley reconoce únicamente el parentesco de consanguinidad, afinada y civil.

(31) Diario Oficial de la Federación, Tomo CCCXCVIII, número 14 de fecha 17 de enero de 1970 p. 2.

Este decreto entró en vigor a los 3 días de su publicación.

El 28 de enero de 1970, el Poder Ejecutivo a través de la Secretaría de Gobernación, publicó en el Diario Oficial de la Federación, el "Decreto que reforma el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal, a los artículos 149, 237 fracción II; 348 fracciones I y II; 348 fracción II; 451, 624, 641, 646" (32).

A continuación transcribimos los que tienen relación con la patria potestad, y así el artículo 149 determinaba:

"El hijo o la hija, que no hayan cumplido 21 años no puede contraer matrimonio sin consentimiento de su padre y de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva, este derecho lo tiene la madre aunque haya contraído segundas nupcias si el hijo vive con ella, a falta o por imposibilidad de los padres se necesita el consentimiento de los abuelos paternos si vivieren ambos o del que sobrevivan; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere del consentimiento de los abuelos maternos."

A este respecto, consideramos que no existe equidad en cuanto a que sólo determinaba que la madre que pasa a segundas nupcias, tiene derecho a dar el consentimiento a su hijo o hija, para que contraiga matrimonio, y no así el padre, y por otro lado se resalta nuevamente la falta de equidad en los nombrados en prelación para el ejercicio de la patria potestad, cuando falten los padres, al determinar que esa autorización primero se le otorga a los abuelos paternos y después a los maternos.

(32) Diario Oficial de la Federación, Tomo CCXCVIII, número 23 de fecha 28 de enero de 1970 p. 1.

Este artículo quedó como sigue:

"El hijo o la hija que no haya cumplido 18 años, no podrá contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o madre ..."

Artículo 443. disponía hasta antes del Diario Oficial de 28 de enero de 1970.

"La patria potestad se acaba ...

I.- Con la muerte de quién ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;

II.- Con la emancipación;

III.- Por la mayoría de edad del hijo".

Para quedar como sigue:

"La patria potestad se acaba ...

I.- . . .

II.- Con la Emancipación, derivada del matrimonio;

III.- ... "

El Artículo 444 no ha sufrido ninguna reforma desde la fecha de promulgación del Código Civil vigente.

En 1971, el 24 de marzo se publica de igual forma en el Diario Oficial de la Federación otro "Decreto por el que se reforman diversos artículos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común. Y para la República en materia Federal." (33)

Dentro de los cuales se encuentra el artículo 167, que determinaba:

Artículo 167 "El marido y la mujer tendrán en el hogar, autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre algunos de los puntos indicados, el Juez de lo Civil correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograré resolverá sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos".

Para que se reformara como sigue:

"El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el Juez de lo Familiar correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá sin solemnidad de juicio, pero oyendo a las partes y recibiendo sus pruebas, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos".

Posteriormente a través del Diario Oficial de la Federación, de fecha 21 de diciembre de 1974, fué derogado este artículo (34).

En realidad, lo que sucedió, es que el Código Civil vigente, en el momento de su publicación, contemplaba únicamente en su artículo 168, que estaría la dirección y cuidado del hogar a cargo de la mujer, y a través del Diario Oficial del 31 de diciembre de 1974, derogó el artículo 167, y lo agregó prácticamente al artículo 168 y quedó como sigue:

Artículo 168 "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales: por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente".

Pensamos que fue correcto el hecho de considerar la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, razón por la cual ya no se considera en desacuerdo a la reforma descrita, que sólo era obligación de la mujer, el cuidado y dirección del hogar.

Por otro lado, de conformidad con las reformas que hubo en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia, en el sentido de que se crearon los Juzgados Familiares, por ello, se dispone en este numeral, que para el caso de que los padres no se pusieran de acuerdo en la educación del menor, como en la administración de los bienes que le pertenezcan, resolverá el Juez de lo Familiar.

También a través del Diario Oficial de la Federación de fecha 24 de marzo de 1971, se reformó, el artículo 380 del Código Civil, que en el momento de su promulgación disponía:

(34) Diario Oficial de la Federación Tomo CCCXXVII, número 41 de fecha 31 de diciembre de 1974 p. 6.

Artículo 380 "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él, la patria potestad; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a los padres, y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor".

Para quedar como sigue:

"Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en el caso de que no lo hiciere, el Juez de lo Familiar del lugar oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor".

Asimismo, el artículo 381 del Código Civil de 1928 también se reformó a través de este mismo decreto, pues establecía en el momento de la promulgación.

"En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente, los padres que no vivan juntos, ejercerá la patria potestad el que primero lo hubiera reconocido, salvo si se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de Primera Instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".

Para quedar como sigue:

"En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente, por los padres que no vivan juntos, ejercerá la custodia el que primero lo hubiere reconocido, salvo si conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".

Consideramos que estas dos reformas, fueron acertadas ya que en ambos artículos se ocupa la palabra Juez de Primera Instancia, y de acuerdo a las reformas que existieron en esa misma fecha en lo relativo a la administración del Tribunal Superior de Justicia, en que se crearon los Juzgados Familiares, se determinó que éstos son competentes para conocer lo que toca a las controversias del orden familiar.

En el artículo 381, se expresaba que en el supuesto de que el reconocimiento del menor fuere sucesivamente y los padres no vivieren juntos, la patria potestad se ejerciera por el primero que lo hubiere reconocido; y actualmente la patria potestad se ejerce por ambos, anteriormente perdía todo el ejercicio de la patria potestad, pero actualmente, sólo ejercerá la custodia aquél que primero lo haya reconocido, es decir, pierde una parte de este derecho, además es lógica esta situación, de lo contrario, nunca nacería la patria potestad para aquél que reconoció al menor posteriormente, y lo mismo sucede cuando los padres no vivan juntos y reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de ellos ejercerá ya no la patria potestad, sino únicamente la custodia.

El 31 de diciembre de 1974, se publica en el Diario Oficial de la Federación, otro "Decreto por el que se reforma el nombre, se reforman y adicionan los artículos 102, 164, 165, 168, 169, 174, 259, 260, 267 fracción XII, 273 fracción III, 282 fracción II y IV, 284, 287, 288, 322, 3223, 372, 418, 423, 490, 569, 581 fracción I y II, 582, 1368 fracción I, II, III y V, y se derogan los artículos 166, 167, 170, 171, 214, 282 fracción I, 373, 2275 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal en los términos siguientes".

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal. (35)

Y sólo transcribiremos y estudiaremos, los que a patria potestad se refieren:

Así el artículo 418 disponía:

"A falta de padres, ejercerá la patria potestad sobre el hijo reconocido los demás ascendientes a que se refiere la fracción II y III del artículo 414".

Quedando como a continuación se indica:

"A falta de padres ejercerá la patria potestad sobre el hijo, los demás ascendientes a que se refiere la fracción II y III del artículo 414, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".

Respecto a esta reforma, podemos notar que se suprimió la idea de que a falta de padres ejercerán la patria potestad sobre los hijos reconocidos, por la idea únicamente de hijos, es decir, ya en la reforma, se habla de hijos en general, y no específicamente de hijos reconocidos, como se disponía en el numeral en estudio, en el momento de la publicación del Código Civil.

Asimismo, el artículo 423 también se reformó, a través del mismo decreto, pues determinaba:

"Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente".

Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presenten el apoyo suficiente a la autoridad paterna"

Para quedar como sigue:

"Para los efectos del artículo anterior, los que ejercen la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Las autoridades en caso necesario auxiliarán a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente".

Aquí hay un ejemplo de la evolución, aunque pequeña de esta institución, ya que en este artículo se consagra el otro gran aspecto de la patria potestad, ya no sólo es un derecho lleno de facultades y poderes, sino también trae consigo obligaciones para aquél o aquellos que la ejercen y es por ello, que en este numeral se ocupa la idea "tiene la facultad de corregirlos, y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de ejemplo".

Lo establecido anteriormente, es una innovación al Código Civil actual, en el que se observa ya un espíritu de conciencia en el derecho a ejercer la patria potestad.

III SITUACION ACTUAL DE LA INSTITUCION

Al hablar de la patria potestad actualmente, encontramos que ha existido una evolución notoria, a pesar de que ha cambiado circunstancialmente en alguno de sus preceptos, más bien en relación a la situación en que se encontraba en sus orígenes, ya que se han antepuesto al derecho del padre, el derecho de los hijos, de la familia, e incluso el de la sociedad.

Consideramos pertinente comentar en este inciso, que la patria potestad se origina como el producto de un hecho natural, que es la procreación fundamentalmente.

Encontramos dentro de la patria potestad un conjunto de poderes que conllevan a su vez, a una serie de derechos y deberes que tiene el que la ejerce, y éstos deben ejercerse en interés del menor.

Dentro de la patria potestad, existe una doble función de derecho, ya que la inclinación de los padres debe coincidir normalmente con el interés social, siendo por lo tanto de interés público y por otro lado, jurídicamente la patria potestad es una función de derecho privado.

La patria potestad se creó para que aquél que la ejerce, cumpla con la función protectora del menor, otorgándole a aquéllos ciertas facultades para su mejor desempeño.

Los efectos de la patria potestad, son de dos tipos:

Con relación a las personas sometidas a este derecho y con los que la ejercen y el segundo efecto, es con relación a lo bienes de los menores.

Respecto a los sometidos a la patria potestad.-

El Código Civil vigente, a este respecto dá un concepto ético general, al decir que los hijos, cualquiera que sea su estado civil, edad o condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes que en caso necesario ejercerán este derecho.

Nuestro Código Civil vigente, acoge el criterio que cuando una persona se encuentra bajo la patria potestad

de otro, aquél debe permanecer en el domicilio del que la ejerce, tampoco puede comparecer a juicio, ni contraer obligaciones sin el previo consentimiento del que ejerce la patria potestad, postura muy acorde con el verdadero objetivo y esencia que persigue la patria potestad.

En estos casos, además de crear derechos para los que ejercen la patria potestad, constituyen deberes, pues se trata de evitar que por la inexperiencia del menor cometa un perjuicio a su patrimonio propio, o bien a su persona, tomando en cuenta su buen desarrollo social.

Para el caso de que el interés del que ejerce este derecho, sea opuesto al que se encuentra sometido a la patria potestad, éstos serán representados en juicio por un tutor nombrado por el Juez de lo Familiar.

Respecto de las personas que ejerzan la patria potestad.-

Los que ejercen este derecho, tienen la obligación de educar al menor, de no hacerlo convenientemente incurre en responsabilidad civil y administrativa, así lo dispone el artículo 53 de la Ley Federal de Educación en relación con el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Educación Pública, que determinan:

Artículo 53.- "Son obligaciones de quien ejerce la patria potestad o la tutela:

I.- Hacer que sus hijos o pupilos menores de 15 años, reciban educación primaria:

II.- Colaborar con las Instituciones Educativas en las actividades.

III.- Participar de acuerdo con los educadores en el tratamiento de los problemas de conducta o de aprendizaje". (36)

Artículo 65 "Los padres tienen el deber de hacer que sus hijos menores de 15 años cursen la escuela primaria, existiendo para el caso de incumplimiento una multa pecuniaria" (37)

Incluso el incumplimiento del ejercicio de este derecho, puede traer consigo la pérdida del mismo. Es decir, en México existe la libertad de los padres de educar a sus hijos, eligiendo para ello los medios o métodos que consideren para hacerlo, así mismo, la religión se encuentra dentro de la educación, por lo cual, también los padres gozan de la libertad para transmitirles la enseñanza religiosa que mejor le parezca para sus hijos. (38)

Respecto a este punto, Antonio de Ibarrola, manifiesta que esta educación debe comenzar desde la concepción del menor, a pesar de imponer esta obligación trae consigo aparejado el deber de hacerlo serenamente, así también debe ser justa, verdadera y comprensivamente.

Como lo estudiamos anteriormente, la patria potestad se ejerce por el padre y la madre, a falta de éstos, por los abuelos paternos, y si faltaren éstos, por los abuelos maternos hasta aquí lo determinaba el Código Civil de 1928. En el momento de su promulgación, sin

(36) Normas Fundamentales, Secretaría de Educación Pública, Nuevo Reglamento y Diagrama de Organización, 4 de febrero de 1980.

(37) Pina, Rafael de. Derecho Civil Mexicano, Edic. 8a. Vol. I Introducción-Personas-Familia Ed. Porrúa México s/f p. 381.

(38) Ibarrola, Antonio de. Derecho Familiar edic. 2a Ed. Porrúa México 1981 p.p. 423, 424.

embargo, en la reforma de este Código Civil, en 1974, que ya transcribimos en el inciso anterior, se estipuló una situación que a nuestro juicio es muy acertada, ya que a falta de padres, será los abuelos paternos o maternos quienes ejerzan este derecho, y cuya decisión la tendrá el Juez de lo Familiar correspondiente, consideramos que como estaba redactado este artículo en el momento de la promulgación del Código Civil de 1928 (Código Civil vigente), no existía explicación alguna del porque a falta de los padres, ejercía la patria potestad los abuelos paternos y no los abuelos maternos, sin embargo con esa reforma se faculta al Juez de lo Familiar determinar al respecto, con la única limitación de resolver siempre en interés del menor.(39)

Asimismo, los que ejercen la patria potestad, tienen la facultad de corregir mesuradamente a sus hijos sujetos a ella, auxiliándolos para su mejor desempeño las autoridades en casos necesarios, con amonestaciones y correctivos.

Por lo que toca al rubro de lesiones, el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, disponía que las lesiones cometidas a los menores por quienes ejercen la patria potestad en ejercicio del derecho de corrección, serán sometidas a proceso por el delito correspondiente, atendiendo a la gravedad de la misma, y de acuerdo al Código Penal, perderán el derecho de seguir ejerciendo la Patria Potestad, así lo dispone el artículo 295, del Código Penal para el Distrito Federal.

Por otro lado, existe la obligación por parte de quien ejerce la patria potestad de dar alimentos a sus hijos que se encuentren sometidos a este derecho (40).

(39) Ibid. p.p. 419, 420.

(40) Pina, Rafael de ob. cit. p. 668.

Esta obligación alimenticia no es propiamente un efecto de la patria potestad, ya que tiene su origen en el parentesco, al especificar, que la obligación alimenticia debe cumplirse en primer lugar, por los padres hacia los hijos y éstos a aquéllos, en segundo lugar, incluso, existe esta obligación aunque se llegue a la mayoría de edad, es decir, cuando se acaba la patria potestad, siempre y cuando exista la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos, reuniendo determinados requisitos (41).

Incluso el artículo 336 bis del Código Penal para el Distrito Federal determina;

"Al que intencionalmente se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años, el Juez resolverá la aplicación del producto del trabajo que realice el agente, a la satisfacción alimentaria de éste".

Para el caso de que los padres no cumplan con esta obligación, perderán la patria potestad sobre el menor, siempre y cuando el hijo no tenga los medios suficientes de subsistencia.

Una de las cuestiones más graves en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, lo es el abandono de los hijos, que con independencia de la pérdida de este derecho, incluso se castiga penalmente en México, así el artículo 336 del Código Penal, para el Distrito Federal, impone sanción corporal y privación de los derechos de familia, al disponer:

(41) Galindo Serfias, Ignacio Derecho Civil, Parte General, Familia, primer curso Edic. 2a. Ed. Porrúa México, 1976 pp. 668.

Artículo 336.- "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado".

Hasta ahora, hemos estudiado los efectos de la patria potestad, con relación a las personas sometidas a este derecho y a las que lo ejercen; el segundo efecto de la patria potestad es con relación a los bienes del menor, y como ya anotamos en el inciso anterior, y en vista de que nuestro estudio versa sobre la pérdida de la patria potestad, consideramos que este segundo efecto de este derecho, es motivo de otro estudio.

Extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad.

En primer lugar, la patria potestad se acaba cuando las leyes ponen fin a ese ejercicio, sin tener nada que ver al respecto quien la ejerce, estipulando la ley determinados eventos por los que debe concluir (42).

Y así determina el Código Civil vigente:

Artículo 443. "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 mayoría de edad del hijo".

(42) Pina, Rafael de ob. cit p. 385.

El primer inciso, es lógico, ya que si no hay persona quien ejerza la patria potestad, al menor se le situará en otra figura jurídica.

En el segundo caso, le otorga al menor, una capacidad que le faculta la libre administración de sus bienes, con limitaciones que la misma ley establece.

Cabe aclarar que existen dos clases de emancipación, la que es producida por el matrimonio, y la que se deriva de la voluntad de los padres, en México, sólo se reconoce la primera, y así lo establece el Código Civil vigente en su artículo 641, en el que se determina que si el matrimonio se disuelve, no volverá a recaer sobre él la patria potestad, explicando esta situación derivada del matrimonio, por el hecho de ser incompatible del estado de ser casado, con el hecho de subordinación.

Respecto al tercer caso, decimos que los mayores de edad, son aquéllas personas físicas, que cuentan con la capacidad de obrar libremente.(43)

Sólo se podría dar el caso y que constituye una excepción, cuando se muere el adoptante, y si bien es cierto no lo establece la ley, pero sí el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que el padre natural recobra el ejercicio de la patria potestad (Anales de Jurisprudencia, T. XXXVI, p. 227).

Así el Código Civil vigente, determina que:

La patria potestad se suspende:

Artículo 447.-

(43) *Ibid.* p.p. 403-405.

I.- Por incapacidad declarada judicialmente.

II.- Por la ausencia declarada en forma.

III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

En el primer caso, cuando judicialmente es declarado incapaz el que ejerce este derecho, la patria potestad se suspende hasta en tanto no recobre esta capacidad física.

En el segundo inciso, se debe entender en suspenso respecto de la persona que ejerce la patria potestad, aún cuando haya dejado persona quién lo represente, ya que como veremos posteriormente, el ejercicio de la patria potestad es personalísimo e intransferible, salvo lo establecido en la ley.

Y en el tercer supuesto, se suspende el ejercicio de la patria potestad cuando es condenado por un Juez a esa suspensión, existiendo diversos casos que más adelante se estudiarán.

Respecto a la pérdida de la patria potestad, tema central de este trabajo, y con el propósito de no ser repetitivo, la estudiaremos en el próximo capítulo.

IV.- CONCEPTUACION DOCTRINARIA DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad: "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". (44)

Esta definición se refiere únicamente a los ascendientes menores de edad, sin embargo, la definición que vierte Louis Josserand la consideramos más acertada, a continuación la transcribimos:

"La patria potestad, es el conjunto de derechos que confiere la Ley al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben en lo que concierne a la manutención de dichos hijos". (45)

Si bien es cierto, en la primera parte de este concepto enmarca el conjunto de derechos otorgados a los padres, y en su última parte de las obligaciones que tiene a su cargo el que ejerce la patria potestad, consideramos que es limitativa en lo que refiere a esos deberes, ya que en la patria potestad se encuentran otros no menos importantes, como por ejemplo, no abandonarlos, corregirlos, etc.

Asimismo, actualmente encontramos que la patria potestad, ya no es un poder absoluto, pues trae consigo derechos y obligaciones para aquél que la ejerce, es decir, hay una relación jurídica bilateral. (46)

(44) Montero Duhalt, Sara Derecho de Familia Edic. 1a Ed. Porrúa México 1984 p. 339.

(45) Josserand, Louis Derecho Civil, Revisado y Comentado por André Brun. Tomo I Vol. II De la familia, traducción de Santiago Cunchillos y Manierola Ed. Jurídicas Europa-América Bosch Buenos Aires 1932 p. 257

(46) Loc. Cit.

Existe otro Autor, Ignacio Galindo Garfias, que define a la patria potestad como:

"Una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de quienes ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)" (47).

En esta definición observamos que ocupa dos ideas distintas a las anteriores, que son la asistencia y protección, e incluye además a los hijos que están sujetos a la patria potestad, que encuadra a toda clase de estos.

La patria potestad actualmente, a diferencia de las antiguas legislaciones, nace de las relaciones paterno filiales y no de la familia legítima como se concebía, la ley no ha querido que la patria potestad dependa de la existencia del vínculo matrimonial, sino de la procreación o de la adopción.

En sí, las obligaciones y derechos que imponen a los padres que ejercen la patria potestad, son para que en ejercicio de esa autoridad cumplan con su finalidad, siendo una función ético social, es decir, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y maternidad. (48)

La patria potestad es una institución encaminada a proteger a la infancia, tanto a los hijos nacidos dentro del matrimonio, como los nacidos fuera de éste, ya que tanto los primeros, como los segundos tienen derecho a una educación, alimentación, etc.

(47) Galindo Garfias, Ignacio ob. cit. p. 655.

(48) Ibid. p. 656.

También en tiempos antiguos, se consideraba a la patria potestad, como un poder paterno, pero se sostenía en una institución mixta, es decir, constituida religiosa y civilmente, tan era así que decía Demolbe Fort:

"Es Dios mismo quien ha confiado al padre y madre la educación de sus hijos, les ha colocado por ello bajo su autoridad, y ha puesto en el corazón de unos y otros los sentimientos de protección y obediencia sobre los cuales la patria potestad reposa".(49)

Como se anotó anteriormente, la patria potestad es más que nada una función de los que la ejercen, ya que ha perdido el carácter autoritario del padre, hasta llegar a convertirse en una institución protectora del menor, incluso interviene también el estado, siendo cada día más notoria esta intervención, que de ahí, se dice que es de interés público requiriéndose en ocasiones la acción directa del estado, para su mejor cumplimiento.

Se reconoce que la patria potestad tiene un contenido moral y otro jurídico, que van siempre unidos sin atacar la naturaleza esencial de esta institución.

Actualmente la patria potestad muestra una suavidad respecto al ejercicio de la autoridad paterna, y que por ello, no se debería nombrar potestad.

Los derechos del hijo y de la familia se han opuesto a los del padre (50).

(49) Valverde y Valverde, Calixto Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV parte especial Derecho de familia Edic. 2a Valladolid, 1921 p.p. 464, 465.

(50) Pina, Rafael de ob. cit. p.p. 378, 379.

Los conceptos de la patria potestad los encontramos un tanto incorrectos, como se conciben actualmente, ya que ni es patria, ni es potestad, pues patria potestad significa el poder del padre, en realidad ésta era la idea de la legislación antigua en donde sí era adecuado, pues como anotamos anteriormente, el ejercicio de la patria potestad era exclusivo del padre.

Actualmente este derecho no es exclusivo del padre, sino es a su vez compartido por igual con la madre; tampoco es ya potestad puesto que no es un poder, sino una serie de facultades de quien o quienes la ejercen.

Se procuró substituir el nombre de patria potestad, y uno de estos intentos es el de autoridad de los padres y de las madres, sin que a la fecha haya cambiado el sentido del concepto de patria potestad.

Cabe comentar que el Código de Familia Rusa de 1918 si cambió el nombre de patria potestad, por el de derechos y deberes respectivos de los hijos y de los padres.

Características de la Patria Potestad.

La Patria Potestad es irrenunciable: así lo establece el Código Civil vigente, en su artículo 448, pues sólo pueden excusarse los que por edad avanzada no puedan ejercerla, indicando que son aquellas personas que tengan más de 60 años, y quienes por su mal estado de salud no puedan cumplir su desempeño, esta situación de irrenunciabilidad, es lógica, ya que la familia, la sociedad y el estado, tienen interés en la educación y formación de los menores, por otro lado en el Código Civil vigente, concretamente en el artículo 6º, determina que sólo se puede renunciar a los derechos privados cuando no afecte a terceros, para el caso de que el ejercicio de la patria potestad fuera renunciable, implicaría un abandono de los deberes que tiene el que la ejerce, como es el caso de la misma educación de los menores, dejarlos abandonados, étc.

La Patria Potestad es intransferible: el conjunto de poderes que se otorgan a la persona que ejerce este derecho son personalísimos, es decir, los derechos y deberes que conforman la patria potestad, se encuentran fuera del comercio, y sólo se transmite su ejercicio en el caso de la adopción, ya que este derecho pasará al adoptante decretándose sólo esta situación por un Juez Familiar.

La Patria Potestad es imprescriptible: toda vez que los derechos y obligaciones que se encuentran dentro de la patria potestad, no se adquieren por el transcurso del tiempo. (51)

La Patria Potestad es un Derecho relativo: ya que su interés es un beneficio y conveniencia del menor, esta es la función de la patria potestad, es aquí donde encontramos que este derecho no es perpetuo en interés del menor, ya que se acaba cuando se considera que el menor puede prescindir de ésta y en los términos que marca la ley. (52).

51) Galindo Garfias, Ignacio ob. cit. p.p. 660-663.

(52) Josserand, Louis ob, cit. p.p. 260, 261.

CAPITULO III

MODOS DE ACABAR Y SUSPENDER LA PATRIA POTESTAD

I. ANALISIS DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL EN VIGOR.

A. COMPARACION DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE, CON LOS CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

A manera de aclaración, manifestamos que el tema central de este trabajo, es la pérdida de la patria potestad, sin embargo, al momento de la elaboración del capitulado, se tomó como Capítulo III el rubro que indica el Código Civil actual en el mismo Capítulo III, en el Título Octavo, que es "MODOS DE ACABAR Y SUSPENDER LA PATRIA POTESTAD", en el cual se incluye las formas en que se pierde este derecho.

Manifestado lo anterior, pasaremos al estudio comparativo entre el artículo 444 del Código Civil vigente, y sus correlativos en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

En principio, en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, prácticamente en el estudio de los modos en que se pierde la patria potestad, son insignificantes las diferencias, de hecho podríamos decir que casi son idénticos, ya que en ambos son dos las razones por las cuales se perdía este derecho y son:

La primera: "Cuando el que la ejerce, es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho".

La segunda: En los casos en que "una vez ejecutoriado el divorcio, perderá este derecho el cónyuge culpable, o ambos si lo fueren, y pasará el ejercicio de este derecho, al ascendiente que corresponda de acuerdo a la Ley, y si no lo hubiere, se le nombrará tutor, que en primer término corresponderá a los hermanos varones, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas y por falta o incapacidad de estos, a los tíos hermanos del padre o de la madre, para el caso de que hubiere varias personas en igualdad de circunstancias el Juez decidirá de entre ellos, el más apto para hacerlo".

Hasta aquí contemplaba el Código Civil de 1870. El Código Civil de 1884, agregó a este precepto que si el menor hubiere cumplido 14 años, el haría la elección de tutor, confirmando el Juez este nombramiento, y hará reprobar los ulteriores que haga el menor, se oirá a un defensor nombrado por el mismo, así lo disponían los artículos 268, 546, 547, 555 y 556 del Código Civil de 1870 y sus correlativos en el Código Civil de 1884 respectivamente.

El Código Civil de 1870, disponía como ya lo anotamos, que el cónyuge que diera motivo al divorcio, perdía la patria potestad sobre la persona y los bienes del menor, pero mientras viviera el cónyuge inocente, en su caso recobrándola cuando muriera este último, siempre y cuando las causas del divorcio se dieran por la incitación a la violencia por parte del cónyuge culpable para cometer un delito, aún cuando no fuera de incontinenencia carnal; por el abandono del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada y la sevicia del conyuge culpable.

En sí, la sevicia, las amenazas y las injurias, están equiparadas por la Ley, y señaladas como causas legítimas de divorcio.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

La sevicia se identifica como acto de crueldad, malos tratos, golpes, sosteniendo que para que se den éstos como causas de pérdida de la patria potestad, deben ser continuos y que se vea en peligro la vida del ofendido, aún cuando la ley no exige tales circunstancias, toda vez que se faculta al juzgador determinar sobre la gravedad de la sevicia, agregando que incluso hay algunos autores que indican que es más importante demostrar que el cónyuge que realiza estos actos los ejecute con odio.

Para mayor entendimiento, encontramos la definición de injurias, en la segunda parte del artículo 348 del Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 348.- "... injuria es: toda expresión proferida o toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa".

Para el caso que nos ocupa, es la intención o voluntad, es decir, el ánimo deliberado de ofender a su cónyuge, sin embargo, como existen un sinnúmero de injurias, tanto de hecho como de acuerdo a las condiciones de las personas, se le dá la facultad al Juez en determinar su gravedad.

Encontramos otra diferencia entre los códigos de 1870 y 1884, en el sentido que este último contemplaba, que no perdía la patria potestad el cónyuge culpable, cuando el divorcio se había decretado con motivo de alguna enfermedad, situación que consideramos debió establecerse primero como causal de divorcio y después como causa de pérdida de la patria potestad, como así lo contempla el Código Civil vigente, respecto al divorcio.

Por otro parte, el Código Civil de 1884, establecía por un lado que la patria potestad la recobraba el cónyuge culpable, cuando falleciera el otro, siempre y cuando

que el divorcio se diera por la sevicia; amenazas; injurias graves; acusación falsa y la infracción a las capitulaciones matrimoniales, y ya no así por la incitación a la violencia para cometer algún delito aún cuando no sea carnal, ni el abandono del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

Ambos ordenamientos exponen otra causa de pérdida de la patria potestad, pero en numeral distinto; es el hecho de que los tribunales pueden privar de este derecho al que la ejerce si trata a los que están en ella, con excesiva severidad, no los educa o les impone preceptos inmorales, o bien, les dá ejemplos o consejos corruptos.

Tanto en los ordenamientos citados en líneas anteriores, como en el Código Civil vigente, existe un artículo que determina los casos en que procede la pérdida de la patria potestad, pero curiosamente, existen diversas disposiciones dispersas en estos mismos ordenamientos que también tratan de casos en que se pierde la patria potestad, sugiriendo al respecto que deberían agregarse todas estas disposiciones en un sólo numeral, o en su defecto, agruparse todas las cuestiones de familia en un sólo ordenamiento jurídico.

Ahora, pasaremos a transcribir el artículo 444 del Código Civil vigente:

Artículo 444.- "La patria potestad se pierde:

I. Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de este derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción 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 principio, a simple vista notamos que ya no sólo son dos las fracciones que enumeran las causas por las cuales se pierde la patria potestad, pues el Código Civil vigente contempla cuatro incisos.

En el primer inciso, el Código Civil vigente agrega que además de perder el ejercicio de la patria potestad por ser condenados expresamente a la pérdida de este derecho, también lo pierde el que es condenado dos o más veces por delitos graves.

La primera parte de este inciso, se refiere a que puede condenarse a la pérdida de la patria potestad, basándose en el mismo Código Civil, o bien en el Código Penal, estableciendo este último en su artículo 24 inciso XII, que las medidas de seguridad, son entre otras, la suspensión o privación de derechos.

El caso anterior, es uno de tantos, en el que existe en un ordenamiento legal distinto al Código Civil, una disposición de pérdida de patria potestad, es decir, que se debe de tomar en cuenta por mucho la institución en comento, ya que además de su importancia social y moral, no sólo se encuentra en un ámbito civil, como ya quedo asentado, siendo así una situación de una trascendencia importante.

En virtud de que algunos de los casos concretos a que se refiere esta fracción, los contempla otro ordenamiento jurídico distinto al Código Civil, y que es el Código Penal como ya dijimos, lo estudiaremos con detenimiento posteriormente. Sin embargo, esta fracción presupone una decisión judicial que debe estar fundada en una causa que justifique legalmente esta pérdida (artículo 295 del Código Penal). Hay una facultad muy amplia para que el Juez, decreta la pérdida de este derecho.

De igual manera, en el numeral anteriormente anotado, se infiere una facultad discrecional al Juez Penal para determinar la pérdida de este derecho, ya que ninguna de estas disposiciones observa que se debe entender por un delito grave.

El segundo inciso del artículo 444 en estudio, nos remite al artículo 283, que en el momento de la promulgación del Código Civil vigente disponía que la sentencia de divorcio fijaba la situación de los hijos bajo tres reglas:

PRIMERA.- Cuando las causas de divorcio sean por el adulterio debidamente comprobado; El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse éste y que judicialmente sea declarado ilegítimo (aclarando que actualmente no existe la distinción entre hijos legítimos o naturales); La propuesta del marido a prostituir a la mujer; La incitación a la violencia hecha por un cónyuge a otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; Los actos inmorales para corromper a los hijos ya sea por el hombre o la mujer o bien, su tolerancia a la corrupción; La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada; Haber cometido un delito que no sea político, pero que sea infamante por el cual tenga que sufrir una pena que sea mayor a dos años de prisión y Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido o persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.

Los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, si ambos lo fueran quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no lo hubiere, se nombrará tutor.

SEGUNDA.- Cuando las causas de divorcio hayan sido por: La separación del hogar conyugal originada por un motivo que sea bastante para pedir el divorcio si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio; La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte; La sevicia, las amenazas o las injurias graves; La negativa de dar alimentos tanto al cónyuge como a los menores; El incumplimiento sin justa causa de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges respecto de la administración del hogar y de los bienes; La acusación calumniosa por delitos que merezcan una pena mayor de dos años de prisión y cometer contra la persona o bienes del otro cónyuge un acto que sea punible si se tratase de persona extraña, siempre y cuando la pena sea mayor de un año.

El ejercicio de la patria potestad en estos supuestos quedará con el cónyuge inocente, pero el cónyuge culpable la recobrará cuando muera aquel, si los dos cónyuges fueren culpables, se suspenderá el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, en tanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza se nombrará un tutor.

TERCERA.- En los casos de padecer enajenación mental incurable, sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria así como la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el cónyuge enfermo aún conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de los hijos.

En este último párrafo, notamos que propiamente no era una pérdida de la patria potestad, ya que sólo perdía

una parte de este derecho. Observamos que prácticamente al momento de la promulgación del Código Civil de 1928, era idéntico a los Códigos Civiles de 1870 y 1884, sólo que el primero agregó las circunstancias en que se pierde la patria potestad en los casos de divorcio.

Sin embargo, este artículo 283, fue reformado por el Artículo Primero del Decreto del 13 de Diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 del mismo mes y año, en vigor 90 días después de su publicación, para quedar como sigue:

Artículo 283.- "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello. El Juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legítimamente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

Como observamos, el texto anterior del Artículo 283, establecía la pérdida de la patria potestad tomando en cuenta cuál de los dos cónyuges era culpable, recobrándola el cónyuge inocente de acuerdo a las reglas ya anotadas, sin embargo, actualmente otorga al Juez las más amplias facultades para resolver sobre los derechos para ejercerla, debiendo tener los elementos necesarios y suficientes para ello (53).

Evidentemente, las resoluciones judiciales que condenen a la pérdida de la patria potestad, deben tener como

(53) Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Comentado. Libro Primero. De las Personas. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M., México, 1987. p.201.

contexto, lo establecido en los artículos 414, 418 y del 444 al 447 del Código Civil vigente que se refieren al ejercicio de este derecho.

Más aún, y como lo establece el Código Civil vigente, con independencia de lo anterior, antes de que el Juez investido de esta facultad discrecional a que nos referimos, éste deberá acordar a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida benéfica para los menores, es decir "Si bien el a 283 otorga al Juez amplias facultades en materia de patria potestad, el artículo 284 expresa que el Juez podrá acordar otras medidas que resulten benéficas a los menores a petición de los parientes mencionados. Las resoluciones judiciales, igual que las que señala el artículo 283 deberán fundarse en las disposiciones legales sobre patria potestad establecidas en el Código. La decisión judicial puede ser modificada si con ello se beneficia al menor.

Amparo directo 6706/81 Emilio Gutiérrez Miranda 27 de julio de 1983.- 5 Votos.- Ponente Jorge Olivera Toro.- Secretario Gilda Rincón Orta." (54)

Es decir que el Juez está investido de un poder discrecional para buscar el mayor bien y conveniencia de los hijos; pero no de oficio.

En el tercer inciso del artículo 444 del Código Civil vigente al referirse a la pérdida del ejercicio de la patria potestad por no cumplir los padres con sus deberes como tales, es en el sentido de que ambos cónyuges tienen que velar por la educación y dirección de los hijos, así como de su cuidado, obligación que incluso el Código Civil vigente en su Artículo 422 consagra, al determinar que las personas que ejercen la patria potestad sobre otra, tienen la obligación de

(54) Informe rendido a la S.C.J.H. al término del año de 1983, 1a, 2a, 3a, y 4a, Sala Auxiliar. México, 1983. Ed. Mayo Ediciones, S. de R.L. p.65.

educarlos convenientemente, incluso, y en relación a la primera parte del inciso III del Artículo en estudio, les otorga por otro lado a los padres, la facultad de corregirlos observando una conducta para que les sirva a éstos como ejemplo, así lo instruye el Artículo 423 del Código Civil vigente.

Cabe hacer notar, que el Código Civil vigente al momento de su promulgación, en su artículo 423 ocupaba las palabras "corregirlos y castigarlos mesuradamente", situación que consideramos perdieron de vista los legisladores que reformaron este Artículo mediante el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974, ya que en el artículo actual no indica como deben ser corregidos los que están sujetos a la patria potestad.

Sin embargo el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, en su artículo 295, dispone que, con independencia de las sanciones a que es merecedor el que ejerce la patria potestad por inferir lesiones a los menores, se le suspenderá o privará del ejercicio de la patria potestad, contemplando todas aquellas lesiones a que se refiere la legislación penal. Cabe hacer mención, que este precepto fue reformado por el Artículo 1º del decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de 13 de enero de 1984, ya que anteriormente no eran punibles las lesiones que no pusieran en peligro la vida y tardaren en sanar menos de 15 días, es decir se encontraba patente el derecho de corrección, siempre y cuando fuera sin crueldad y sin innecesaria frecuencia; aquí tenemos un ejemplo de pérdida de patria potestad, aunque si bien es cierto lo contempla el Código Civil también lo es que lo regula otro ordenamiento distinto.

Incluso, con independencia de que las costumbres depravadas por parte de alguno de los padres sean causa de pérdida de patria potestad, también constituyen una causal de divorcio (Artículo 267 Fracción V del Código Civil vigente).

En el tercer inciso del Artículo 444 del Código Civil vigente, se descarta el hecho de que estas conductas no cayeran bajo las sanciones penales, dándole nuevamente una facultad discrecional al Juez de lo Familiar para determinar la pérdida de la patria potestad.

Refiriéndonos al último inciso No. IV, del Artículo 444 del Código Civil vigente, al indicar que se pierde el ejercicio de la patria potestad por el abandono del menor por más de seis meses, como se nota del estudio, es una innovación este inciso, con independencia de que de manera análoga es una causal de divorcio, se refiere al hecho de no darle alimentos, considerándose esta una obligación de los padres, conllevando todas las consecuencias de acreedor alimentario.

Al respecto el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, concretamente en los artículos 335 y 336 disponen respecto del abandono de un niño incapaz de cuidarse y al que sin motivo justificado abandone a sus hijos sin medios de subsistencia con independencia de la pena corporal y pecuniaria a que son acreedores, se les privará del ejercicio de la patria potestad, entendiéndose en este precepto al niño, como aquel que se encuentra imposibilitado para atenderse a sí mismo.

Por lo que toca a la pérdida de la patria potestad por la exposición que se hiciere del menor, lo reafirma el Artículo 343 del Código Penal señalado, al establecer que los ascendientes que entreguen a una casa de expósitos a un niño que esté bajo su potestad, la perderá por este sólo hecho.

La penalidad de la exposición de un menor por su ascendiente es sólo la pérdida de la patria potestad, ya que el menor no corre peligro, si las sanciones

fueran mayores, sería estímulo para la comisión de abortos o infanticidios. (55)

Por otro lado es causa de pérdida del derecho a ejercer la patria potestad el acto de los padres que a la vez hacen perder este derecho a los demás ascendientes llamados por la ley, el previsto en el Artículo 478 del Código Civil en relación con el 470.

Es decir, el nombramiento de tutor testamentario hecho por el ascendiente que sobreviva de los llamados preferentes en grado a ejercer la patria potestad, nombrando como tutores a aquellos sobre quienes la ejerzan, excluye del ejercicio de este derecho a los ascendientes de ulteriores grados. (56)

Asimismo, es causa de pérdida de la patria potestad del o de los sujetos que se encuentren en su ejercicio, con el mismo efecto sobre los demás sujetos con posibilidad de ocupar el cargo de acuerdo al Artículo 403, y 397 Fracción I del Código civil Vigente.

Artículo 403.- "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges".

Artículo 397.- "Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

I.- El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trate de adoptar,

(55) González De la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Edic. 4a Ed. Editorial Porrúa, S.A.. México, 1978. p. 382.

(56) Informe de la Suprema Corte de Justicia de 1978. número 108. p. 94.

II.- ...(57)

Ahora bien, existen otras causas más de pérdida de la patria potestad, que como ya dijimos no se encuentran propiamente reguladas en el Código Civil vigente y son a las que se refiere la Fracción I Primera parte del Artículo 444 de dicho ordenamiento, es decir, se instituyen en otro ordenamiento distinto, que es el Código Penal, y que a continuación pasaremos a su estudio:

El artículo 202 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, ordenamiento a que nos referimos en el presente estudio dispone:

"Queda prohibido emplear a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicio. La contravención a esta disposición se castigará con prisión de tres días a un año, multa de veinticinco a quinientos pesos incurrirán en la misma pena los padres o tutores que acepten que sus hijos menores, respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos ..."

En relación con el Artículo 203 del mismo ordenamiento, señala que cuando el delincuente es ascendiente, padrastro o madrastra, es decir, el que emplea al menor, con independencia de duplicarse la pena señalada en el artículo 202, perderá la patria potestad de sus descendientes, ésta última disposición no es aplicable a los padres por ya contener una sanción específica en el Artículo 202.

También se pierde la patria potestad, cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra

su descendiente, con independencia de que la pena corporal y pecuniaria aumenta en relación a otros supuestos, no así en el caso del incesto, (Art. 272 no refiriéndonos evidentemente a la violación incestuosa).

Considerando que también debería ser causa de pérdida de patria potestad las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes, ya que se presenta en condiciones de promiscuidad en el que conviven parientes y daría posiblemente motivo a la descendencia degenerativa, incluso la legislación prohíbe entre éstos la posibilidad de matrimonio, que consecuentemente iría en contra de los principios fundamentales de la familia.

Sugiriendo de igual forma que se legislara en estos supuestos dada las circunstancias de desarrollo de la sociedad mexicana.

Otra causa por la cual se pierde la patria potestad, consiste en el hecho de que aquella persona que la ejerce, lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, ya sea a cambio o no de un beneficio económico (Art. 366 Bis, del Código Penal). Este Artículo fue incluido acertadamente por el Artículo Segundo del Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de 13 de enero de 1984.

Como se observa, existen considerables casos en que se pierde la patria potestad, y que se encuentran en diversos ordenamientos legales de diversas materias, por lo que se sugiere su compilación.

Tomando en consideración que se evitarían lagunas de la ley y de esa manera en forma positiva se podría determinar sobre la pérdida de la patria potestad siendo ésta una institución importante, dada su naturaleza y consecuencias.

II.- CASOS EN QUE PROCEDEN LOS JUICIOS DE PERDIDA DE PATRIA POTESTAD.

INVOCANDO LAS CAUSALES II, III, IV, V, VIII, IX,
XI, XII, XIII, XIV, Y XVIII, DEL ARTICULO 267 DEL
CODIGO CIVIL VIGENTE.

Consideramos pertinente para iniciar este inciso, indicar la clasificación de las causas del divorcio, ya que en éstas llevan implícito de acuerdo a su comprobación la pérdida del ejercicio de la patria potestad, haciendo nuevamente la observación, que el Juez al dictar la sentencia, actualmente tiene las más amplias facultades para decidir en estos casos la situación de los menores, en lo que toca a patria potestad, su suspensión, limitación y pérdida, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 283 del Código Civil vigente.

Existe la siguiente clasificación que es en forma genérica:

- Causas en las que el Juzgador se encuentra investido de facultad discrecional para decretar el divorcio y en su caso la pérdida de la patria potestad de acuerdo a la gravedad de los hechos, por ejemplo al tratarse de injurias graves, sevicia, calumnias, abandono del hogar conyugal sin causa justificada.

- Causas en que el Juez no goza de esa facultad discrecional de decretar el divorcio o pérdida de patria potestad para cualquiera de los cónyuges, por ejemplo el adulterio, la falta de pago de pensión alimentaria, cabe aclarar que el Juez en estos casos sí goza del poder de apreciación en materia de prueba, de acuerdo con las reglas de éstas.

- Causas que son derivadas por un hecho culpable e incluso en la comisión de un delito, como es el adulterio, la incitación a la violencia por uno de los cónyuges hacia el otro para cometer algún delito, la corrupción de la mujer, el abandono del domicilio conyugal.

- Causas que son consecuencia del incumplimiento de las obligaciones inherentes al matrimonio, como la de proporcionar alimentos al otro cónyuge o a los menores.

- Y por último las causas que se pueden considerar de honor, o bien poner al cónyuge que ha incurrido en ella, en la imposibilidad de seguir cumpliendo sus obligaciones, como haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión por más de dos años, y los hábitos de juego o embriaguez y el uso indebido o persistente de drogas enervantes.

En realidad, existen muchas formas de clasificar las causas del divorcio y en el caso específico del estudio que nos ocupa de la pérdida de la patria potestad, sin embargo la doctrina más reciente determina que son dos las causas de divorcio: causas que implican culpa y causas objetivas, creemos que en síntesis es simplemente la ruptura efectiva, total y comprobada del matrimonio, ya que del examen de todas y cada una, se resume este extremo, notándose que los cónyuges en estas circunstancias son ya unos extraños que necesitan rehacer su vida en la mayoría de los casos, siendo uno de los caminos precisamente el divorcio, es en donde entra la interrogante en el sentido de que si son egoístas los conyuges o no, pues el destino de los menores tanto en su persona como en sus bienes y más aún en su moralidad y sentimientos los dejan generalmente en segundo término.

Analizando en particular cada una de las casusas de divorcio, que en su caso procede el juicio de pérdida de la Patria Potestad, que como ya anotamos, en un

momento dado el Juez dictará una resolución que fijará la situación de los menores, tenemos las causales invocadas en el Artículo 267 del Código Civil vigente.

INVOCANDO LA CAUSAL II

" El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo".

Respecto a esta causal cabe mencionar, que el hijo puede declararse ilegítimo cuando nace antes de los 180 días después de celebrarse el matrimonio, de lo contrario, el hijo se considera legítimo de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 324 Fracción I del Código Civil vigente y A Contrario Sensu, también lo establece el Artículo 328 del mismo ordenamiento.

Artículo 328.- "El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.- Si se prueba que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;

II.- Si concurrió al levantamiento del acta de matrimonio y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III.- Si ha reconocido expresamente por suyo el hijo de su mujer;

IV.- Si el hijo no nació capaz de vivir."

Este numeral considera el hecho de que los cónyuges tuvieron relaciones prematrimoniales, otorgando en caso contrario al marido, acción de desconocimiento de ese hijo, no obstante esta acción no podrá operar si se dá cualquiera de los casos del artículo 328 o ha caducado ésta por no interponerla dentro de los 60 días contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude si se le ocultó el nacimiento (Artículo 330 del Código Civil vigente).

Por otro lado el marido no podrá desconocer al hijo alegando adulterio por parte de la mujer, aún cuando ésta declare que no son hijos de su esposo, a menos que el nacimiento se le haya ocultado o bien demostrado que durante los diez meses antes del nacimiento no tuvo contacto carnal con su esposa.

La acción de divorcio y de pérdida de la patria potestad en este caso, puede ser intentada después de la sentencia ejecutoriada que declare ilegítimo al hijo, ya que la acción de divorcio no es acumulable a la de ilegitimidad del hijo (Artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) puesto que el éxito de una depende de la otra (58).

Estipulando el mismo artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en vigor, que queda abolida la práctica de deducir subsidiariamente acciones contrarias o contradictorias.

INVOCANDO LA CAUSAL III

"La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o

(58) Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. Edic. 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1979. p.p. 62-66.

cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;"

Prácticamente esta causal de divorcio y como consecuencia la pérdida de la patria potestad por encontrarse también dispuesto en el artículo 444 fracción III del Código Civil vigente como causa de pérdida de este derecho, se refiere a lo que comúnmente se le denomina "LENONES", es decir, a los maridos que explotan a su cónyuge, obligándola prácticamente a tener contacto carnal con otro.

El diccionario de Escriche, sancionaba a estas personas y define el lenocinio como:

"El infame comercio de prostitución de mujeres.

Dividía en cinco clases las personas que se dedicaban a este oficio: 1ª de los Bellacos que guardaban las ramerías públicas en el burdel, tomando parte de sus ganancias; 2ª de los que, como chalanos, corredores o mediadores andaban solicitando las mujeres que estaban en sus propias habitaciones para los hombres que les daban algún interés en premio de su vileza; 3ª de los que tenían en su casa mozas que se prostituyen, con el objeto de percibir la ganancia que ellas hacían por este medio; 4ª de los viles maridos que servían de alcahuetes a sus mujeres; 5ª de los que por algún lucro consentían en su caso la concurrencia de mujer casada u otra de buen lugar para hacer fornicio, sin ser sus mediadores ni sus cómplices" (59).

Teniendo como sanciones las siguientes:

Los que se encontraban en la 1ª clase, los desterraban del pueblo con las ramerías que guardaban, la 2ª clase perdía la casa para el fisco y otra multa pecuniaria,

(59) Ibid. p. 68.

los de la 3ª clase se tenían que casar y dotar la mujer, o bien la pena de muerte, y corrían la misma suerte la clase 4ª y 5ª.

Las leyes de recopilación, no hacían esta distinción, sino que cuando lo realizaban por primera vez, la pena consistía en vergüenza pública y 10 años de galeras; por segunda ocasión, la de cien azotes y galeras perpetuas; por tercera vez, la muerte en la horca.

Sin embargo como sabemos todas estas sanciones, ya desaparecieron y actualmente el Código Penal, castiga dicho delito de la siguiente forma:

Artículo 206.- "El lenocinio se sancionará con prisión de seis meses a ocho años y multa de cincuenta a mil pesos".

Principalmente el lenocinio es un delito consistente en el comercio sexual con fines económicos.

Al respecto, existen diversos sistemas para su prevención o sanción en su caso, y que son:

a).- Considerar al lenocinio como un delito, reprimiéndolo total y absolutamente, castigándolo constantemente, tomando en cuenta que esto trae como consecuencia el clandestinaje en este tipo de sociedad, sin considerar propiamente sus orígenes.

b).- El que se podría denotar como una reglamentación administrativa, a través de un control de registros, exámenes periódicos, zonas restringidas etc. y con esto, se evitaría el contagio de enfermedades muy en boga actualmente.

c).- La tercera, es la indiferencia a la prostitución a reserva de reprimir enérgicamente este delito .

Como se ha notado, por un lado la legislación en materia familiar contempla sólo el comercio carnal de la mujer con otra persona distinta al marido, y las sanciones y su clasificación observan el lenocinio en general.

Sin embargo existe la clasificación de este tipo de delito y podemos decir que la trata de mujeres, consiste en lanzarse a la prostitución. El rufianismo, que comete el esposo que vive o lucra a costa del comercio carnal de su mujer. (60)

Como es de notarse la causal de divorcio marcada con la fracción III determinada en el Artículo 267 del Código Civil vigente, está relacionada con los Artículos 206 y 207 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, sin embargo se advierte que no se identifica del todo, tanto la causal como el delito de lenocinio, ya que en este último, puede ser cometido por personas que no se encuentren unidas mediante el vínculo matrimonial. Por otro lado, cabe aclarar que para invocar la causal de divorcio y en su caso la pérdida de la patria potestad, no es necesario que la autoridad penal declare la existencia del delito de lenocinio.

El lenocinio que considera esta causal de divorcio y de pérdida de patria potestad, puede ser expreso o tácito, sin embargo consideramos que está mal redactado, ya que se inicia con la palabra "La propuesta del marido..." y posteriormente considera el consentimiento tácito por considerarlo así acto pasivo del marido.

Cabe mencionar que esta disposición, al decir que el marido incurre en esta causal de divorcio cuando recibe a cambio del comercio carnal de su mujer una retribución, no se indica exclusivamente de dinero, sino puede consistir en otros tipos, por ejemplo el ascenso en algún puesto en el trabajo del marido.

(60) González de la Vega, Francisco. ob. cit. p.p. 292 y 293.

Por otro lado consideramos que el legislador en su momento, no contempló en esta disposición legal el caso contrario, es decir cuando la mujer incite al marido a que tenga relaciones carnales con otra mujer, a cambio de una retribución ya sea económica o de otra índole, posiblemente esta situación se explica por la idiosincracia de que el hombre no se prostituye cuando tiene relaciones carnales con otra mujer distinta a la suya y también porque la prostitución de la mujer es socialmente más grave, ya que es posible que pueda llevar al matrimonio un hijo que no sea de su esposo.

Asimismo y de acuerdo a la vida social actual, es necesario que se contemple el aspecto anterior, así como el homosexualismo y lesbianismo.

Existe un supuesto que concierne propiamente al tema central de este trabajo, y es la interrogante siguiente. Para el caso de que el hombre y la mujer no se encuentren unidos por el vínculo matrimonial, sino que sólo vivan en concubinato y tienen un hijo y se dá que el hombre prostituye a su mujer en los términos de la Fracción III del Artículo 267 del Código Civil vigente, ¿Será causal para demandar la pérdida de la patria potestad del menor?.

La problemática anterior consiste en que el precepto de la causal en mérito presupone que el sujeto activo y pasivo deben estar unidos bajo el vínculo del matrimonio. En este caso consideramos que sí es aplicable la causal y lo dispuesto por los Artículos 206 y 207 del Código Penal ya estudiados, sin embargo pensamos, que se deberá legislar en el futuro a este respecto.

INVOCANDO LA CAUSAL IV.

"La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;"

Significa propiamente que uno de los cónyuges mueva al otro a cometer algún delito contra las personas, como podría ser, robo, homicidio, plagio, incluso puede ser que tenga por objeto la comisión de un delito sexual como es el de la violación.

Al respecto se considera común que en la clase proletaria, la mujer provoque que el marido cometa actos violentos tendientes no precisamente a cometer el delito, pero con el supuesto de guardar el honor familiar de la mujer, se llega a caer en el supuesto de la causal en estudio, y las frases utilizadas son: "no seas cobarde", "no te dejes", etc., situación que es motivo de que en México existan muchos actos de violencia y principalmente en ese renglón.

Cabe hacer mención que son independientes tanto la causal en estudio, como la responsabilidad penal que pudiese encuadrarse en el caso particular. (61)

Así el Artículo 209 del Código Penal en comento dispone:

"El que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare..."

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo anteriormente descrito, la incitación a la violencia debe ser en forma pública, a diferencia del caso marcado en la Fracción IV del artículo 267 del Código Civil vigente, ya que este no lo requiere en esa forma. Es decir, si la provocación no es pública no se estaría en el supuesto del delito, pero sí dentro de la causal de divorcio y en su caso de pérdida de patria potestad sobre los menores sujetos a ésta.

(61) Pallares, Eduardo. ob. cit. p.p. 68-72.

La incitación o provocación puede ser de palabra, por escrito o bien por desprecio, la burla, el negarse a cumplir ciertas obligaciones maritales como no cumplir con el débito conyugal y otros análogos.

Todos ellos encaminados a la provocación, incluso puede emplearse la violencia física o moral a través de amenazas, en ambos casos se cometerá otro delito y se tendrán incluso otras causales de divorcio y de pérdida de patria potestad. (62)

La causal en estudio, dispone de una manera no muy clara que la incitación o provocación debe ser dirigida a la violencia, sin embargo pensamos, que no es necesario que el delito que se ejecute sea un acto de violencia, considerando que lo que realmente trata de decir el legislador, es que el cónyuge provoque en el otro un estado de violencia pero no que la conducta sea un acto de esta índole, ya que puede ser de otro orden como delito contra la propiedad, toda vez que la misma causal no indica lo contrario.

INVOCANDO LA CAUSAL V.

"Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;"

Esta causal está relacionada con la causal de pérdida de patria potestad descrita en el numeral 444 fracción III y con el Artículo 270 del Código Civil vigente que este último al respecto dispone:

"Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a

(62) Montero Duhal, Sara. ob. cit. p. 227.

los hijos, ya sean éstos de ambos, ya de uno sólo de ellos. La tolerancia en la corrupción que dá derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones".

De igual forma esta causal se relaciona con el delito de corrupción de menores, aunque no se identifican plenamente, porque no es necesario que se realicen todos los supuestos que marca este precepto, en el caso de corrupción de menores, pueden ser personas que no sean padres de los menores, aunque si lo fueren, con independencia de las sanciones que determina la ley penal, se harán acreedores a la pérdida de la patria potestad de los sujetos a ésta.

La palabra corrupción que indica la causal V del Artículo 267 del Código Civil vigente, tiene un sentido amplio, encerrando en ella toda clase de miserias morales, como la prostitución, embriaguez, el uso indebido de sustancias enervantes e incluso la mendicidad.

Para poder demandar el divorcio invocando la causal en estudio, es necesario que los cónyuges "ejecuten actos inmorales" tendientes a corromper a los hijos, como así lo determina esta causal, pero para el caso de demandar la pérdida de la patria potestad, simplemente se tendría que comprobar la tolerancia en estos actos inmorales, o que no los sepan educar al no tener la autoridad suficiente para dirigirlos.

De la redacción de esta causal se observa que debe existir pluralidad de actos inmorales, considerando que esto es totalmente incorrecto, ya que pensamos que un sólo acto inmoral podrá ser bastante para solicitar el divorcio e incluso demandar la pérdida de la patria potestad, ya que podrá ser suficiente para revelar la indignidad del progenitor y así lo podremos interpretar en la lectura de la fracción III del artículo 444 del Código Civil que determina, que la patria potestad se pierde: "cuando por las costumbres depravadas de los

padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos..."

De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 270 del Código Civil vigente, se entiende que la tolerancia en la corrupción para solicitar el divorcio o en su caso la pérdida de la patria potestad, debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones, al respecto pensamos que es incorrecta esta disposición en su última parte, ya que existen omisiones por los padres que cae en la tolerancia de la corrupción de los menores, que debiendo de ser consideradas para poder demandar, por ejemplo cuando los padres pasan desapercibidos ante la prostitución de una de sus hijas, recibiendo el dinero para cubrir los gastos familiares, o bien, que otros toleren la relación de su hija con algún político o funcionario público, para el mejor bienestar familiar. Lo anterior es con independencia de tener otra causal de divorcio o de pérdida de la patria potestad.

Es aquí en que los Jueces nuevamente cuentan con su arbitrio, para distinguir entre la tolerancia y la falta de carácter o autoridad de los padres para dirigir a sus hijos.

Por otro lado el Artículo 1316 Fracción VII del Código Civil vigente dispone, que por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o por intestado los padres que abandonaren, prostituyeren a sus hijos o atenten a su pudor, respecto de los ofendidos.

INVOCANDO LA CAUSAL VIII.

"La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada."

En principio, y es evidente que la separación como tal, consiste en el retiro de la morada conyugal, existiendo en este momento la separación amorosa o vínculo sentimental entre los cónyuges.

Por otro lado dispone que no debe existir causa justificada, al respecto hay diversas interrogantes como:

¿Qué se debe entender como causa justificada?

¿Ha de ser una causa grave?

¿Autoriza esta fracción VIII del Artículo 267 del Código Civil vigente a que el cónyuge que se separa se haga justicia por sí mismo?

¿Si el juzgador goza del arbitrio para considerar los hechos alegados por el cónyuge que se separo como causa justificada?

Como anotamos, el vocablo causa justificada es muy amplio, el cónyuge que se separa de alguna forma, viola el contrato matrimonial, ya que la ley lo faculta mediante esta causal para no cumplir con el deber de cohabitar con su pareja que de dicho contrato deriva, y por ello se afirma que existe la potestad para hacerse justicia por sí mismo sin esperarla de los tribunales, alegando que la causa de separación es grave, ya que incluso la causa no es propiamente de carácter legal, pudiendo ser moral o social.

La H. Suprema Corte de Justicia sostiene que no sólo se debe entender por separación del hogar conyugal el hecho de salirse materialmente de su hogar, afirmando que ésta también se considera en romper uno de los cónyuges con el otro, no cumpliendo sus obligaciones contraídas con este contrato, como puede ser que deje

de dar alimentos etc, por ello se considera que en estos casos se estaría en el supuesto de la causal de pérdida de la patria potestad descrita en la fracción IV del Código Civil vigente, que a la letra dispone:

La patria potestad se pierde:

"...

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, porque los dejen abandonados por más de seis meses."

Cabe aclarar que lo anterior va en contra del sentido gramatical de la causal en estudio, ya que ésta dispone el abandono del hogar conyugal y no indicando incumplimiento de las obligaciones matrimoniales y más aún; el ejemplo que ocupamos del hecho de no dar alimentos o de abandonarlos ya se encuentran contempladas en otras causales de divorcio, y que también son motivo de la pérdida de la patria potestad, violando así el principio de la autonomía de las causales. (63)

Sin embargo existen diversos autores que sostienen, que en esta fracción del Código Civil vigente no se refiere al hecho del abandono de un cónyuge por el otro, sino únicamente de la separación de la casa conyugal, no refiriéndose al abandono de otras obligaciones inherentes al matrimonio incluyendo las que se tienen con los hijos.

Si además del abandono del hogar conyugal se incumple con los deberes del matrimonio, se estará incluso dentro de otra causal, existiendo por lo tanto una confusión de hecho con lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia.

Por otro lado, cabe hacer mención que existiendo el abandono del hogar conyugal y el incumplimiento de las demás obligaciones inherentes al matrimonio y a la paternidad, se configura por separado otro delito, señalado en el Artículo 336 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero común que determina:

"El que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago por reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado."

Notando en este caso una causa de pérdida de patria potestad que más adelante se estudiará. (64)

INVOCANDO LA CAUSAL IX.

"La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;"

Consideramos que la norma no es injusta, al otorgar la ley acción de divorcio al cónyuge que motivó por una causa justificada la separación del otro, al determinar que si ésta separación es prolongada por más de un año.

El legislador protege tanto a los cónyuges como a los hijos para que no caigan en una incertidumbre sobre la subsistencia del vínculo matrimonial, por lo que concede al cónyuge abandonado la opción de pedir el divorcio y poder así definir su situación matrimonial.

Por otro lado cabe mencionar que esta causal presupone que existía un hogar conyugal, el cual puede ser de las dimensiones que sean; así, de un análisis de lo dispuesto por el Artículo 163 del Código Civil vigente, los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, considerándose este, el lugar en que de común acuerdo decidan, y que ambos disfruten de autoridad propia y condiciones iguales, esto relacionado con lo que contempla el Artículo 29 del mismo ordenamiento que indica que: el domicilio de las personas es el lugar donde residen habitualmente, como se nota, en estos dos numerales pareciera que se refieren exclusivamente a la relación de pareja, es decir que ambos cónyuges deben gozar autonomía y autoridad propia entre sí. Sin embargo la H. Suprema Corte de Justicia ha resuelto que si el marido obliga a su esposa a vivir con los padres de aquel, no hay morada conyugal, y por tal motivo no existe el presupuesto de la causal que se analiza.

También se debería tomar por analogía algún otro caso, como el que vivan en casa de algún familiar, amigo, etc. o bien, si el marido autoriza a la mujer a vivir con sus padres o en lugar distinto al de él.

Aquí cabe lo anotado en el análisis de la causal anterior, en el sentido de que no se debe entender sólo la separación del hogar el salirse materialmente de éste, sino el abandonar un cónyuge sus obligaciones inherentes a las del matrimonio, siendo en éste caso precedente la causal de pérdida de la patria potestad contemplada en el artículo 444 fracción IV del Código Civil vigente. (65)

Es decir el cónyuge que abandona la casa conyugal por tener una o varias causales para demandar el divorcio, tiene que hacerlo antes de transcurrido un año, ya que si esto no se dá así, corre el peligro de que podría ser él el demandado por el abandono de hogar y en su caso podrá ser incluso el cónyuge culpable.

(65) Pallares, Eduardo. ob.cit. p.p. 78-80.

Por otro lado, lo que se considera injusto de esta causal, es el hecho de que la ley señala un término de caducidad de seis meses para pedir el divorcio, cuando la causa no es de carácter permanente o de tracto sucesivo, al establecer el Artículo 278 del Código Civil vigente:

"El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado su noticia los hechos en que se funde la demanda".

Esto es, tratándose de padecimientos patológicos y enajenación mental (causales VI y VII) ya que si no fuera así, se estará dando el perdón tácito, que existiendo este no podrá demandarse el divorcio por ningún supuesto del Artículo 267 del Código Civil vigente. (66)

INVOCANDO LA CAUSAL XI.

"La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;"

La Legislación Penal define como injuria:

"La expresión proferida o toda acción ejercitada para manifestar desprecio a otra, o con el fin de hacerle una ofensa", es evidente que las injurias en materia familiar deben ser como el numeral lo indica, de un cónyuge al otro. La Legislación Penal se refiere al sujeto pasivo en general, por otro lado para poder ejercitar la acción de divorcio y en su caso la de pérdida de la patria potestad por esta causal, no es necesario que se integre la indagatoria de las injurias como delito, sino que es indistinto.

Por lo anterior, se deduce que pueden existir causas de divorcio y en su caso de pérdida de patria potestad, por actos que no son idénticos a los constitutivos del delito de injurias, por ejemplo el hecho de que un cónyuge tenga relaciones sexuales con persona distinta a su consorte, y no se constituya propiamente el adulterio, estos pueden ser tomados como injurias, la intención dolosa de ofender o herirlo en su honor al otro cónyuge, que como ya anotamos son elementos esenciales para que se constituya el delito de injurias.

Las injurias pueden ser de palabra, obra u omisión. Cuando las injurias se hacen verbalmente, se debe tomar en cuenta el grado social de las personas, porque de acuerdo a este, se demuestra la costumbre o forma de hablar, y para lo que en una clase social es injuria, para otra no.

Asimismo se considera injuria la negativa de un cónyuge al otro de prestar el débito conyugal, a menos que sea por enfermedad o higiene, tomando en cuenta la finalidad del matrimonio de procrear la especie, en determinados casos.

En cuanto a la sevicia: por ésta se debe entender la crueldad excesiva, malos tratos, golpes, así como las injurias éstas pueden constituir un delito en diversos casos, así lo dispone la Ley Penal.

En la definición de sevicia existe el concepto de crueldad excesiva, sin embargo en México, ésta no es requisito para que se dé el delito de este mismo nombre ya que se consideran injurias las bofetadas, puñetazos, latigazos sin proferirle una lesión.

Cabe en este caso comentar la interrogante ¿Que si sólo un acto de sevicia es suficiente para darse la causal de divorcio o en su defecto de pérdida de patria potestad?

Contraponiéndose que existe sevicia cuando hay malos tratos o diferentes actos de crueldad, y sólo bastará si es de tal gravedad y determina a la persona que lo ejercita una perversión indudable, sin embargo la H. Suprema Corte de Justicia ha resuelto lo contrario, ya que en este caso los Tribunales vuelven nuevamente a tener una apreciación discrecional al respecto, esta acción debe ejercerse dentro de los siguientes seis meses en que se presenta, con el objeto de evitar su caducidad.

Las amenazas se definen como:

"La intimidación de un mal futuro que depende de la voluntad del que amenaza y para producir temor en la persona a quien se intimida".

Además de ser acreedor la persona que tome esta conducta en determinados casos a la pérdida de la patria potestad, y en su caso a constituir una causal de divorcio, también es acreedor a una sanción penal, como lo establece el Artículo 282 del Código Penal.

"Se aplicará sanción de 3 días a un año de prisión y multa de diez a cien pesos:

- 1.- Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo;
- 2.- Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer".

También como en el caso de las injurias y la sevicia, no es necesario que constituyan un delito para poder

invocar por este hecho la causal de divorcio y en su caso de pérdida de la patria potestad, a diferencia de las injurias, como ya quedó anotado, éstas se deben de proferir hacia el cónyuge para que sea causa de divorcio y pérdida de patria potestad, tomando en cuenta, que si las injurias son proferidas por alguno de los que ejercen éste derecho sobre el menor, es viable demandar su pérdida, invocando la causal descrita en la fracción III de Código Civil vigente, en el caso de las amenazas, estas también constituyen causa de divorcio si son dirigidas a un familiar ó con quienes esten vinculados con él por amistad, por amor etc. (67)

"En síntesis: mediante la sevicia se hace sufrir, con las amenazas se intimida y con las injurias se ofende.

Con respecto a esta causal la corte tiene numerosa y firme jurisprudencia, por ejemplo:

"La sevicia, como causal de divorcio, es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados. Por tanto, quien invoque esta causal, debe detallar la naturaleza y las moralidades de los malos tratamientos, tanto para que la otra parte pueda defenderse, como para que el juez este en la aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configura la causal". (68)

Como se observa las injurias en materia civil, son elementos de contenido variable, que no prevee la ley en forma casuística y en todo caso actos que hagan imposible la vida conyugal. En materia de juicio, el objeto principal de las pruebas es influir en el ánimo del juzgador, comprobando que se ha roto de hecho el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial.

(67) Pallares, Eduardo. ob.cit. p.p. 83-87.

(68) Montero Duhalt, Sara. ob.cit. p.p. 232 y 233

En la causal en estudio se puede considerar que se encuentran casi todas las demás, por lo que en la práctica común, se invoca ésta frecuentemente. (69)

INVOCANDO LA CAUSAL XII.

Esta causal es la única que ha sufrido modificaciones; mediante el Artículo 50. del Decreto publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974 y después por el Artículo 10. del Decreto de 13 de diciembre de 1983 publicado en el Diario Oficial del 27 del mismo mes y año, ya que determinaba lo siguiente:

"La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 164 siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les concede los Artículo 165 y 166."

De igual forma los Artículos que menciona este numeral fueron reformados ya que disponían:

"Artículo 164.- El marido debe dar alimentos a la mujer, y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; pero si la mujer tuviere bienes propios o desempeñare algún trabajo, o ejerciere alguna profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad de dichos gastos, a no ser que el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, pues entonces todos los gastos serán de cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella."

(Reformado por el Artículo 50. del decreto publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974)

Artículo 165.- "La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios, o emolumentos, por las cantidades que correspondan para la alimentación de ella y de sus hijos menores. También tendrá derecho preferente sobre los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo objeto. La mujer puede pedir el aseguramiento de bienes para hacer efectivos estos derechos."

(Reformado por el Artículo 5o. del Decreto publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974)

Artículo 166.- "El marido tendrá el derecho que a la mujer concede el Artículo anterior en los casos en que esta tenga obligación de contribuir en todo o en parte para los gastos de la familia y del hogar".

(Derogado por el Artículo 5o. del decreto publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974).

En estas disposiciones, que como ya anotamos fueron reformadas y la última derogada, se nota la tradición que se tenía de sostener el hogar por parte del marido, ya que la obligación de dar alimentos, la imponía en primer termino a éste y sólo en casos excepcionales a la mujer.

Por otro lado sólo otorgaba la acción de divorcio y de pérdida de patria potestad cuando no era posible el pago de los alimentos, mediante un procedimiento judicial y como este tenía una duración considerable, el cónyuge inocente no podía ejercitar la acción de divorcio o de pérdida de patria potestad.

Por lo tanto, el juicio relativo al pago de los alimentos se consideraba como perjudicial al de divorcio y en su caso a la pérdida de la patria potestad, ya que no se podía acumular uno con el otro

pues no se permitía la conexidad, así lo establecía el Código de Procedimientos Civiles, que tratándose de juicios sumarios, como es el de pago de alimentos, sean estos provisionales o definitivos hacían imposible la acumulación de los dos juicios.

Por lo anterior y entre otras cuestiones se reformaron estas disposiciones, autorizando que la acción de divorcio y de pérdida de patria potestad procedían si un cónyuge se niega a suministrar alimentos después de que haya sido requerido, por lo tanto los numerales en estudio quedaron como sigue:

Artículo 267 Fracción XII.

"La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168."

Artículo 164.- "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la Ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independiente de su aportación económica al sostenimiento del hogar."

Artículo 168.- "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo

tanto, resolverán en común acuerdo todo lo concerniente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente."

Cabe mencionar que en este caso al igual que las causales de divorcio y pérdida de patria potestad ya estudiadas, constituye también un delito previsto en el Código Penal respectivo. (70)

Es decir el Artículo 164 del Código Civil vigente, señala entre otros deberes el cumplir los cónyuges principalmente con la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, tanto para ellos, como para los hijos, debiéndose distribuir estas cargas de común acuerdo y en proporción a sus ingresos de cada uno.

El Artículo 168 del mismo ordenamiento, pone de manifiesto la igualdad de los cónyuges y por otro lado la obligación de conducir de común acuerdo todo lo relacionado con la administración del hogar, señalando que en caso de desacuerdo, lo resolverá el Juez de lo Familiar.

En este último caso, nuevamente notamos las enormes facultades que la ley otorga al Juez de lo Familiar para resolver si los consortes no se ponen de acuerdo en la administración del hogar, y en general en todo lo concerniente a su vida en común, siendo esto, creemos, un aspecto intrínseco al mismo matrimonio, o bien, a esa unión matrimonial, y en todo caso pensamos que debería pedirse una consulta a diversos Profesionales de áreas afines con el problema en concreto, como Trabajadores Sociales, Psicólogos, Médicos, Sociólogos, etc., y no otorgarle esta amplia facultad al Juez de lo Familiar, que si bien es cierto a este se le considera como el perito de peritos, también lo es que de acuerdo a la vida social actual en México, dado su dinámica y evolución, sería conveniente legislar sobre esta

(70) Pallares, Eduardo. ob.cit. p.p. 87 y 88.

sugerencia, respecto a la creación de un Consejo Consultivo en Materia Familiar.

Así las cosas, si el Juez de lo Familiar resuelve por sentencia ejecutoriada en determinado sentido, los cónyuges están obligados a cumplirla, constituyendo su incumplimiento la causal de divorcio en estudio, por lo que se considera en este sentido inoperante la última parte de este numeral. (71)

INVOCANDO LA CAUSAL XIII.

"La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;"

Al igual que en muchas de las causales ya analizadas anteriormente, está también la contempla el Código Penal para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia del Fuero Federal, concretamente dispone en el Artículo 356.- "El delito de calumnia se castigará con prisión de seis meses a dos años o multa de dos a trescientos pesos, o ambas sanciones a juicio del Juez:

I.- Al que impute a otra un hecho determinado y calificado como delito por la Ley, si este hecho es falso, o es inocente a la persona a quien se imputa;

II.- Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquel no se ha cometido; y

III.- Al que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre la persona de un calumnioso, en su casa o en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad.

En los casos de las dos últimas fracciones, si el calumniado es condenado por sentencia irrevocable, se impondrá al calumniador la misma sanción que aquel".

Cabe hacer la aclaración que para el caso que se demuestre que los hechos imputados al calumniado son falsos, no se castigará como calumnia, cuando se acredite que tuvo el que presentó la denuncia, causas bastantes para incurrir en error.

En términos generales, las calumnias sólo se persiguen por querrela de parte (Artículo 360 del Código Penal en comentario). Existe una interrogante ¿Si el desistimiento de esta querrela produce a su vez la pérdida o extinción del derecho de pedir el divorcio o en su caso la pérdida de la patria potestad? se puede afirmar que ese perdón otorgado por el ofendido, trae consigo en forma tácita el desistimiento de las calumnias, y como esta es la causal invocada en su momento, produce también la extinción de la acción de divorcio y/o pérdida de la patria potestad, incluso así lo determina el propio Código Civil en su numeral:

279.- "Ninguna de las causas enumerada en el Artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón expreso o tácito; ...

Sin embargo por otro lado se afirma que la acción penal intentada por calumnia, es totalmente diferente a la acción civil de divorcio y de pérdida de patria potestad, por lo tanto el perdón extingue a alguna de éstas, pero no hace caducar a las otras. (72)

(72) Pallares, Eduardo. ob. cit. p.p. 88 y 89.

Es decir la simple acusación calumniosa que haga un cónyuge al otro, se infiere una deslealtad que desequilibra el sentimiento y confianza del cónyuge calumniado, y lleva así a la ruptura del matrimonio.

Al respecto la Corte ha resuelto de la siguiente manera: "Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que esta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el Juez Civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que está inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común". (73)

INVOCANDO LA CAUSAL XIV.

"Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años".

Existe en esta causal de divorcio y como consecuencia de pérdida de patria potestad en algunos casos determinados, la interrogante ¿Qué hay que entender por un delito infamante? ya que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe las penas infamantes en su Artículo 22 y de esto se infiere que no existen éstos tipos de delitos, afirmando esta postura el Código Penal ya que no existe ninguna norma que especifique este delito.

De su definición notamos que significa descrédito, deshonra, acción infame, por lo tanto el sentido de la causal en estudio deberá versar sobre estos conceptos, sin embargo consideramos que el derecho no debe constreñirse sólo al concepto gramatical, sino que debe ir más a fondo, por lo que se tiene aún la interrogante anteriormente anotada.

Existe otra respuesta y la encontramos en el Artículo 95 de la Carta Magna, que considera como conductas infamantes el robo, fraude, falsificación, abuso de confianza, o bien todos lo que lastimen seriamente la buena fama en el concepto público.

Suponemos que encontramos el espíritu de este concepto en las legislaciones anteriores, como las doce tablas del Derecho Romano, de acuerdo a su organización jurídica tenían muy arraigados los conceptos de honor, honra y probidad.

Sin embargo, la evolución jurídica y la igualdad entre los hombres que viven un estado de derecho político, trajo consigo que se extinguieran éstas penas. (74)

En síntesis, para que se configure esta causal y en el supuesto del divorcio, es necesario la existencia de una sentencia ejecutoriada que contenga los extremos de la causal, considerándose así como el derecho del cónyuge de no compartir la infamia o descrédito cometida por el otro, existiendo por otro lado la interrupción de la vida conyugal en forma constante y prolongada por más de dos años y para el supuesto de la pérdida de la patria potestad, consideramos que para demandarla no es necesario supeditarse a la sentencia condenatoria por el delito de infamia.

(74) Pallares, Eduardo. ob. cit. p.p. 89- 92.

La calificación de infamante será a criterio del Juez, ya que incluso el Código Penal no distingue la clase de delitos infamantes o no infamantes, toda vez que en un sentido amplio, podemos considerar como delitos infamantes la totalidad de éstos, por ejemplo, el robo, fraude, etc. posiblemente los que no entraran en esta clasificación serían los delitos políticos, influyendo obviamente en el criterio del juzgador las circunstancias y condiciones en las que fue cometido el delito. (75)

INVOCANDO LA CAUSAL XVIII.

"La separación de los cónyuges por más de 2 años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;"

Aclarando que la presente causa de divorcio fue creada y adicionada por el Artículo Primero del Decreto de 13 de Diciembre de 1983, publicado en "Diario Oficial" de 27 del mismo mes y año.

En este caso el mismo ordenamiento expresa las palabras "Independientemente del motivo que haya originado la separación", es evidente el espíritu del Legislador, más aún tomando en cuenta un sentido común y real de la vida cotidiana, al entender que si los cónyuges llevan de separados dos años, sin haber iniciado alguna acción de divorcio, esto significa que en esos momentos sin causal alguna tienen su voluntad y su consentimiento tácito de no llevar una vida marital, por lo tanto el legislador no exige que exista algún motivo para el divorcio, dando este derecho a cualquiera de los cónyuges, incluso tomando en cuenta la principal función del matrimonio como célula social de procrear la especie en un punto de vista leal y honrado, en determinados supuestos.

De lo anterior se infiere que la reforma que sufrió el artículo 283 del Código Civil fue en parte acertada, ya que anteriormente, se determinaba que en lo concerniente a la pérdida de la patria potestad, esta se daba en forma casuística, en determinados supuestos que la misma ley consignaba, siendo a todas luces injusto, sin embargo el hecho de que actualmente se le den al Juzgador las más altas facultades para decidir sobre la la situación de los menores, en especial lo relativo a la patria potestad, su suspensión, limitación y pérdida, por otro lado a nuestro juicio, no es adecuado ni prudente que se le den exclusivamente al Juez esas facultades para decidir sobre la pérdida de esta importante institución, sugiriendo nuevamente la creación de una Consejo Consultivo de Familia, que más adelante se detallará.

Hemos estudiado las causales de divorcio, que de acuerdo a cada situación unas graves y otras leves, se puede dar la pérdida de la patria potestad, de conformidad con el exceso de facultades discrecionales con que cuenta el Juez que conozca del asunto. Así lo dispone el Artículo 283:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso ..."

Este precepto reformó la disposición anterior, mediante el Artículo Primero del decreto de 13 de diciembre de 1983, publicado en Diario Oficial de 27 del mismo mes y año; ya que anteriormente no determinaba en forma genérica que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, ya que regulaba la situación de la pérdida de la patria potestad bajo tres supuestos:

PRIMERO.- Cuando la causal de divorcio era por las causales I, II, III, IV, V, VIII, XIV, XV del Artículo 267, los hijos quedaban bajo la patria potestad del

cónyuge no culpable, si los dos eran culpables, quedaban bajo la patria potestad del ascendiente que correspondía, y si no lo había se nombraba tutor.

Las causales en general ya estudiadas se refieren a inmoralidad, por lo que consideró el Legislador estos extremos para privar de la patria potestad al cónyuge culpable.

SEGUNDO.- Cuando la causal de divorcio estaba comprendida en la Fracción IX, X, XI, XII, XIII, XIV del Artículo 267 la patria potestad se quedaba con el cónyuge inocente, pero la recobraba cuando fallecía aquel, si ambos eran culpables la recobraban al fallecimiento del otro.

Siendo incoherente a nuestro juicio, que si en esos momentos ejercía la patria potestad el ascendiente conforme a la ley, la recuperaba el cónyuge ya declarado culpable al fallecimiento del otro.

Existiendo en este caso lo ya comentado, que no había realmente una pérdida de la patria potestad, sino una suspensión de este derecho, siguiendo la misma regla del anterior caso.

Los supuestos de estas causales, se referían a actos inmorales pero menos graves que los primeros.

TERCERO.- Cuando la causal de divorcio estaba encuadrada en las fracciones VI, VII del numeral en estudio, aquí solo se comenta sobre una parte de la patria potestad, ya que los hijos quedaban en poder del cónyuge sano, y el consorte enfermo conservaba en su totalidad los demás derechos inherentes al ejercicio de ésta, evidentemente la disposición era con el objeto de que los hijos no lleguen a algún contagio.

En cuanto a los demás derechos los consortes se tenían que poner de acuerdo, si esto no era posible, ocurrían al Juez de lo Familiar para que resolviera lo más favorable al menor.

Cabe hacer mención que si bien es cierto, en los casos en que procede la pérdida de la patria potestad, y es privado de los derechos que trae consigo, también lo es que no dejan de estar sujetos a las obligaciones que impone la ley a los progenitores, aclarando que por las mismas circunstancias, no siempre es posible de hecho en algunos casos, puesto si no vive con sus hijos, ni tiene la oportunidad de educarlos, asistirlos en caso de enfermedad, y en general cumplir con todas sus obligaciones. (76)

En este estudio entre otras causales de divorcio y en caso de pérdida de la patria potestad se omitió las marcadas con el número VI, y VII del Artículo 267...

Fracción VI "Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio".

Fracción VII.- Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente, ...Ya que se puede demandar tanto el divorcio o en su defecto sólo la separación judicial, solicitando sólo suspender la obligación de cohabitar con el cónyuge que padezca estos extremos, quedando subsistentes las demás obligaciones contraídas en el matrimonio, que por ende también las que atañen a los menores, así lo establece el Artículo 277 del Código Civil vigente, por lo que propiamente no es un extremo de pérdida de patria potestad.

La reforma que sufrió el Artículo 283, consideramos que por un lado fue acertada, ya que podemos pensar que los que se divorcian son los cónyuges, no éstos con los

hijos, y como anteriormente se determinaba en forma casuística, las causas de pérdida de la patria potestad dependiendo de la causal invocada, no era justo que un cónyuge que dio origen al divorcio tenga necesariamente que perder la patria potestad de sus menores, pensando que posiblemente puede ser mal cónyuge, adúltero, etc. sin embargo puede ser un buen padre, responsable y amoroso al que no debe privarse de este derecho.

Pero por otro lado, y nuevamente lo reiteramos, consideramos que no es conveniente darle al Juez las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a la situación de los hijos, como principalmente a resolver la pérdida de la patria potestad, ya que existe todo un capítulo al respecto en el Código Civil vigente, es decir, el Legislador debió limitar las amplias facultades otorgadas al Juez en razón a lo establecido en la Ley. No poniendo en tela de juicio que existan jueces con capacidad jurídica, peritos en la materia, humanos, psicólogos honestos etc., pero lamentable es difícil encontrar esta conjugación de virtudes en las personas, y esto por naturaleza humana, considerando que si existe una norma escrita, deberá atenderse en principio a ella.

Así las cosas el Artículo 444 del Código Civil vigente enumera en forma casuística los modos en que se pierde la patria potestad.

Como se nota este precepto parece innecesario, ya que por un lado se enumeran las causas por las que se pierde la patria potestad y por otro lado, le dan al Juez en los casos de divorcio las más amplias facultades para decidir a ese respecto, pensando que solo bastaría en todos los casos declarar que la patria potestad se pierde, a juicio del juez, cuando la conducta de los que la ejercen, constituyen una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores, y aquí quedarían incluidas todas las causas de pérdida de patria potestad, independientemente de constituir una conducta delictiva o no.

Evidentemente lo anotado en el párrafo anterior, no constituye a nuestro juicio propiamente una solución al problema que se nos presenta, ya que por un lado tenemos que la legislación referente a la institución de la patria potestad y la importancia de su pérdida, la contemplan diversos ordenamientos jurídicos, y más aún, la propia legislación civil tiene dispersos los casos en que se pierde la patria potestad, sugiriendo a ese respecto, como ya lo anotamos, la creación de un ordenamiento que contemplara todos los aspectos del derecho de familia, y por otro lado que la facultad discrecional tan amplia que el legislador le otorga al Juez para determinar la pérdida de este derecho importante por mucho en la sociedad, debe de ser apoyado por un órgano consultivo familiar, que siendo la tesis del presente trabajo, pasaremos a sugerir la creación y organización del mismo.

El sugerido Consejo Consultivo de Familia, deberá ser un órgano auxiliar de la Administración de Justicia en esta materia, el cual se sugiere estar adscrito a los Juzgados Familiares y servirá como su nombre lo indica, como un auxiliar de consulta del Juez, para orientar el criterio de esta autoridad y decretar lo más conveniente para los intereses del menor, principalmente y sobre todo lo referente a la pérdida de la patria potestad, ya que esta se trata de una institución de carácter social.

Dicho Consejo, deberá basar sus consultas en conocimientos Técnicos-Especializados en cada rama auxiliar al Derecho, de acuerdo al problema familiar de que se trate, ya que, si bien es cierto recae en el Juez la responsabilidad de resolver sobre la situación de los hijos, también lo es que este Consejo Consultivo, a través de sus especialistas daría su opinión mediante un informe pormenorizado que pensamos que sería como una especie de peritaje en cada rama, tomando en consideración el medio social, moral, educativo, etc. en el que desarrollan los que ejercen la patria potestad y los sujetos a ésta, y así auxiliar al juzgador a la toma de tan difícil decisión de resolver sobre la pérdida de la patria potestad.

El informe citado anteriormente deberá contener:

I.- Estudios Psicológicos y Psiquiátricos de los que ejercen la patria potestad y los sujetos a la misma.

II.- Estudios Sociológicos del modo y condición de vida, tanto económica, moral y educativa de los que ejercen la patria potestad y los sujetos a este derecho.

III.- Estadísticas detalladas de los casos análogos presentados en un lapso de tres años, principalmente sobre las fuentes que dieron origen al problema a resolver.

IV.- Una conclusión final del Consejo de Familia sugiriendo al Juez en su caso la solución menos dañina tanto a los que ejercen la patria potestad como a los menores e incluso a la sociedad.

V.- Si fuere necesario en este informe, el Consejo Consultivo podría solicitar una junta con el Juez y Ministerio Público para exponer de viva voz el problema y su conclusión en forma humana.

El Consejo de Familia estará integrado por:

- Un Licenciado en Derecho que deberá ser el presidente del Consejo;

- Un Psicólogo;

- Un Licenciado en Trabajo Social;

- Un Psiquiatra;

- Un Sociólogo;
- Un Pedagogo;
- Una funcionario que recoja las estadísticas pertinentes
- Un matrimonio que goce de buena reputación.
- Un Agente del Ministerio Público.

Todos los integrantes del Consejo Consultivo y de Familia deberán tener como requisitos:

- Ser mexicanos por nacimiento en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos.
- Un mínimo de tres años en el ejercicio de su especialidad y que gocen de título profesional registrado ante la Dirección General de Profesiones.
- No haber sido condenados a la pérdida de la patria potestad de alguno de los que la ejercen.
- Que gocen de buena reputación moral.
- Cesarán en sus funciones al cumplir 60 años de edad.

El Consejo Consultivo de Familia tendrá como facultades las siguientes:

- Tendrá la facultad de realizar sus fines directamente en el núcleo social en que se desenvuelvan los que

ejercen la patria potestad y por ende los menores sujetos a la misma, así como en el domicilio de los llamados preferentemente a ejercer la patria potestad.

- Podrá intervenir a través de visitas y encuestas de cualquier orden en los domicilios de familiares allegados a los que intervienen en la relación de patria potestad.

- Solicitar la reunión consultiva con el Juez para expresar de viva voz y en forma humanitaria el problema familiar de que se trate y la posible solución tomando en cuenta lo menos perjudicial tanto al menor, a los que ejercen la patria potestad y en general a la sociedad.

- Tendrá la facultad de solicitar al Juez que conozca del problema, se decrete la suspensión provisional del ejercicio de la patria potestad durante el procedimiento si lo considera pertinente.

- Tendrá la facultad de verificar que las decisiones que en su caso dicte el Juez respecto a la suspensión, limitación y pérdida de la patria potestad, así como de la custodia de los menores se lleven a cabo.

Por todo lo anterior pensamos que con la creación de este Consejo Consultivo Familiar, las facultades tan amplias que la ley le otorga al Juez podrían limitarse y en todo caso auxiliar a esta autoridad en esta importante tarea por lo que toca a la institución de patria potestad y en especial su pérdida, ya que como se verá en el inciso siguiente, es realmente un problema que le preocupa a la sociedad mexicana, por traer consigo consecuencias en el desarrollo de la familia y de los menores.

III.- EFECTOS Y REPERCUSIONES EN LA FAMILIA Y EN LA SOCIEDAD.

Se considera en forma general por los legisladores, así como por el pueblo, una situación muy importante lo relativo a los menores en concordancia con la familia, tanto esta unión como su naturaleza en sí, como las interrelaciones, y como consecuencia su separación en diversos aspectos, siendo uno de ellos la pérdida de la patria potestad, resultando sobre todo las consecuencias de la condena a la pérdida de este derecho.

De lo anterior consideramos que es muy importante el aspecto intrínseco al quitar prácticamente a alguna persona el ejercicio de la patria potestad sobre algún menor sujeto a ella, ya que el mismo acto trae consecuencias graves en la vida social, tanto del que la pierde, como el que está sujeta a la misma, en la mayoría de los casos, incluso en la propia sociedad, ya que se debe considerar ante todo a la patria potestad no como un Derecho Público ni Privado, sino como un Derecho Social, dada la naturaleza de sus orígenes, y como consecuencia se debe tomar en cuenta que nadie puede separarse del dolor de la niñez, ya que estos no deben padecer por la conducta de los adultos. Así, las medidas que se tomen al respecto, serán sobre todo en beneficio a los intereses de los menores.

Es importante conocer los aspectos sociales y jurídicos que se relacionan con la pérdida del ejercicio de la patria potestad, tratando en todo caso de ocupar sistemas y órganos adecuados para determinar su pérdida, y a fin de cuentas los efectos que trae consigo esta determinación judicial, es decir las consecuencias principalmente médicas o psicológicas que padecen los menores o las personas que la ejercen.

Los menores infantes que sufren la pérdida de la patria potestad de uno o ambos padres o personas que ejercen este derecho, se encuentran como resultado de un medio hostil e impropio para su sano desarrollo, enfrentándose así al rechazo de la sociedad, por un lado con la situación del divorcio de sus padres en algunos casos y por el otro el estar rodeado de una familia desorganizada, notándose por ende una crisis psicológica en el menor.

Generalmente, cuando existe la determinación judicial de perder el ejercicio de la patria potestad, se da como consecuencia comunmente en una familia desorganizada, existiendo en ella una desorganización e inestabilidad, es decir que en los miembros integrantes de la familia como puede ser el padre o la madre y los hermanos, se nota un desequilibrio emocional falto de cariño y organización.

El cuadro en donde se describe el lugar en que sufre las consecuencias de la pérdida de la patria potestad generalmente es en donde existe penuria económica, enfermedades, conductas antisociales, ausencia de cuidados, ropa sucia, alimentación deficiente, habitaciones no muy propias, mala administración de dinero cuando lo llega a haber, desempleo o subempleo, embarazos no deseados, no representando la totalidad de los casos, ya que existen diversos núcleos con posiciones sólidas que atraviesan la pérdida de la patria potestad de algún menor sujeta a ella. Como un factor social que influye en los casos de divorcio y en su momento de pérdida de patria potestad, es la identificación de la familia-educación, siendo una norma social lamentablemente vigente en más de un sentido y que trae aparejada la idea de valor ético social.

Todo lo anterior es preocupante, ya que en todos los casos es una actividad social negativa contraria al sentido elemental de la moral, y desde luego peligrosa y nociva para el desarrollo de nuestra sociedad ya que se finca la felicidad paterna o materna en ausencia y lejanía de los menores.

Consideramos que como consecuencia de la pérdida de la patria potestad en la mayoría de los casos, se dan muestras de inafectividad o agresividad, y que en ocasiones, puede traer consigo lesiones mentales y retraso de crecimiento.

Por otro lado el comportamiento escolar del menor es problemático, siendo originado precisamente por carecer de una formación educativa, de una educación basada en el afecto, y sobre todo una inestabilidad emocional al observar por un lado que sus padres ya no conviven y por el otro el convivir escasamente y en la mayoría de los casos el que esta convivencia sea nula, cuando menos con uno de los que ejercen la patria potestad, por lo tanto, no les nace el verdadero interés por el estudio, no encontrando ningún estímulo ni reconocimiento para su esfuerzo.

Diverso problema social que trae consigo en muchos de los casos de pérdida de la patria potestad, es la farmacodependencia, entendiéndose por ésta el estado psíquico, causado por la reacción recíproca entre un organismo vivo y un fármaco, ya que esta es generada al observar el menor en su hogar una inestabilidad, desintegración o ausencia de un hogar propiamente dicho, aunado a ello, que actualmente se tiene mayor disponibilidad de las drogas, así como una aceptación más amplia del uso de sustancias que modifican el estado de ánimo, y por último considerar el consumo de fármacos como símbolo de libertad, emancipación y rebelión, buscando los menores en sí una forma de evasión de la realidad.

Otro problema social que encontramos como efecto o causa de las menores que se encuentran en la familia prototipo y que en un momento dado pierden la patria potestad los que la ejercen, es la prostitución, entendiéndose esta como la actividad sexual remunerada, señalando como una causa de esta conducta, que la mujer no haya recibido en la infancia el debido cariño, y también el hecho de que la familia en la que se desarrolló, era débil, es decir inestable la relación

de los cónyuges y más aún, cuando carece del cariño, amor y afecto de uno de sus padres al ser privado este último del ejercicio de la patria potestad, o bien cuando la madre es abandonada por el jefe de familia, y finalmente al carecer del afecto paterno o materno, buscar la ocasión para huir de su hogar, y dada la circunstancia de la preparación para subsistir, cae así en el comercio carnal.

A todo lo anterior analizando en este inciso, se sugiere una rehabilitación, que en principio deberá ser a través de una atención psíquica, con el objeto de darle al menor posibilidades de incorporarse a la sociedad cada vez más difícil y peligrosa.

Jurídicamente podemos decir que la adopción es una posible solución a los efectos que trae consigo, cuando a una persona se priva de ejercer la patria potestad, siendo esta de acuerdo a lo establecido por la legislación civil, evidentemente se deberá tomar en cuenta diversas circunstancias, como edad del menor, posibilidad económica y moral del adoptante, etc.

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

1.- Por patria potestad debe entenderse:

La relación jurídica bilateral, entre los que la ejercen y el sometido a ésta, con la finalidad de asistir y proteger en su persona y en sus bienes a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente, o exista el reconocimiento de paternidad, o bien, en el caso de hijos adoptivos, interviniendo, para el mejor desempeño de esta función, el Estado a través de los órganos creados para tal efecto.

2.- Se considera que las fuentes de la patria potestad son:

La filiación;

El reconocimiento de paternidad y

La adopción.

3.- Actualmente debe entenderse a la institución de la patria potestad, no como una autoridad paterna, sino como una función bilateral de derechos y obligaciones entre las personas que la ejercen y el que está sujeto a la misma, anteponiendo los intereses del menor, tomando en cuenta los de la familia y por ende los de la sociedad, por lo que se considera que debería dársele otra connotación al concepto de esta institución y no el de patria potestad simplemente.

4.- Dentro del marco jurídico de la patria potestad debe considerarse, que es una institución eminentemente de Derecho Privado, en la que en determinadas circunstancias interviene el Estado, sobre todo en su

regulación y aplicación de la misma, por lo que en ese momento entra esta institución en el ámbito del Derecho Público y, como consecuencia final, la pérdida de la patria potestad trae consigo en la mayoría de los casos efectos importantes dentro de la familia y que a fin de cuentas afectan los intereses de la sociedad.

5.- Las principales características de la patria potestad son:

- Irrenunciabilidad;
- Intransferibilidad;
- Imprescriptibilidad, y
- Relatividad

6.- De conformidad con el presente estudio, se propone reformar el artículo 444 del Código Civil vigente, el cual enumera las causas de pérdida de patria potestad, ya que por un lado, determina los extremos de su pérdida y en los casos de divorcio, le otorga las más amplias facultades al Juez de lo Familiar para decidir sobre la situación de los hijos, en lo concerniente a la suspensión, limitación y pérdida de este derecho, sugiriendo por lo anterior, que exclusivamente este numeral contemplara que la patria potestad se pierde a juicio del Juez de lo Familiar, cuando la conducta de los que la ejercen constituya una amenaza para la salud, seguridad o moralidad del menor, teniendo el deber de educarlo y dirigirlo, así como de tener una conducta ejemplar que sirva como base al sujeto a esta.

7.- Dadas las amplias facultades que el Código Civil vigente otorga al Juez de lo Familiar para decidir sobre la situación de los menores sujetos a la patria potestad, y en especial a su suspensión y limitación y por la trascendencia y repercusión social y moral en la familia de su pérdida, se propone la creación de un órgano auxiliar de la administración de justicia, que

coadyuve con la autoridad para decidir a este respecto, mismo que se podría denominar Consejo Consultivo de Familia.

8.- El Consejo Consultivo de Familia, podría ser un cuerpo colegiado cuya función sería desahogar las intervenciones que en su momento le fueran planteadas por el Juez de lo Familiar en lo concerniente a la situación de los menores sujetos a la patria potestad, integrado por profesionistas relacionados con el problema consultado, mismos que deberán reunir diversos requisitos para su ejercicio, dictando al efecto una opinión basada en los estudios realizados y en el dictamen técnico de cada uno de sus integrantes, vertiendo al final una conclusión que serviría al juzgador como apoyo a su resolución.

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

LIBROS

Arias Ramos, JOSE. Manual de Derecho Romano. Guillermo Graf Ltda. Buenos Aires, Argentina. 1972.

Bonnecase, JULIAN. Elementos de Derecho Civil. Traducción José Ma. Cajica Jr. T. I José Ma. Cajica Jr. Puebla, México. 1945

Bravo González, AGUSTIN. Compendio de Derecho Romano. Pax. México, 1979.

Castán Tobefias, JOSE. Derecho Civil Español Común y Foral. Modificada y Ampliada con la colaboración de José Ma. Castán Vázquez. T. V Derecho de Familia. Vol. Segundo. Reus. Madrid, España. 1966.

Ennecerus LUDWING, Kipp THEODOR y Wolff, MARTIN. Derecho de Familia II. T.IV Bosch. Barcelona, España. 1946.

Floris Margadant, GUILLERMO. El Derecho Privado Romano. Esfinge. México. 1968.

Galindo Garfias, IGNACIO. Derecho Civil. Parte General, Familia. 1er. Curso. Porrúa. México, 1976.

González de la Vega, FRANCISCO. El Código Penal Comentado. Porrúa. México. 1978.

Ibarrola, ANTONIO de. Derecho Familiar. Porrúa. México. 1981.

Josserand, LOUIS. Derecho Civil, Revisado y Comentado por André Brun. T. I. Vol. II. De la Familia, Traducción de Santiago Cunchillos y Manerola. Jurídicas Europa-America Bosch. Buenos Aires, Argentina. 1932.

Mateos Alarcón, MANUEL. Lecciones de Derecho Civil. T. I. Estudios Sobre el Código Civil del Distrito Federal. México. 1885.

Mazeaud Henri, LEON. Lecciones de Derecho Civil, parte primera. Vol IV. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, Argentina. 1959.

Montero Duhalt, SARA. Derecho de Familia. Porrúa. México. 1984.

Pallares, EDUARDO. El Divorcio en México. Porrúa. México. 1979.

Petit, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de la novena edición francesa y aumentada por D. José Fernández Gonzalez. Epoca. México. 1977.

Pina Vara, RAFAEL de. Derecho Civil Mexicano. Vol. I. Porrúa. México s/f.

Planiol, MARCELO y Ripert, JORGE. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz. T. II. Cultural. La Havana, Cuba. 1946.

Valverde y Valverde, CALIXTO. Tratado de Derecho Civil Español, T. IV. s/ED. Valladolid, España. 1921.

DICCIONARIOS

Escriche. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia.

REVISTAS

Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969.

Anuario de Legislación y Jurisprudencia. México. 1989.

DOCUMENTOS

Normas Fundamentales. Secretaria de Educación Pública, Nuevo Reglamento y Diagrama de Organización. México 1980.

Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Año 1983. 1a, 2a, 3a y 4a Sala Auxiliar. México 1983.

Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Año 1978. México 1978.

LEGISLACION

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California. México, 1871.

Ley Sobre Relaciones Familiares. México 1967.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Comentado. Libro Primero, De las Personas. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M.. México, 1992.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y Para Toda la República en Materia de Fuero Federal.

Diario Oficial de la Federación. 1 de septiembre de 1928

Diario Oficial de la Federación. 17 de enero de 1970.

Diario Oficial de la Federación. 28 de enero de 1970.

Diario Oficial de la Federación. 24 de marzo de 1971.

Diario Oficial de la Federación. 31 de diciembre de 1974.