

170
reg.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA PATRIA POTESTAD Y LA
FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ
EN MATERIA DE DIVORCIO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JUAN CARLOS CONDE DARBEL

MEXICO, D. F.

1995



FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

**In Memoriam, a quien me enseñó
la honestidad como un medio y un fin**

**Don Miguel Conde Torres †
Mi Padre**

**A mi gran orgullo y mi
mayor cariño:**

**Laura D'Arbell de Conde
Mi Madre**

**Miguel, Laura, Griselda, Arnoldo, Sandra,
Abel, Laura Cecilia y José Luis.**

Los Resortes de mi existencia.

A los Sres.

**Miguel Muñoz Pérez
y su señora esposa,
Sara Franco**

Con mi más profundo agradecimiento

**Al buen Mickey, quien me enseñó
lo profundo y bello de
la amistad.**

**Al Lic. Ivan Lagunez Alarcón,
quien dedicó su valioso tiempo
y su vasta experiencia para
dirigirme este trabajo.**

A mis Jefes:

**Lic. Francisco Rodríguez Filigrana
quien respaldó mis acciones
en todo momento.**

**Lic. María Eugenia Lanning Ancona
mi madrina.**

**Lic. Dario Acevedo Serrano
un gran apoyo.**

**Al Lic. Antonio Muñozcano Eternod
Ejemplo de Idealismo**

A mis amigos:

**Lic. Alejandro Garay Ramírez
y su señora esposa, Rocio Díaz,
quienes con su paciencia y comprensión
encauzaron mi necia y obsecada rebeldía**

**Al Lic. René Alberto Santillán Chapa,
que más que amigo, mi hermano.**

LA PATRIA POTESTAD Y LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ EN MATERIA DE DIVORCIO

	Pág.
CAPITULO I. LA PATRIA POTESTAD	
I.1 . Concepto	2
I.2 . Antecedentes	8
I.3 . Evolución Histórica	12
I.4 . La Paternidad y la Filiación. Conceptos	14
I.5 . Efectos de la patria potestad	17
CAPITULO II. SUSPENSION, EXTINCION Y PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	
II.1 . Causales de suspensión de la patria potestad	21
II.2 . Modos de extinción de la patria potestad	23
II.3 . Causales de pérdida de la patria potestad	24
CAPITULO III. ANALISIS JURIDICO DE LAS CAUSALES DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	
III.1 . Concepto de causal	27
III.2 . La condena por delito grave	29
III.3 . La conducta contra legem y contra la moral	31
III.4 . El abandono y la exposición	32
III.5 . El divorcio y sus causales	33

	Pág.
CAPITULO IV. LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ EN MATERIA DE DIVORCIO	
IV.1 Concepto de facultad discrecional	37
IV.2 Las restricciones al ejercicio de la patria potestad	38
IV.3 La facultad discrecional del juez en cuanto al dictado de disposiciones tendientes a la pérdida de la patria potestad en los casos de divorcio contencioso	46
CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFIA	57

**LA PATRIA POTESTAD Y LA FACULTAD
DISCRECIONAL DEL JUEZ EN
MATERIA DE DIVORCIO**

CAPITULO I

LA PATRIA POTESTAD

CAPITULO I

LA PATRIA POSTESTAD

I.1 CONCEPTO

La patria potestad es una institución del Derecho familiar vigente, toma su origen de la filiación y fue establecida con el propósito de asistir y proteger a los menores de edad no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente. (1)

Desde un punto de vista etimológico, corresponde a la expresión latina de "Patria Potestas", la que en sus principios se refiere más exactamente al derecho de propiedad, exclusivo en ese entonces del padre de familia o pater familias sobre todos los bienes de la familia, incluyendo los hijos, los de la esposa, los de los esclavos, etc.

Patria-patrio, significa lo perteneciente al padre, y procede de los vocablos latinos patrius, patria, patrium que tienen el mismo significado.

Potestad, es continuación del latin potestas, potestatis, que significa poder, facultad, formando por analogía con maiestas=majestad (de magis "mas"), a partir del adjetivo potis, pote que es igual a poseedor, dueño y poderoso (2). En sus principios la patria potestad surgía del vínculo matrimonial entre los progenitores del menor sujeto a ella, lo que se denota con la expresión en las instituciones de

(1) Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil", primer curso, México 1989. pág. 669.

(2) Couture, Eduardo J. "Vocabulario Jurídico", Tercera reimpresión, Buenos Aires 1988 pág. 448.

Justiniano que dicen: In postestate nostras sun liberi nostri, quos ex nuptiis procreavimus, que significa, que están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos de justas nupcias (Libri I, titulo VIII número II) (3), lo que provocaba que muchos infantes quedaran fuera de esa potestad.

En las legislaciones modernas, la patria potestad nace de la procreación o la adopción, lo que sin duda alguna permite un mayor campo de su ejercicio sobre la gran mayoría de los menores que por su estado de minoridad requieren de ella para su cabal desarrollo y educación, así como de su protección.

La patria potestad, en esos términos, se puede considerar como una función de la paternidad e incluso de la maternidad, así como una autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad.

Como en toda institución del Derecho, y más aún, en una con tanta relevancia social e histórica, la gran mayoría de los autores han intentado definir a la patria potestad con bastante éxito, como lo hicieron los clásicos Colin y Capitánt, quienes citados por el doctor Galindo Garfias manifiestan que consiste en un conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados. (4)

(3) Magallón Ibarra, Jorge Mario. "Instituciones del Derecho Civil" Tomo III, México 1988 pág. 513

(4) Colin, Henri y Capitánt, Ambroise, "Tratado elemental de Derecho Civil", versión al Castellano de Demófilo de Buen, de la segunda edición francesa, Editorial Reus, Madrid, 1952, Tomo II, pág. 20.

Si bien es cierto que la patria potestad es un conjunto de derechos también constituye un conjunto de obligaciones correlativas que son más bien las que predominan en su ejercicio, toda vez que se considera al menor como un incapaz de ejercicio para procurarse los medios suficientes a su sostenimiento, ya sea por sus restringidas aptitudes o por su falta de experiencia.

Planiol hace lo propio, sólo agregando que también es un conjunto de facultades y al referirse al titular habla por separado del padre y de la madre.

Estos autores, coinciden en omitir a la persona del adoptado como sujeto a la patria potestad.

Quien sí lo menciona es Julián Bonnecase ya que al referirse a la patria potestad lo hace como un conjunto de sujetos activos o titulares de ella, e incluye también a los ascendientes y a los terceros, como sería el caso de los abuelos y el adoptante respectivamente. Con los elementos aportados por los clásicos, varios han estado en posibilidad de emitir sus propias definiciones, como es el caso de los maestros Baqueiro y Rosalía Buenrostro, quienes en su obra titulada: Derecho de familia y sucesiones, la definen como el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período. (5)

Es necesario, entonces, resaltar los puntos de coincidencia que entre los distintos autores se puede distinguir, y lo primero sin duda alguna sería que todos

(5) Baqueiro Rojas, Edgard y Buen Rostro Báez, Rosalía "Derecho de familia y sucesiones". Edit. Harla, México 1990, pág. 227.

catalogan a la patria potestad como un conjunto, ya sea de derechos, ya sea de facultades; de prerrogativas, obligaciones y deberes, que la ley concede a los padres (Incluyendo a los adoptantes) y a los ascendientes con el fin de que cuiden y gobiernen a sus hijos, administren sus bienes y los representen, o bien, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación, durante su minoridad en tanto no se emancipen.

Se puede concluir que la patria potestad es el conjunto de Derechos y obligaciones que la Ley confiere a los padres y, en ausencia de ellos, los ascendientes o adoptantes con la finalidad de que tutelen a la persona y bienes de quien se encuentran sometidos a ella.

La patria potestad en la actualidad constituye propiamente una función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen.

Por todo lo anterior, es factible calificar como inadecuada la denominación de patria potestad, ya que esta fue tomada del Derecho Romano, mismo que en su concepción original ha dejado de tener validez y por tanto en lo referente a la institución en estudio ha ido modificando paulatinamente su significado perdiendo su carácter autoritario que ostentaba en el Derecho Romano, situación que con mayor detenimiento se manejará en los puntos subsecuentes de este capítulo.

Baqueiro y Buenrostro se avocan a diferenciar la institución como la conocemos en la actualidad con la romana:

PATRIA POTESTAD ROMANA

1. Estaba establecida en beneficio del grupo familiar representado por el pater familias.

PATRIA POTESTAD MODERNA

1. Se establece en beneficio del grupo del menor sometido a ella.

2. Era facultad de pater familias o sea del varón de mayor edad, y nunca de la mujer

2. Es facultad de la pareja, si viven juntos o están casados: si viven separados o no se ponen de acuerdo será uno u otro atendiendo a la resolución del juez.

(*) Esto, con la salvedad del caso, ya pues por lo general, la ejercen ambos aún sin vivir juntos o estando divorciados.

3. Era perpetua mientras viviera el pater familias, independientemente de la edad del hijo.

3. Se limita a la minoridad del hijo y termina con la emancipación por el matrimonio del menor. (+)

(+) En la inteligencia que también termina al cumplir la mayoría de edad.

4. Los bienes que obtenía alienijuris correspon al pater familias: el carecha de bienes propios

4. Los bienes que obtienen los hijos por cualquier título, tanto los ganados por su trabajo como los adquiridos por dones de la fortuna (herencia, donaciones, loterías), les pertenecen: se diferencian sólo en cuanto a la administración de los mismos. (*)

(*) De los primeros, la propiedad, de sus frutos y la administración corresponden en forma exclusiva al hijo, y de los segundos la propiedad es del hijo pero la administración corresponde al padre.

5. La patria potestad era renunciable.

5. La patria potestad es irrenunciable.

6. La ejercía el más viejo de los progenitores sobre los hijos y nietos, excluyendo al progenitor inmediato.

6. La ejercen los padres y en ausencia de ellos pueden ejercerla los abuelos o un tercero. (6)

(6) Baqueiro Rojas, Edgard y Bucnrostro Báez, Rosalia. op cit. pp. 228-229.

La patria potestad trascendió al Derecho moderno correspondiendo a las funciones que cumple la familia en su contexto social, o sea, que las actividades propias de los padres o progenitores con respecto a los hijos en formación coinciden con las relativas a la institución en estudio. Se confunden con el proceso de procreación, ya que este no se agota en el simple hecho biológico, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de la ley, los hijos adquieren plena capacidad de obrar, entonces, dicho proceso implica el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de los hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole. (7)

Si nos detenemos a analizar si es un conjunto de deberes y derechos o si es una función social, podremos dilucidar, que si bien es cierto que los deberes y derechos de la patria potestad corresponden a las funciones propias del proceso de procreación o de la paternidad, y que los mismos no ejercen el interés personal de la madre o del padre, sino en interés de los hijos, no por ello la patria potestad se agota en una función, implica también un complejo de derechos subjetivos del padre y de la madre, o en su defecto a quien corresponda el detentarla en la medida que permita el ejercicio Erga Omnes del poder oponiendo su titularidad a quien pretendiera desconocer su ejercicio. (8)

Por todo lo anterior, retomando el tema, sería conveniente que la denominación tradicional fuere revisada por el legislador a fin de que fuera más

-
- (7) Castán Vázquez, José Ma. "La patria potestad", Madrid 1960 págs. 9 y 10, citado por Zannoni, Eduardo A. "Derecho Civil, Derecho de Familia tomo II, reimpresión Edit. Astria de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires 1981, pág. 681.
- (8) Galindo Garfias, op cit, pág. 652 1984, México D.F. pág. 107.

apropiada a la realidad. Algunos autores proponen que sea referida como autoridad paternal, a lo que en particular el sustentante estima que no concuerda, ya que estaría haciendo referencia a sólo una parte de lo que la institución significa o comprende, como es sólo el campo de las atribuciones y no al de las obligaciones, lo cual desvirtualizaría la Institución.

I.2 ANTECEDENTES

En la búsqueda de antecedentes de patria potestad los distintos autores se refieren, invariablemente a la familia patriarcal romana y la paternal germánica como fuentes directas y, como dato curioso, por su similitud, a la familia Náhuatl, que a pesar del tiempo y la distancia desarrolló un funcionamiento parecido y por demás interesante. (9) Será entonces objeto de análisis, la familia patriarcal romana y la familia Náhuatl.

LA FAMILIA PATRIARCAL ROMANA

Como ya se había hecho mención, Justiniano, al referirse a la patria potestad, agregaba que sólo se encontraban bajo ésta los hijos procreados en justas nupcias, por lo que no todos los niños procreados se encontraban sometidos a ella, ni todos los miembros de la familia, como eran los esclavos y la esposa, pero sí los hijos de los hijos no emancipados.

Bajo la idea de poder que campea en todo el Derecho romano, la autoridad suprema del padre, dentro de la familia es casi ilimitada, ya que podría disponer de la persona y su bienes dentro de su férula de atribuciones.

(9) De Ibarrola Antonio, "Derecho de Familia" Edit. Porrúa, 1984, México D.F. pág. 107. 07.

El padre tenía el derecho de vida o muerte sobre sus hijos, podía venderlos, darlos en noxa (casarlos) o deshacer sus matrimonios y hacer propias todas sus adquisiciones.

Los hijos no podían tener nada de su propiedad, ellos, al igual que los esclavos, eran meros instrumentos de adquisición, ya que lo adquirido por ellos automáticamente pasaba a ser patrimonio del Pater. Situación que se extendía sobre los nietos; el Pater podía vender a los hijos hasta en tres ocasiones, ya que en la ley de las XII Tablas se ordenaba la libertad absoluta para siempre al cumplirse la tercer venta, a diferencia de los esclavos que bastaba con venderlos en una ocasión para alienarlos definitivamente del poder del amo.

La enajenación equivalía a una emancipación con respecto al padre, el cual volvía a adquirir con el transcurso del tiempo el dominio sobre el hijo, ya que sólo era con carácter temporal y por imperiosa necesidad del padre, al encontrarse en la miseria o verse obligado a otorgar una garantía en favor de uno de sus acreedores. También era manejada como castigo al hijo mal agradecido.

En el caso de la mujer, en su papel de esposa o hija, nunca dejaba de ser parte de la casa, siempre tenía un dueño. Si se casaba, pasaba a formar parte de la familia del esposo, o sea, propiedad del pater familias de la casa del esposo. (10)

En este derecho, la intervención de la ley en el seno del hogar era muy escasa ya que la vida íntima de la familia debería desenvolverse por sí misma, sin someterse a las reglas muertas del derecho: El padre que rige, es el juez de la morada romana.

(10) Pedro Gómez de la Serna. Curso Histórico Exegético del Derecho Romano. Tercera edición, tomo I Madrid 1863, pag 66. (Citado por Magallón pag 517).

El pater tiene la fuerza similar al Imperio y abarca la protección y tutela de la familia, establece un sistema monárquico en relación a la familia, situación que incluso se hereda.

La patria potestad podía extinguirse por la muerte, ya sea del titular a del sujeto a ella, que en caso de éste último no afectaba la existente entre el pater y los hijos del fallecido (nietos). También se extendía mediante algún acto solemne como lo eran la adopción o la emancipación. (11)

Todo lo anterior, con el transcurso del tiempo y con la evolución de la sociedad romana se fue dulcificando, lo que en un principio era exclusivamente en interés del pater familias, pasó a ser en aras de tutelar y proteger a los hijos.

Casos como los de los peculios castrenses, cuásicastroenses, "profectitium" y la "bona adventitia" que sirvieron como casos excepcionales para formar un patrimonio a los hijos por ciertos servicios a la milicia, curia o heredados por la madre, sirvieron de pauta para modificar la rigidez del Derecho romano y no llegase a nuestros días como era entonces, situación que se profundizará en el siguiente punto, no sin antes analizar el caso de la familia Náhuatl, muy interesante debido a su parecido y por ser un antecedente prehispánico, es obligado su estudio.

LA FAMILIA NAHUATL

En la sociedad Náhuatl, la familia era encabezada por el hombre; pero a diferencia de la familia romana, la mujer se encontraba en igualdad de

(11) Mario N. Oderigo. Sinopsis de Derecho Romano, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1957 págs. 86 y 87. 87.

circunstancias, ambos podían amonestar a sus hijos sin distinción, el hombre educaba y castigaba a los hijos varones, la mujer a las niñas.

Al igual que en la cultura romana el padre solía vender a los hijos como esclavos cuando se encontraba en la miseria, pero a diferencia de la romana, requería de previa autorización de las autoridades cuando era considerado como incorregible; acostumbraba casarlos y cuando algún matrimonio se efectuaba sin su consentimiento, se consideraba como ignominioso.

Para corregirlos, los padres podían hacer uso de la violencia, desde herirlos con espinas de maguey, con azotes, con punzamientos, con una incisión pequeña en el labio de los mentirosos, con aplicación de humo de chile en el rostro de los mal educados y hasta su venta en caso de incorregibles.

En caso de que falleciera el padre, el hermano de éste o cualquier otro pariente podía ejercer todos los Derechos de la patria potestad, siempre y cuando casara con la viuda; se ignora si en ausencia de este requisito los abuelos podían suplir a los faltantes ya que no existen alusiones al respecto. Los abuelos, a diferencia del derecho romano, no se consideraban los detentadores de la patria potestad, (existiendo el padre) y sólo a falta de éste podían ejercerla sobre sus nietos, quien la sustentara, adquiría la tutoría de los menores. (12)

Son entonces, antecedentes de la multicitada patria potestad, quizá no vinculado directamente con la evolución de la institución, pero que sirve como pauta para que, en concordancia con algunos autores afirme que la institución de patria

(12) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. I. Introducción, Personas y Familia. 1986 pag. 125, Porrúa.

potestad sirvió como mecanismo de control del poder que requirió toda sociedad para organizarse y lograr su desarrollo y convivencia. (13)

1.3. EVOLUCION HISTORICA

Como toda institución social, la familia ha sufrido toda una evolución en su estructura y en sus funciones sociales a través del tiempo; la patria potestad de la antigua Roma no se quedó atrás, sufrió toda una transformación.

Es en el Estado-Ciudad Romano cuando la familia guarda un aspecto socio-político fundamental, la patria potestad es fuente de poderosos y aún despóticos vínculos de sujeción al poder paterno, era un poder absoluto del Pater sobre sus hijos legítimos que se extendía hasta los descendientes de éstos, los arrogados, y los adoptados. Este poder absoluto, deriva del fundamento mismo de la llamada *autoritas patris* que no es otra cosa que la jefatura doméstica que hace del Pater pontífice del culto familiar, amo y señor de la *domus*; tal poder también se refleja en la *manus maritalis* que recae sobre la esposa y la *dominica potestas*, que es sobre los esclavos. Finalmente, es el Pater quien también ejerce el *dominium total* sobre los bienes de la familia.

La Historia muestra un paulatino e incontenible debilitamiento de este poder absoluto, debido al aumento de poder que toma el estado para sí, la familia, que anteriormente era el único y exclusivo centro de poder social, debe transferir funciones que antes le eran exclusivas.

(13) Zannoni, Eduardo A. "Derecho Civil", Derecho de Familia tomo II, reimpresión editorial Astria de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires 1981, págs. 683 - 684.

La administración de justicia ya no es interior ni se ejerce en nombre del la domus, las funciones económicas, esencialmente el comercio, se transfieren a otras organizaciones; el culto finalmente, se hace también exterior a la familia. (14)

La humanidad se ha ido despojando poco a poco de instituciones antes fuertes, ahora débiles, por no contar con la especificidad que el mundo y las circunstancias le requirieron. La creciente complejidad del sistema social fue determinante; sirva de ejemplo lo sucedido con el culto religioso que dejó de fundarse en el sacerdocio del Pater familias, en el culto interno o en la descendencia de la divinidad por pasar a ser un culto dirigido por sacerdotes en común a varias familias, un culto observado por todos y creación de divinidades universales, de un culto doméstico a un culto comunitario.

Lo mismo sucedió con la impartición de justicia que dejó de ser del fuero interno de la familia y de ejercerse exclusivamente en nombre de la domus. Es la sociedad quien exige se exteriorice y se haga en nombre de todos y no sólo del interés particular.

Al igual que la función de impartir justicia, la gubernativa y la legislativa (el Pater creaba sus leyes) son transferidas al estado. La división del trabajo y la aparición de la industria colocan a la familia ya no como un sistema de autoproducción y consumo sino como un centro de consumo. (15)

La familia moderna no es ya aquel pequeño estado centralizado y gobernado por el Pater, ya que al transferir las funciones religiosas, legislativas gubernativas y

(14) Zannoni, Eduardo A. op cit pag 679 - 680.

(15) Bergel, Ergon Ernest (citado por Zannoni, op.cit) Sociología Urbana, Tr. Josefina Mtz. Alinari, Bs.As.1955 pág. 295.

judiciales al estado, la familia dejó de ser una relación de poder y se convirtió cada vez más en un grupo moral y que según palabras del tratadista Schmoller, de una institución que tenía por objeto la producción y los negocios pasó cada vez más a ser una institución que tiene en cuenta la vida moral, limitándose en sus fines económicos, ya que así puede perseguir mejores fines, nobles ideas y convertirse en un receptáculo más rico de los sentimientos afectivos que provoca. (16)

I.4. LA PATERNIDAD Y LA FILIACION. CONCEPTOS

La Paternidad, como ya se había referido, es confundida con el proceso de procreación e incluso con la patria potestad, ya que los tres conceptos se llegan a manejar como funciones propias del padre, sin embargo, no significa precisamente lo mismo, lo que podrá quedar mas claro con el desarrollo del presente punto.

CONCEPTO DE PATERNIDAD

En sentido gramatical, la palabra Paternidad significa calidad de padre, en sentido jurídico, la relación existente entre los padres y los hijos, y en el mismo sentido pero más amplio se comprende tanto el vínculo que une al padre a los hijos como a la madre y los hijos.

Con respecto al padre, la Paternidad siempre es una presunción jurídica *Juris Tantum*, ya que admite prueba en contrario y surge con la certeza relativa que se da dentro del matrimonio según la ley.

(16) Schmoller, citado en De Acevedo, Fernando. En "Sociología de la Educación", Tr. Ernestina de Chamoucin, sexta edición México 1964. pág. 130.

La Paternidad habida fuera del matrimonio es incierta por principio y sólo puede establecerse por reconocimiento voluntario por parte del padre o por sentencia que así lo determine en un juicio de investigación de la Paternidad. (17)

La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa, perfectamente conocido. La Paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino sólo presumirse; además, para poder determinar quien es el padre, es necesario conocer quien es la madre. (18)

LA FILIACION. CONCEPTO.

En su aplicación al Derecho civil, equivale a la procedencia de los hijos respecto de sus padres, significa una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física. (19)

De acuerdo a Ibarrola, filiación es la relación que existe entre dos personas de las cuales una de ellas es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea un parentesco de primer grado y su repetición procede las líneas o series del grado.(20)

Filiación proviene del latín filus, lili, y en sentido amplio, la filiación toma los nombres específicos de Paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto, en razón de la persona a quién se refiere de un determinado momento esta relación.

(17) De Pina, Rafael, op. cit, pag. 347.

(18) Planiol, citado por Rojina Villegas, compendio de Derecho Civil, introducción, personas y familia. pag. 432.

(19) De Pina, Rafael, op. cit, pag. 348.

(20) De Ibarrola Antonio op. cit. pag. 381.

Así, se llama maternidad la relación de la madre con respecto a su hijo o hija; Paternidad la relación del padre con su hijo o hija y, estrictamente filiación cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija respecto a su madre o su padre.

Conforme a lo manifestado en la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Semanario Judicial de la Federación, la filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres y trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos recíprocos, dando origen a la patria potestad. (21)

Algunos autores piensan que los términos Paternidad y filiación son sinónimos y otros que tienen significación propia y distinto contenido, como es el caso del maestro Puig Pena que considera a ambos términos como paralelos, ya que en uno supone al otro, no habría Paternidad sin filiación, no habría un padre si no existiera un hijo. Ambos vocablos son términos jurídicos de una misma relación, en tanto que Paternidad es desde el punto de vista de la relación del padre hacia el hijo, la filiación es del hijo hacia el padre. (22)

Queda entonces claro, que en tanto Paternidad y filiación son las instituciones con que se hace alusión a la relación entre padres e hijos, la patria potestad es el conjunto de derechos, obligaciones y funciones propias de la Paternidad que la ley confiere a los progenitores y, en ausencia de ellos a los ascendientes en segundo grado en línea recta (abuelos) o en su caso, el adoptante con la finalidad de que cumplan eficazmente con las funciones propias de la Paternidad en la persona y bienes del menor sometida a ella.

(21) Criterio de la Suprema Corte -semanario judicial de la Federación T.XXV, pag.817. 17.

(22) Citado en la nueva enciclopedia jurídica. T.IX. pag. 802. Omeva. va.

I.5. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

Varios tratadistas coinciden al aseverar que los efectos de la patria potestad son en relación a las personas, tanto las que la ejercen como las sometidas a ella; y sobre los bienes de estas últimas.

De acuerdo a ello los efectos se analizarán desde tres puntos de vista. I.- En cuanto a las personas que la ejercen, los efectos de la patria potestad son los siguientes:

- a) Tienen la obligación de educar convenientemente a los sometidos a ella.
(Artículo 422 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal = C.C.)
(23)
- b) Les corresponde, incluso, auxiliados por las autoridades, corregir moderadamente a los sometidos a ella, con el fin de educarlos adecuadamente. (Artículo 423 del C.C.)
- c) Deberán observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo.
(Artículo 423 del C.C.)
- d) Tienen la obligación de dar alimentos al menor sometido, la cual a la postre podrá ser recíproca. (Artículo 303 del C.C.)
- e) Representar a los sometidos a ella en juicio, en tanto no exista un interés propio, contrario a los del menor. (Artículos 424 y 427 del C.C.)

(23) Código Civil para el Distrito Federal, publicado por el grupo editorial Miguel Angel Porrúa S.A. México D.F.1989.

- f) Tienen el derecho a disfrutar el 50% del usufructo de los bienes que por herencia, legados o don de la fortuna haya adquirido un menor bajo su protección. (Artículo 430 del C.C.)
- g) Tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos durante su gestión. (Artículo 439 del C.C.)
- h) También tienen la obligación de devolver todos los bienes y frutos que le pertenecen al hijo una vez que se emancipe o llegue a la mayoría de edad. (Artículo 442 del C.C.)

II.- En relación a las personas sometidas a ella, podemos enlistar los efectos como sigue:

- a) Los menores deberán honrar y respetar a sus padres y ascendientes sin restricción alguna en cuanto a edad, estado y condición de los hijos, (Artículo 411 del C.C.)
- b) Los hijos menores aún no emancipados, estarán bajo la patria potestad en tanto exista alguno de los ascendientes que la deban ejercer y que por su avanzada edad, no se hayan excusado de hacerlo. (Artículo 412 del C.C.)
- c) El menor de edad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin el permiso de los mismos o en virtud de decreto de autoridad judicial en materia familiar o del Consejo Tutelar para menores. (Artículo 421 del C.C.)

- d) No podrá comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin el expreso consentimiento del que o de los que la ejerzan. (artículo 424 del C.C.)

III.- En relación a los bienes del menor sometido a la patria potestad se detallan los siguientes:

- a) Los bienes del menor están bajo su propia administración , cuando este se hizo de ellos por su trabajo, y los adquiridos por dones de la fortuna, herencia o legados por el que la ejerce. (Artículo 428 y 429 del C.C.)
- b) Los bienes inmuebles y preciosos del hijo, no pueden ser vendidos ni gravados, sino por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y previa autorización del juez competente. (Artículo 436 del C.C.)
- c) Tampoco podrá celebrarse contrato de arrendamiento de inmuebles por más de cinco años, ni recibir por ello la renta anticipada por más de dos años, hacer donaciones con ellos ni dar fianzas en representación de los menores. (Artículo 423 del C.C.)
- d) En los adquiridos por fortuna, por herencia o legado, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a la persona que ejerce la patria potestad. (Artículo 430 del C.C.)

CAPITULO II

SUSPENSION, EXTINCION Y PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

CAPITULO II

SUSPENSION, EXTINCION Y PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

II.1. CAUSALES DE SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

Al referirme a causales de suspensión de la patria potestad, aludiré a lo que como causal dejamos en claro en el capítulo que precede, y que no es otra cosa que el hecho o el acto jurídico que da base al ejercicio de la acción, y en este caso, son los hechos o actos jurídicos señalados en las tres fracciones del artículo 447 del C.C. y que son las siguientes:

- I.- La interdicción de la persona a quien corresponde su ejercicio. (Por incapacidad declarada judicialmente).
- II.- Por la ausencia declarada judicialmente del titular de la patria potestad. (por ausencia declarada en forma).
- III.- La sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

En las tres fracciones del artículo citado es evidente que, indefectiblemente, para que operen cualesquiera de ellas debe mediar una declaración judicial, que en estas circunstancias constituye en sí misma una causal, ya sea para que se decrete la incapacidad del titular del derecho en manera general, ya sea por determinarse la ausencia del mismo o por una sentencia condenatoria que así lo decrete. Empezaremos analizando la primer fracción del precepto citado.

I.- En caso de interdicción, o sea por la incapacidad declarada judicialmente, la persona que ejerce la patria potestad al no poder procurarse así misma debido a su grado de imbecilidad, sordomudez, adicción a las drogas, etc., no podrá jurídica y físicamente ocuparse de la persona y bienes del menor no emancipado, dejándolo en la desprotección total y en tanto no recupere sus facultades se verá imposibilitado a retomarla, y si las llega a recuperar, sólo será mediante declaración judicial que podrá volver a asumir el ejercicio de la patria potestad. (Incapacidad natural y legal Artículo 450 del C.C.)

II.- Por ausencia declarada en forma.- Al desconocerse el paradero del titular del derecho, y al declararse legalmente ausente, conforme a lo previsto en el libro primero, título undécimo, capítulo dos del Código Civil, todos sus derechos se ven afectados, quedando estos a suspenso hasta que aparezca el ausente. En el caso específico, no podrá custodiar, representar, corregir y realizar los demás derechos y obligaciones relativos al ejercicio de la patria potestad, por que aún teniendo un representante, el ausente no podrá ejercer dicho derecho ya que debido a su naturaleza es un acto con carácter personalísimo.(24)

III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. Al igual que en las dos fracciones anteriores, para que esta causal se dé, requiere de una resolución judicial.

En los casos en que el que ejerce la patria potestad tenga negocios o intereses opuestos a los de los hijos, en uno o varios negocios judiciales o extrajudiciales, el ejercicio de la patria potestad queda suspendido únicamente respecto de ese negocio

(24) Galindo Garfias, Ignacio, op. cit. pags. 683 y 687.

o de actos o hechos relacionados a él y la representación del menor deberá recaer en el otro progenitor, si no tiene interés opuesto al del hijo, o si lo tiene, en un tutor especial que nombrará el juez de lo familiar. (Art. 440 del C.C.) (25)

Como se podrá notar, en las tres causales aludidas, ya sea por adquirir la capacidad perdida, por el regreso del ausente o el cumplimiento de la sentencia, el que se vio privado de ejercer la patria potestad sólo fue temporalmente, recobrándola tiempo después de satisfecha la hipótesis para ello.

II.2. MODOS DE EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

En lo que se refiere a las formas de extinción de la patria potestad, el Código Civil en su artículo 443 limita a tres causas por las que se extingue y que son:

I.- Con la muerte del que la ejerce, si no sobrevive otra persona en quien pueda recaer. recaer.

II.- Por la emancipación del menor, derivada del matrimonio.

III.- Por cumplir la mayoría de edad el sometida a ella.

I.- Cuando el progenitor muere, la ley señala los ascendientes que pueden entrar en sustitución del primero los que, de acuerdo al artículo 414, corresponde a falta del padre o la madre, a los abuelos, ya sean Paternos o maternos, por pareja o en forma individual.

Salvo estas cuatro personas a falta de los padres, nadie más podrá ejercerla, aún cuando el hijo siga siendo menor de edad que siga requiriendo de ella por su incapacidad. En su sustitución entrará la tutela.

(25) Sara Montero, op. cit. pags. 352 y 353.

En el caso de la adopción, la patria potestad será ejercida por el adoptante, ya que por el mero hecho de ella le es transmitida con todos los efectos legales que le atañen. (Art. 403 del C.C.)

II.- La emancipación por el matrimonio, es la causal que consiste que el menor de edad al contraer nupcias, cumpliendo con los requisitos que marca la ley, como es obtener el permiso expreso de que ostente la patria potestad sobre él, logra la extinción de la misma aún cuando persista su minoridad, considerándosele como emancipado de la protección Paternal a la que no regresara aún cuando se disuelva el vínculo matrimonial. (Art. 641 del C.C.)

III.- Por la mayoría de edad del hijo.- La mayoría de edad del hijo, extingue los efectos de la patria potestad sobre él, pues la misma es exclusiva para la protección y custodia de los menores de edad.

Un sujeto alcanza la mayoría de edad, de acuerdo al Código Civil vigente, al cumplir 18 años de existencia, (Art. 646) y con ello puede ejercer por sí mismo todos los derechos que las leyes le confieren, por hallarse en pleno uso de la facultad de ejercicio. (Art. 24, del C.C.)

El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. (art. 647 del mismo Código)

II.3. CAUSALES DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 444 de nuestro Código sustantivo, dispone que, la pérdida de la patria potestad opera en los cuatro casos siguientes:

- I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a ello, o cuando lo es dos o más veces por delitos graves.
- II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 283 del mismo Código.
- III.- Cuando se comprometa la salud, seguridad o moralidad de los menores con la práctica de costumbres depravadas, malos tratamientos o abandono de sus deberes por parte de los titulares de la patria potestad, y
- IV.- Por el abandono del menor, o por más de seis meses aún dejándolo al cargo de alguna persona que pueda ver por el (exposición).

Cada una de estas causales serán estudiadas con más profundidad en los puntos que integran el capítulo siguiente, por lo que sólo me permitiré agregar que la patria potestad no es renunciable, pero aquéllos a quien corresponde ejercerla pueden excusarse de su ejercicio cuando así lo decidan y se den cualquiera de los dos supuestos enunciados en el artículo 448 del Código Civil y que son:

- I.- Cuando el que ejerza la patria potestad, cumpla 60 años de edad, y
- II.- Cuando por un estado habitual de salud se vea imposibilitado a atender debidamente su desempeño.

CAPITULO III

ANALISIS JURIDICO DE LAS CAUSALES DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

CAPITULO III

ANALISIS JURIDICO DE LAS CAUSALES DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

III.1. CONCEPTO DE CAUSAL

Es curioso encontrar en la mayoría de los textos que dentro de sus páginas estudian la patria potestad, manejen por lo general el término de causal de pérdida de la misma, sin hacer alusión al significado de dicha palabra. Quiero imaginar que es debido más a que se trata de un término de la materia adjetiva, procesal, que a la sustantiva.

Al comenzar a analizar el término, considero forzoso mencionar que en los diccionarios jurídicos como lo son el publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (26) y en el Couture (27) no hacen alusión alguna, y ha sido menester consultar un diccionario común y corriente de la lengua española el que maneja uno de los significados más usuales de la palabra como: "razón o motivo en que se funda una cosa". (28)

Es así que se usa indistintamente en materia familiar como causal de divorcio, causal de otorgamiento de alimentos, causal de la perdida de la patria potestad, etc., seguramente es por ello que Rojina Villegas maneja que en el caso del divorcio necesario las diferentes causales deben ser estudiados como supuestos

(26) Diccionario jurídico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM., 1989. México D.F.

(27) Couture, Eduardo J. op. cit.

(28) García-Pelayo, Ramón "pequeño Larouse en color", edit. Noguer, Barcelona, 1974. 74.

Jurídicos (29) entendidos estos últimos como las hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma, lo que fácilmente podemos aplicar a lo nuestro.

Se considera entonces como causal de pérdida de la patria potestad los actos que realicen quienes la ejercen que se encuadren dentro de la hipótesis de la norma que las define, o sea, las contenidas en el artículo 444 del Código Civil vigente en el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal y que son las siguientes:

- 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; la que podemos resumir y denominarla como la condena impuesta por autoridad judicial y que se aclarará más adelante.
- 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 tratos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal, que manejaremos con posterioridad como la conducta contra legem o contra la moral, y finalmente;

(29) Rojina Villegas, Rafael, op. cit.

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

III.2. LA CONDENA POR DELITO GRAVE

Siguiendo el orden del Código Civil, es en la primer fracción del artículo 444 donde no se refiere exclusivamente a esta causal, ya que para algunos autores, la condena a la pérdida de la patria potestad quien establece en su primer parte, constituye en si misma una causal.

En lo que respecta a la segunda parte de dicha fracción, la expresión por delito grave es imprecisa, ya que para catalogarla varía de autor a autor dependiendo del criterio utilizado para determinar el grado del delito o más bien dicho, su gravedad, porque depende de la importancia que se le dé al bien jurídico tutelado por la norma, que en este caso es exclusivamente de tipo penal, ya sea en su ley sustantiva (el código penal) o en las distintas normas que incluyen tipos penales de los denominados delitos especiales.

Se manejan variantes dentro de un mismo delito, ya que dependerá del objeto jurídico y el requisito exigido por el tipo, que eleve la penalidad; así como de las circunstancias agravantes como lo son la alevosía, la premeditación, la ventaja, el concurso de personas en la comisión del acto punible, etc.(30)

Por lo que respecta a la corte y demás órganos judiciales federales que pudiesen emitir alguna tesis o incluso, jurisprudencia, que delinera los criterios de

(30) Porte Petit, Celestino: apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, edit. JCA.mexicana, México 1969. pag. 203.

los jueces en la materia, en la compilación que hacen de ella la Editorial Mayo al año de 1990, no encontramos alguna que fuese aplicable. por lo que el juez que ventile la causa tendrá como norma lo que su leal saber y entender le dicte para determinar cuando se da esta causal. Sólo deberá atender la ejecutoria: "patria potestad, pérdida de la, se necesita de prueba plena para decretarla. Tomando en consideración que la patria potestad es un derecho aunque por determinado tiempo, fundado en la naturaleza de la relación Paterno-filial, reconocido por la Ley y que su privación entraña graves consecuencias, tanto para el menor como para el progenitor condenado a la pérdida de la misma, para decretarla se requiere de prueba plena que no deje lugar a dudas respecto a la necesidad de dicha privación" (31), lo que con otras cuatro tesis constituyó la jurisprudencia 204 denominada "patria potestad para la pérdida de la" (32) y que vino a reforzarla.

Es interesante lo que al respecto la Legislación Argentina contempla, ya que la Ley 23.264 en su Artículo 307, se maneja no como causal de pérdida de patria potestad, sino como de privación de la misma, como lo maneja la tesis aludida.

En lo que respecta a la misma causal, la Ley en referencia en su mismo Artículo manifiesta que se puede privar de la patria potestad por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de algunos de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo (33); marcando aquí si una pauta clara de lo que se puede

(31) Amparo directo, 7402/80 Michael Gabeyet Martín, 8 de junio de 1985, 5 votos ponente: Gloria de León Dorantes tercera sala. informe de 1981, mayo ediciones, pag.74.

(32) Tesis 204, séptima época, cuarta parte: ediciones mayo, pag. 605. apéndice 1985. 85.

(33) Lloveras, Nora "Patria potestad y Filiación" ediciones de palma, Buenos Aires 1986. pag.278 y 282. 82.

los jueces en la materia, en la compilación que hacen de ella la Editorial Mayo al año de 1990, no encontramos alguna que fuese aplicable. por lo que el juez que ventile la causa tendrá como norma lo que su leal saber y entender le dicte para determinar cuando se da esta causal. Sólo deberá atender la ejecutoria: "patria potestad, pérdida de la, se necesita de prueba plena para decretarla. Tomando en consideración que la patria potestad es un derecho aunque por determinado tiempo, fundado en la naturaleza de la relación Paterno-filial, reconocido por la Ley y que su privación entraña graves consecuencias, tanto para el menor como para el progenitor condenado a la pérdida de la misma, para decretarla se requiere de prueba plena que no deje lugar a dudas respecto a la necesidad de dicha privación" (31), lo que con otras cuatro tesis constituyó la jurisprudencia 204 denominada "patria potestad para la pérdida de la" (32) y que vino a reforzarla.

Es interesante lo que al respecto la Legislación Argentina contempla, ya que la Ley 23.264 en su Artículo 307, se maneja no como causal de pérdida de patria potestad, sino como de privación de la misma, como lo maneja la tesis aludida.

En lo que respecta a la misma causal, la Ley en referencia en su mismo Artículo manifiesta que se puede privar de la patria potestad por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de algunos de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo (33); marcando aquí si una pauta clara de lo que se puede

(31) Amparo directo, 7402/80 Michael Gabeyet Martín, 8 de junio de 1985, 5 votos ponente: Gloria de León Dorantes tercera sala. informe de 1981, mayo ediciones, pag.74.

(32) Tesis 204, séptima época, cuarta parte: ediciones mayo, pag. 605. apéndice 1985. 85.

(33) Lloveras, Nora "Patria potestad y Filiación" ediciones de palma, Buenos Aires 1986. pag.278 y 282. 82.

considerar como delito grave directamente relacionado con los hijos y no la vaguedad y dispersión de la Legislación Mexicana.

III.3. LA CONDUCTA CONTRA LEGEM Y CONTRA LA MORAL

El legislador en la tercera Fracción del Artículo 444, del C.C.D.F. quiso señalar claramente que la pérdida de la patria potestad se puede demandar al cónyuge o padre que la ejerza, cuando por la práctica de determinadas costumbres, malos tratos o abandono de sus deberes que no sólo comprometan la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos sino tan sólo con ponerlas en riesgo, cometiendo con ello un delito o no, ya que con dichas costumbres constituyen la causal invocada.

Para que esta causal se dé, es menester que los supuestos de depravación, malos tratos o abandono de los deberes, deben de tener cualquiera de las tres consecuencias o las tres que son, comprometer la salud, la seguridad y la moralidad de los sometidos a la patria potestad.

En la Ley Argentina ya aludida, en su Artículo 307 en su Numeral 3, manifiesta que se da la causal para la privación del ejercicio de la Institución en comento al poner en peligro la seguridad, la salud física, psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, inducta notoria o delincuencia (34), considerando que, al especificar y ahondar, incluye la salud psíquica lo que la Ley de nuestro país no precisa. Ambas legislaciones hacen referencia a la moralidad lo que podemos considerar como un término muy subjetivo

(34) Lloveras, Nora, op. cit. pags. 282 y 286.

al cambiar las escalas de valores en diferentes sociedades por circunstancias de tiempo, lugar y modo. Y en lo que respecta a la hipótesis de abandono de deberes, la Legislación Argentina no hace el menor comentario, lo que la nuestra si tiene y lo podemos resaltar como un gran acierto.

Al realizar actos depravados, y malos tratamientos, el padre efectúa conductas contra la moral del menor, exponiéndolo a situaciones que evidentemente ponen en riesgo su estabilidad y desarrollo emocional creando en el fuero interno del mismo, problemas de tipo psicológico que a la larga ocasionarán graves trastornos en él y su entorno.

Si hablamos del abandono de sus deberes, podemos considerarlo si se diera el tipo, hasta una conducta delictiva. También los malos tratamientos si de ellos se derivan lesiones psíquicas y físicas en el menor. Estas sin duda representan conductas contra legem. Por ello, el manejo de esta causal hay que considerarla como la típica conducta contra legem o contra la moral.

III.4. EL ABANDONO Y LA EXPOSICION

Para poder diferenciar entre uno y otro término, la mejor opción es utilizar como medio, lo establecido en la Legislación Argentina ya que, a diferencia de la nuestra, se maneja como causal de la privación de la patria potestad el abandono de los hijos que hiciera alguno de los padres, aun cuando el menor se hubiere quedado bajo la guarda del otro progenitor o un tercero.

Con lo anterior, considero podemos distinguir que en tanto exponer al menor significa en nuestra Legislación abandonarlo a su suerte, al dejarlo desamparado,

sólo, sin el cuidado de persona alguna, sin que medie espacio determinado de tiempo en esa condición, por otro lado el abandono implica que se deje al menor al cuidado de alguna persona, ya sea familiar o no, por más de 6 meses.(35)

Con cualquiera de las dos conductas, ya sea del padre, de la madre, del adoptante o los abuelos del menor, se actualiza la hipótesis de cualquiera de los dos supuestos mencionados en la Fracción Cuarta del Artículo 444 del Código Civil, para que se dé la causal de pérdida de la patria potestad.

III.5. EL DIVORCIO Y SUS CAUSALES

Una vez analizadas las demás causales manejadas en el multicitado Artículo 444, del Código Civil vigente entraremos de lleno al análisis de la Fracción Segunda del mismo, para poderlo relacionar con el Capítulo subsecuente en la materia de que es objeto este trabajo.

ARTICULO 444. "La patria potestad se pierde; ...FRACCION II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el Artículo 283;..."

ARTICULO 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, ..." vigente a partir de marzo de 1984.

(35) Rojina Villegas, op. cit. pag. 433.

Antes de ello, el Artículo 283, manejaba tres reglas en la que especificaba en que casos el cónyuge culpable (tratándose de divorcio necesario) perdía la patria potestad sobre sus menores hijos: cuando el divorcio se decretaba por las causales comprendidas en las Fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del Artículo 267 el cónyuge inocente conservaba la custodia de los hijos, y si ambos fueran culpables, con el ascendiente que correspondiera o se establecía una tutela.

La segunda regla señalada en que casos se decretaba la pérdida de la patria potestad pero que a la muerte del cónyuge inocente la recuperaba el culpable, como era en el supuesto de las Fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del mismo Artículo 267.

La tercera, en los casos de las Fracciones VI y VII, los hijos quedaban bajo la custodia del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservaba los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, por tanto no había en esta regla, pérdida de la patria potestad, sino suspensión parcial del ejercicio de el , específicamente en lo relativo a la custodia.

Si distinguimos, antes de que se derogara el Artículo 283, en marzo de 1984, la Ley manejaba exactamente cuando el Juez debía en caso de divorcio necesario, resolver en la sentencia definitiva sobre la pérdida de la patria potestad del cónyuge culpable, pero con la derogación citada, el Juez de lo familiar ha quedado en un criterio específico, sin parámetro, sin lineamientos que le permitan llegar a una definición o conclusión, ya que cuenta con una facultad omnímoda para resolver lo que su juicio proceda, ampliándose peligrosamente al subjetivismo del Juez la decisión que pueda privar a una madre o a un padre del delicado ejercicio de la función de la patria potestad.

No obstante las facultades tan amplias otorgadas por la Ley al órgano judicial para determinar la pérdida de la patria potestad, no ha sido común el ejercicio de tal facultad; sin embargo, ante la práctica común de los cónyuges demandantes de solicitar la pérdida de ella respecto al cónyuge demandado, considero conveniente se establezcan criterios firmes para que la autoridad judicial, en caso necesario, ejerza tal facultad sin incurrir en injusticias y excesos que afecten en forma grave, principalmente a los menores hijos; ello a través del órgano Legislativo o del judicial mediante reformas a la Ley o establecimiento de jurisprudencia.

CAPITULO IV

LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ EN MATERIA DE DIVORCIO

CAPITULO IV

LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ EN MATERIA DE DIVORCIO

IV.1. CONCEPTO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL

Facultad discrecional son dos vocablos que utilizamos de manera general para designar en materia administrativa el poder de libre apreciación que las leyes confieren a las distintas autoridades administrativas sobre el contenido de sus actos o de sus acciones, en materia judicial, específicamente, en materia familiar el poder con que el Juez cuenta para decidir en controversias de alimentos, divorcio, patria potestad, etc.

Adentrándonos en el significado y origen de las palabras, la facultad proviene de la antigua voz latina "Facul" equiparada etimológicamente a *facilis*, voz del verbo "facere" que significa hacer, y que de acuerdo al diccionario es la potencia física o moral que hace a un ser capaz de obrar, y que en materia jurídica es el derecho de hacer una cosa (36) lo que incluso confunde a algunos con el derecho subjetivo: que es la capacidad o posibilidad normativamente atribuida a una persona para ejercer por sí, o por medio de representantes, una acción jurídicamente organizada.

En este trabajo, la facultad no será otra cosa que la posibilidad de ejecutar cualquier acto lícito, dentro de los márgenes que marca la Ley.

Discrecional es un adjetivo que utilizamos para referirnos a lo que se hace libre y prudencialmente, aplicada a la potestad gubernativa en las funciones no reglamentadas.

(36) Alonso, Martín; enciclopedia del idioma (diccionario) edit. Aguilar, España, 1982. 82.

Quizá con esto se cae en alguna aparente contradicción, a lo que podemos aclarar que en tanto facultad es la posibilidad de realizar cualquier acto dentro de la Ley, lo discrecional es, lo que esta dentro de la Ley pero aún no precisado, ya que la Ley es general y al aplicarse, se precisa en casos concretos.

Las facultades con que cuenta el Juez en materia familiar y más en materia de divorcio contencioso, son amplísimas y deben ser utilizadas con honestidad, y rectitud, cuidando no cometer con ellas alguna arbitrariedad. Para esto, el juzgador requiere de todos los elementos de juicio necesarios, que se convierten en un auxiliar indispensable, ya que sin ellas no se podría aplicar la Ley al caso concreto, que por su carácter de general adolece de la individualización que requiere la materia.

El legislador deja al Juez las más amplias facultades para decidir lo referente a la limitación, suspensión o pérdida del ejercicio de la patria potestad en caso de controversia.

El Artículo 283 del Código Civil en su redacción actual así lo infiere: "las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad; su pérdida, suspensión o limitación".

IV.2. LAS RESTRICCIONES AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Las restricciones e incluso la pérdida de esta puede darse al cumplirse la hipótesis señaladas como causales en los Artículos 443, 444 y 447 del Código Civil referentes a la extinción, suspensión o pérdida de la patria potestad por parte de los

titulares de la misma, ya sea por que estos realicen conductas negativas o por suscitarse circunstancias personales señaladas en dichos preceptos y las que por su variedad (y por haber sido analizadas en su oportunidad) nos dan una clara idea del porque de las restricciones a su ejercicio.

Al denominar este punto como restricciones al ejercicio de la patria potestad no nos estamos refiriendo en forma genérica a todas las causales contempladas en el Artículo 444 del Código Civil, sino específicamente a los casos de divorcios contenciosos (Fracción II de dicho Artículo).

Por qué omitimos referirnos a los divorcios voluntario y administrativo?

Porque en el caso del divorcio voluntario, los cónyuges por medio de un convenio que aprobará el Juez que ventila la causa y con el visto bueno del Ministerio Público adscrito al juzgado, deciden los términos del divorcio (Artículo 273 del Código Civil), incluyendo obligadamente la situación en que quedarán los hijos, lo que normalmente se referirá a la guarda, custodia y alimentos de los menores, así como los horarios de visita y paseos de los padres con dichos menores, no así de la patria potestad, que por ley quedará en ejercicio de ambos divorciantes como un derecho erga omnes más, dentro de su esfera jurídica.

En el caso de divorcio administrativo dentro de uno de los requisitos que marca el Artículo 272 del Código Civil vigente se encuentra el de no haber tenido hijos dentro del matrimonio por lo que automáticamente al acreditarse este supuesto en el tipo de divorcios citado, no se contempla la institución de la patria potestad, manteniéndola al margen de lo aquí tratado.

Por lo anterior al referimos a restricciones que se pueden dar a la patria potestad en caso de divorcio, sólo se contempla el de tipo necesario o contencioso.

En este contexto y en relación con las personas que detentan el ejercicio de la patria potestad, se puede presentar que uno de los progenitores se vea privado del ejercicio de ésta: por haber cometido delitos graves y/o haya sido condenado por un Juez penal; por practicar costumbres depravadas; por malos tratos o por abandonar sus deberes como padre, comprometiendo con ello la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos; etc. (Artículos 444, 447 y 443 Fracción II del C.C.) En tal sentido estamos ante causales de pérdida o suspensión del ejercicio de la patria potestad. En caso de extinción de la patria potestad exclusivamente la Fracción II del Artículo 443 del C.C. contempla una causal de ello, el que el o los menores sometidos a ella contraigan nupcias, por lo que definitivamente impedirá su ejercicio a ambos progenitores.

En lo relativo al Artículo 283 del multicitado ordenamiento, en la actualidad al dejar al Juez, en caso de divorcio necesario, la facultad de determinar los casos en los que decretará alguna restricción al ejercicio de la patria potestad, habría necesidad de apoyarse en la casuística, comparando la práctica actual con la imperante en el tiempo de vigencia del Artículo 283 y los demás relativos hasta antes de la derogación del 27 de diciembre de 1983.

En dicho Artículo existían tres reglas, en la primera los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueran culpables, quedarían bajo la patria potestad del ascendiente que correspondiera, y si no lo hubiere, se nombraría un tutor.

Lo anterior operaba cuando el divorcio se diera bajo las causales comprendidas en las Fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del Artículo 267. (Primer fracción del Artículo 283 ya referido)

Y que a la letra refieren:

Fracción I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

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

Fracción 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 cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.

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

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

Fracción VIII. La separación de la causa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

Fracción XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que sea político pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años; y por último

Fracción XV. Los hábitos de juego o de 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;

La segunda regla, que correspondía a la segunda Fracción del Artículo 283, se sancionaba que los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de este el cónyuge culpable recuperaba la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspendía en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedaban bajo la patria potestad del ascendiente que correspondiera y si no lo había, se le nombraba un tutor.

Esto sucedía en caso de que el divorcio se dictara por darse alguna de las causales de divorcio manejadas en las Fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del Artículo 267 del Código Civil. Y que a la letra manifiestan:

Fracción 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;

Fracción X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

Fracción XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

Fracción XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 y el incumplimiento, sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 168; (texto vigente cuando la reforma del Artículo 283).

Fracción XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; y

Fracción XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

La tercera regla disponía que en caso de las Fracciones VI y VII del mismo Artículo, los hijos quedaban bajo la custodia del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservaría los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos. Estas dos fracciones (ya que una de ellas fue modificada en el año del 83) referían lo siguiente:

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; y la

Fracción VII. Padecer enajenación mental incurable; (texto vigente en el año de la reforma).

Fracción VII. Padecer...incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente; (texto actual).

En los casos previstos en la primera regla, o sea, cuando se daban las causales de las Fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del Artículo 267 en las que el culpable del divorcio perdía para siempre el ejercicio de la patria potestad.

En los señalados en las Fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del mismo Artículo, el causante del divorcio perdía la patria potestad pero no en forma definitiva ni para siempre, puesto que en caso de fallecimiento del cónyuge inocente, a quien se le hubiera reservado el uso exclusivo de esa función, la recuperaba inmediatamente.

En la tercera regla del extinto Artículo 283, el cónyuge culpable nunca perdió el derecho de ejercer la patria potestad, salvo el derecho a la guarda y custodia de los menores y eso debido al inminente riesgo a exponerlos a contagiarse con su padecimiento.

Aunque todo lo anterior, en materia de derecho positivo ha quedado en el pasado, nos sirve para mostrar cierta casuística al respecto, ya que en su tiempo representaba todo un catálogo de cuando la Autoridad Judicial debería restringir el ejercicio de la patria potestad indefinida o parcialmente a los progenitores.

En los casos de que la madre o la abuela contraigan unas segundas nupcias ostentando el derecho de la patria potestad sobre sus hijos o nietos, de acuerdo al caso, no pierde por este hecho su ejercicio (Artículo 445 del Código Civil vigente)

pero el nuevo marido no podrá ejercerla sobre los hijos del matrimonio anterior de su esposa (Artículo 446 del mismo Código).

Por lo que respecta a restricciones en el ejercicio de la patria potestad, ya sea en forma temporal o bajo determinado tiempo y circunstancias podemos mencionar que los casos previstos en el Artículo 447 en sus tres reglas o Fracciones es posible recuperar el ejercicio, salvando el impedimento que lo ocasionaba.

Art. 447. La patria potestad se suspende:

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

Sirva de ejemplo en la primera hipótesis, el caso del que es declarado inicialmente como incapacitado y que al recobrar esa capacidad, o sea, deje de estar en los supuestos de incapacidad manejado en las fracciones II, III y IV del Artículo 450 del mismo Código.

Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal.

I.....

- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;
- III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir; y
- IV. Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso innoderado de las drogas enervantes.

Otro caso en que se da la restricción es aquél en que el titular del derecho a ejercer la patria potestad tenga intereses contrarios en determinado negocio del menor, por lo que se verá obligado a dejar de representar al menor exclusivamente en lo que respecta a esta situación (Artículo 440 del Código Civil).

Artículo 440. En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán estos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada paso.

IV.3. LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ EN CUANTO AL DICTADO DE DISPOSICIONES TENDIENTES A LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS CASOS DE DIVORCIO CONTENCIOSO

Todo este trabajo surgió de la duda imperante en cuanto al por qué, en la práctica no se da la pérdida de la patria potestad, aún cuando en la mayoría de los casos, los oponentes en divorcio contencioso procuran dejar al margen a su contraparte del ejercicio de dicha Institución.

Son muchos los casos en que los cónyuges demandan, junto con el divorcio que el Juez decreta, la pérdida del ejercicio de la patria potestad del otro cónyuge, ya que debido a la múltiple naturaleza de los conflictos se ven precisados a ello, o debido a ciertos resentimientos hacia su contraparte y claro, asesorados dolosamente por sus abogados, que desconocen lo difícil que es lograrlo sin esgrimir causas suficientes para decretar dicha pérdida.

La primera duda que se presenta, se refiere así: es o no correcto dejar la facultad en manos del Poder Legislativo, como el caso del ya mencionado y extinto Artículo 283, o bien al Juez de la materia como lo, establece el texto actual de dicho Artículo.

En la época en que estaba vigente la tasación por parte del Legislador de prever a través de la ley cuando el Juez debería sentenciar la pérdida de la patria potestad al cónyuge considerado como responsable del divorcio, muchos autores lo consideraban como una facultad excesiva, ya que las causales de divorcio, al probarse, en la mayoría de los casos no tenía vinculación alguna con la persona o bienes de los hijos sometidos a ella y que sólo eran en detrimento de la pareja, en lo absoluto del menor, ocasionando con ello al decretar la pérdida de la patria potestad un mal mayor a los hijos al privarlos de protección y cuidados del cónyuge declarado como culpable.

Por lo anterior y debido a la práctica forense, orilló al Legislador a modificar el texto del Artículo en comento, dando facultades amplísimas al Juez de lo familiar para que decidiera en torno a todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes de la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso.

En esa serie de ideas al referirme a "las más amplias facultades " de que goza el Juez quiero decir o referirme a que la frase facultad discrecional equivale a las amplísimas atribuciones con que cuenta el juzgador para decretar o no la suspensión, limitación y en especial la pérdida de la patria potestad.

Algunos autores esgrimen que con tal disposición, peligrosamente se ha dejado en manos del Juez la decisión de decretar la pérdida de la patria potestad, ya

que al no contar con criterios específicos, sin parámetros o líneas en la Ley, le obligan a reducirse a su propio subjetivismo.

Tanto la postura que se manifestó en el texto anterior como en la del actual Artículo 283, están plagadas de subjetivismo ya que en ningún momento se ha dado la arbitrariedad del desempeño del Juez al sancionar erróneamente tales situaciones como lo reconocen los mismos autores al inferir que "no hemos tenido la experiencia que nos permita calificar los resultados de esta forma" (37) por lo que me permito afirmar que no es ninguna ni otra la postura adecuada, que si bien es cierto es menester marcar ciertas pautas para no reducir al subjetivismo de cada Juez la decisión, tampoco es obligarlo por mandato expreso del Legislador, más bien, consideraría como lo más acertado dejar el texto del Artículo en los términos en que se encuentra actualmente y en los casos en que se suscitase una "Contradictio in adiecto" (mountruosidad jurídica) los cónyuge o menores afectados siempre tendrán los recursos que marca la Ley; será importante entonces, que debido a la casuística, el máximo tribunal de la República a través de sus ejecutorias provean de la jurisprudencia necesaria para delimitar y dar un sentido a las resoluciones de los Jueces de primera instancia, o bien, el legislador observar los criterios de los jueces al decretar la pérdida de la patria potestad en casos de divorcio necesario.

De acuerdo a una investigación del sustentante dentro de los tribunales del fuero común de la materia en el Distrito Federal, se pudo constatar entre otros criterios en cuanto a la aplicación del texto actual del Artículo 283 del Código sustantivo, que tanto secretarios de acuerdos, secretarios proyectistas, jueces familiares e incluso ministerios públicos adscritos a tales juzgados toman en cuenta

(37) Rojina Villegas, op. cit.

para decretar la pérdida de la patria potestad de un progenitor o ascendiente titular de su ejercicio las siguientes ideas:

-Que para que se dé, se ejercite en la vía ordinaria civil como una acción independiente y específica en contra del demandado, esgrimiendo y demostrando cabalmente los hechos en que basa su pretensión la parte actora.

-Que tales hechos al ser acreditados por los medios de prueba idóneos, demuestren plenamente a juicio del juez que constituyen cualquiera de las causales aludidas en las fracciones I, III y IV del Artículo 444 del C.C. y que a la letra infieren:

Fracción 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;

Fracción III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley penal;

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

Con lo que respecta a la primera fracción, los comentarios fueron en el sentido de que cuando el titular del derecho al ejercicio de la institución era condenado dos o más veces por los delitos graves, se le consideraba un delincuente habitual y de suma peligrosidad por lo que de permitirle que continúe en su normal

ejercicio implicaría una muy nociva y no menos perjudicial influencia para los menores sometidos a él, por lo que generalmente optan por fallar su pérdida.

En lo concerniente a la tercera fracción, al mencionar las costumbres depravadas de los padres, los malos tratamientos o el abandono de sus deberes, los comentarios se resumían en frases como:

"Por abandono del pago de pensión alimenticia"

"Por descuido a los hijos, casi permitiendo abusos sexuales sobre sus personas por parte de familiares u extraños".

"Por enfermedad mórbida-psicológica".

"Por comprometer con su negligencia la salud, la seguridad o la moralidad de los menores".

Aunque por consenso todos los entrevistados fueron concluyentes en lo anterior, dejaban siempre una remota posibilidad de no condenar la pérdida de la patria potestad si los padres sólo dejaban de proveer parcialmente en materia económica los alimentos, ya que si proporcionaban otro tipo de apoyo, afecto y atenciones personales a los menores supliendo de alguna manera su falta, ya que "el padre no sólo es dinero", "su presencia es necesaria y muy estimulante para el desarrollo integral de los hijos", "negar el contacto con los padres acarrearía mayores problemas en la formación de los menores". Sólo que efectivamente la actitud del padre demandado fuera profunda y lesionadora hacia el hijo, se decretaría la pérdida como sanción.

En conclusión, los jueces siempre han estado atentos a no afectar el vínculo paterno filial, procurando darle otra oportunidad al padre para rectificar su conducta,

ya que en la practica, aún sancionándole con la pérdida de la patria potestad subsiste su el derecho, el Ius Sanguinis y por tanto la relación padre-hijo.

En tanto no se afecte en forma directa la vida o la salud física y mental del menor, las causales esgrimidas por los cónyuges en el divorcio no deberían corresponder para que en su caso el órgano jurisdiccional decrete la pérdida de la patria potestad de alguno de ellos, ya que con ello se propiciaría la desprotección y falta de cuidados que el menor requeriría para su normal desarrollo, dejando a este último a la merced de las vicisitudes cotidianas.

Para evitar un exceso de lo anterior la Legislación Argentina, y a nivel interno el Código Civil Hidalguense, establecen que la patria potestad a lo sumo se puede suspender temporalmente y jamás decretarse su pérdida total en tanto la minoridad de los hijos así lo requiera.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los vocablos "Patria y Potestad" son utilizados en la actualidad para denominar la institución jurídica que engloba la serie de derechos y obligaciones propias de los padres, o en su ausencia de los abuelos o adoptantes que les permiten desempeñar su función de padres o guías de los menores no emancipados dependientes de ellos.

SEGUNDA.- Paternidad y filiación, son términos equivalentes con que se denomina la misma relación jurídica existente entre el padre y los hijos, y que se distinguen por la referencia que se haga de ellos, ya sea del padre hacia el hijo o del hijo al padre, correspondiendo la paternidad a la primera y a la segunda filiación.

TERCERA.- Los efectos de la patria potestad se dan en tres sentidos: hacia las personas que la ejercen, hacia las personas que están sometidas a ella y hacia los bienes de dichas personas, por lo que en caso de decretarse la suspensión o pérdida, ésta afectaría a todas ellas.

CUARTA.- Las causales de suspensión de patria potestad que hacen decretar al juez competente, la suspensión temporal de determinados derechos inherentes a su ejercicio, dejan intactas las obligaciones que los titulares de la misma deben cumplir con respecto a los hijos.

QUINTA.- Las causales de pérdida de la patria potestad son las contenidas en el artículo 444 del Código Civil, las que debidamente comprobadas provocarán al juez que conozca de los hechos para que decrete su pérdida, situación que en la actualidad no podrá ser modificada, por lo que considero de vital importancia que en

tanto no se contemple por el legislador dicha restitución, la resolución del juez contemple de todo caso el beneficio de los menores.

SEXTA.- La expresión utilizada como delitos graves en el artículo 444 es poco afortunada ya que ni la legislación, ni la jurisprudencia proveen al juzgador de un criterio claro de lo que se puede considerar como tal, por lo que considero debería tomar en cuenta lo que la Legislación Argentina maneja como equivalente de esta causal, considerando en ella sólo los delitos cometidos en agravio del menor.

SEPTIMA.- Con la modificación hecha al art. 283 del CC., el legislador deja de tasar en caso de divorcio necesario la pérdida de la patria potestad, otorgando amplias facultades al juez para que se decida al respecto, impidiendo con ello el exceso en que la ley incurría en el texto hasta antes de su modificación.

OCTAVA.- Considero que la medida de dejar a la discrecionalidad del juez la decisión de la procedibilidad de la pérdida de la patria potestad, es por ahora un avance significativo, pero que a través de la jurisprudencia, y una expresa modificación de la ley deberá delimitarse al alcance del criterio judicial para decretar dicha pérdida e incluso su recuperación. Tal modificación consistirá en exigir al juzgador la fundamentación suficiente de su declaración correspondiente, con la exposición de los argumentos que tomó en cuenta para resolver.

NOVENA.- Es improcedente demandar la pérdida de la patria potestad como consecuencia del divorcio necesario, ya que constituyen acciones distintas, autónomas entre sí y por lo regular los hechos esgrimidos para acreditar las causales de divorcio necesario son completamente diferentes a los referidos en las hipótesis del Código Civil, para decretar dicha pérdida, a no ser que se trate del caso previsto

en la fracción XII del artículo 267 en relación a la fracción III del artículo 444 coincidentes en materia de alimentos.

DECIMA. En cuanto a las restricciones al ejercicio de la patria potestad, siempre será preferible que sean vistas como medidas preventivas e incluso correctivas en caso necesario para los padres y no como pena, ya que no sólo lo sufrirían estos, sino también los descendientes afectados.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Alonso, Martín; Enciclopedia del Idioma (Diccionario) Edit. Aguilar. España 1982.
- 2.- Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalia "Derecho de Familia y Sucesiones", Edit. Harla, México 1990.
- 3.- Bergel, Ergon Ernest, "Sociología Urbana", Tr. Josefina Mtz. Alinari, Buenos Aires 1955.
- 4.- Castán Vázquez, José Ma. "La patria potestad", Madrid 1960 pags. 9 y 10, citado por Zannoni, Eduardo A. "Derecho Civil, Derecho de Familia Tomo II, reimposición Edit. Astria de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires 1981.
- 5.- Colin, Henri y Capitánt, Ambroise, "Tratado Elemental de Derecho Civil", versión al Castellano de Demófilo de Buen, de la segunda edición francesa, Edit. Reus, Madrid, 1952, Tomo II.
- 6.- Couture, Eduardo J. "Vocabulario Jurídico", Tercera reimposición, Buenos Aires 1988.
- 7.- De Ibarrola Antonio, "Derecho de Familia" Edit. Porrúa, 1984, México D.F.
- 8.- De Acevedo, Fernando. En "Sociología de la Educación", Tr. Ernestina de Chamoucin, sexta edición, México 1964.
- 9.- Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil", primer curso, México 1989.

- 10.- García-Pelayo, Ramón. "Pequeño Larousse en Color", Edit. Noguer, Barcelona, 1974.
- 11.- Gómez de la Serna, Pedro, "Curso Histórico Exegético del Derecho Romano". Tercera edición, Tomo I Madrid 1863.
- 12.- Lloveras, Nora "Patria potestad y Filiación" Ediciones de Palma, Buenos Aires 1986.
- 13.- Magallón Ibarra, Jorge Mario. "Instituciones del Derecho Civil" Tomo III, México 1988.
- 14.- Oderigo, Mario. "Sinopsis de Derecho Romano", Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1957.
- 15.- Planiol, citado por Rojina Villegas, "Compendio de Derecho Civil", introducción, personas y familia.
- 16.- Porte Petit, Celestino: "Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal", Edit. JCA. Mexicana, México 1969.
- 17.- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. I. Introducción, personas y familia 23a. edición 1986.
- 18.- Zannoni, Eduardo A. "Derecho Civil", Derecho de Familia Tomo II, reimpresión Edit. Astria de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires 1981.
- 19.- Nueva Enciclopedia Jurídica Omeva, Tomo IX, México 1989.

20.- Diccionario Jurídico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM., 1989.
México D.F.

21.- Apéndice 1985, Ediciones Mayo Tomo III, México 1990.

LEGISLACION

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

OTRAS FUENTES

Semanario Judicial de la Federación Tomo XXV.