

59
20j



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**ES RECUPERABLE LA PATRIA POTESTAD
UNA VEZ QUE SE HA CONDENADO
A LA PERDIDA DE LA MISMA.**

T E S I S

**QUE PARA ASPIRAR A LA OBTENCION DEL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

JOSE MANUEL BELTRAN RAMIREZ



CD. UNIVERSITARIA, D.F.

JUNIO 1996



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.

GRACIAS

..... a mi esposa ANGELA MURGUIA HERNANDEZ.

a mis hijos ARMANDO Y VERONICA.

por su ayuda, comprensión y cariño.

..... a mis padres MA.TERESA RAMIREZ HERNANDEZ

ING. J.MANUEL BELTRAN VILLEGAS

..... a mi asesor de tesis:

LIC. ANGEL GUERRERO LINARES.

..... AL HONORABLE JURADO.

**ES RECUPERABLE LA PATRIA POTESTAD UNA VEZ QUE SE HA
CONDENADO A LA PERDIDA DE LA MISMA.**

CAPITULO PRIMERO.

La patria potestad en el devenir histórico .

- I.- La patria potestad en los pueblos de la antigüedad.
- I.1. La patria potestad en el Derecho Romano 1
- I.2. La patria potestad en el Derecho Griego11
- I.3. La patria potestad en el Derecho Egipcio16
- II.- La patria potestad en el México Prehispanico...20

CAPITULO SEGUNDO.

- La patria potestad en la actualidad25
- I. Concepto de patria potestad28
- II. Personas que ejercen la patria potestad
Orden prelativo40
- III. Personas sujetas a la patria potestad53
- IV. Consecuencias de la patria potestad
- IV.1. Consecuencias de la patria potestad con
relación a la persona de los hijos58
- IV.2. Consecuencias de la patria potestad con
relación a los bienes de los hijos69

CAPITULO TERCERO.

Causas que originan la perdida, extinción y suspensión de la patria potestad	79
I. Extinción de la patria potestad	82
1. Extinción de patria potestad por muerte del que la ejerce, cuando no existe otra persona en quien recaiga	83
2. Extinción de la patria potestad por emancipación, derivada del matrimonio	86
3. Extinción de la patria potestad por la mayoría de edad del hijo	88
II. Pérdida de la patria potestad.....	90
1. Pérdida de la patria potestad por condena expresa de tal derecho	95
2. Pérdida de la patria potestad cuando el que la ejerce es condenado dos o más veces por delitos graves	104
3. Pérdida de la patria potestad en los casos de divorcio	106
4. Pérdida de la patria potestad cuando por costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono de deberes se comprometa la salud, seguridad o moralidad de los hijos.....	112
5. Pérdida de la patria potestad por la exposición que el padre o madre hicieron de sus hijos.....	115
6. Pérdida de la patria potestad en el caso de abandono de los hijos por más de seis meses...	118
III. Suspensión de la patria potestad.	
1. Suspensión de la patria potestad por incapacidad declarada judicialmente	120
2. Suspensión de la patria potestad por la ausencia declarada en forma	126
3. Suspensión de la patria potestad por sentencia condenatoria	131

CAPITULO CUARTO.

Necesidad de contemplar en el Código Civil la posibilidad de recuperar la patria potestad, cuando uno de los ascendientes ha sido condenado a la pérdida.

- I. La recuperación de la patria potestad en el Derecho Extranjero138

- II. La recuperación de la patria potestad conforme al texto anterior del artículo 283 del Código Civil para el D. F.142

- III. Necesidad de que se requiera expresamente la recuperación de la patria potestad en el Código Civil vigente146

CONCLUSIONES151

BIBLIOGRAFIA154

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

El tema elegido para desarrollar este modesto trabajo, versa en términos generales sobre la patria potestad, pero muy en especial acerca de la posibilidad jurídica de recuperarla cuando se ha perdido por haber sido condenado a ello.

En tal virtud lo he titulado "Es recuperable la patria potestad una vez que se ha condenado a la pérdida de la misma", lo que podría sugerir o una afirmación, o una interrogante a desentrañar y, precisamente el trabajo consistió en investigar esto último, dicho en otras palabras, realizar el estudio de la figura jurídica tal y como se encuentra regulada en la legislación vigente y poder soportar jurídicamente la opinión del suscrito en el sentido de plantear la necesidad de contemplar en el Código Civil vigente la posibilidad de su recuperación. Lo que dicho sea de paso, y en honor a la verdad se vino a facilitar gracias al criterio que en este sentido fue sustentado por la Justicia Federal en Materia Civil, mismo que textualmente se cita en el capítulo correspondiente.

La interrelación que guarda la patria potestad con otras figuras jurídicas tales como: la familia, filiación, matrimonio, divorcio, adopción y tutela, hace que el tema sea lo suficientemente amplio e interesante para comprender la gran importancia, trascendencia y actualidad que tiene esta institución protectora de los menores de edad no emancipados, que dista mucho de ser un tema agotado.

Máxime que, no obstante los buenos propósitos del legislador, la presencia de los organismos gubernamentales y la participación de organismos ciudadanos, ven con preocupación que no se alcanza el objetivo común de protección a los futuros ciudadanos de nuestra patria.

Atentamente.

José Manuel Beltrán Ramírez.

CAPITULO PRIMERO

La patria potestad en el devenir histórico.

I.1. La patria potestad en el Derecho Romano.

La civilización romana aportó al mundo occidental el legado cultural consistente en el perfeccionamiento que hizo de las leyes, base de las legislaciones actuales, y antecedente histórico de nuestro Derecho Civil.

Dentro de las principales fuentes históricas plenamente reconocidas están los testimonios que existen acerca de la " Ley de las Doce Tablas " que fue el resultado de la proposición que hiciera el tribuno Terentilo en el sentido de redactar un código escrito que se aplicara por igual a patricios y plebeyos (al respecto cabe señalar que según el orden numerado que se dio a este cuerpo normativo, la tabla número IV versaba sobre la potestad paterna), y principalmente los testimonios documentales referentes a la compilación del derecho efectuada por Justiniano, obra que abarcó el ius escrito de los jurisconsultos y las leyes, constituciones imperiales dictadas por los emperadores.

Acerca de la influencia que tuvo el Derecho Romano en nuestra Legislación, Agustín Bravo Gonzalez y Sara Bialostosky nos explican que:

" Los concilios de Toledo, fueron una fuente de legislación mixta civil y religiosa, que contribuyeron enormemente a la persistencia del Derecho Romano en la legislación visigótica. En las ciudades de España se aplicaban los fueros locales y la jurisprudencia expuesta por las fazañas o sentencias de los tribunales que sentaban precedente para casos posteriores. El Fuero Juzgo tiende a la unificación del Derecho Español y contiene muchas instituciones romanas y germánicas. Las Siete Partidas de Don Alfonso X el Sabio, es un cuerpo legal eminentemente romanista que influyó en la confección de nuevas leyes que se aplicaron en la Nueva España, tales como la Novísima Recopilación; algunos preceptos de las Leyes de Indias acusan su origen romano.

Después de la Independencia se siguieron aplicando en México, las leyes españolas y las Siete Partidas fueron el texto principal de las leyes en vigor, hasta la promulgación del Código Civil de 1870.

Por parte de Francia nos viene la influencia del Derecho Romano al travez del Código Napoleón, que en su formación consta de elementos romanos y costumbres francesas.

Nuestros Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928 están inspirados en fuentes romanas que nos llegaron por las vías indicadas y por los tratadistas franceses, quienes comentaron y explicaron el Código de Napoleón que como hemos dicho, se inspira en su mayor parte en la legislación romana. (1)

(1). BRAVO GONZALEZ, Agustín y BIALOSTOSKI, Sara, Compendio de Derecho Romano, Editorial Pax-México.- México, D.F. p. 27.

La patria potestad en el Derecho Romano es ejercida por el jefe de la familia sobre sus descendientes que formaban parte de la familia civil (formada por cognados, parentesco entre descendientes).

Las características y su proceso evolutivo, deben apreciarse para su mayor comprensión dentro de dos épocas (Derecho Antiguo y, Derecho Clásico y del Bajo Imperio).

Derecho Antiguo.- donde el jefe único y supremo de la familia - domus, llamado paterfamilias contaba con un derecho absoluto de vida y muerte sobre los hijos, podía emanciparlos o abandonarlos.

Derecho Clásico y del Bajo Imperio.- en este periodo podemos observar que paulatinamente se suaviza ese derecho absoluto, limitándose tanto los derechos como los poderes del paterfamilias, hasta ser propiamente un derecho de corrección, pudiendo castigar las faltas leves, toda vez que las graves le correspondían al magistrado.

Constantino en forma definitiva determinó que el paterfamilias que matara a su hijo sería castigado como

parricida, disposiciones que al restringir facultades inhumanas, mejoraban notablemente las condiciones de vida de los hijos.

La familia romana en sentido propio (familia o también familia iure proprio), definida por los Enciclopedistas de la Omeba como " la reunión de personas colocadas bajo un jefe único; y que comprende: al paterfamilias, los descendientes sometidos a la autoridad paternal y la mujer in manu. " (2)

La familia estaba integrada por personas que de acuerdo a una de las divisiones eran sui-iuris personas que no se encontraban sometidas a la potestad de ninguna otra (paterfamilias) y los alieni-iuris personas que estaban sujetas a la potestad de otra (esposa, descendientes, esclavos, adoptados, libertos y clientes).

El paterfamilias, como jefe de la domus contaba con una autoridad suprema sobre las personas que integraban el grupo familiar, dueño absoluto de personas y bienes, llamabase así al que tenía el señorío en su casa

(2). ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, tomo XXI, Bibliografica Omeba, Buenos Aires, Argentina, Ancalo, S.A. 1975, p. 794.

parricida, disposiciones que al restringir facultades inhumanas, mejoraban notablemente las condiciones de vida de los hijos.

La familia romana en sentido propio (familia o también familia iure proprio), definida por los Enciclopedistas de la Omeba como " la reunión de personas colocadas bajo un jefe único; y que comprende: al paterfamilias, los descendientes sometidos a la autoridad paternal y la mujer in manu. " (2)

La familia estaba integrada por personas que de acuerdo a una de las divisiones eran sui-iuris personas que no se encontraban sometidas a la potestad de ninguna otra (paterfamilias) y los alieni-iuris personas que estaban sujetas a la potestad de otra (esposa, descendientes, esclavos, adoptados, libertos y clientes).

El paterfamilias, como jefe de la domus contaba con una autoridad suprema sobre las personas que integraban el grupo familiar, dueño absoluto de personas y bienes, llamabase así al que tenía el señorío en su casa

(2). ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, tomo XXI, Bibliografica Omeba, Buenos Aires, Argentina, Ancalo, S.A. 1975, p. 794.

considerado como el único sui-iuris dentro de la familia, en si todo dentro de la domus le reportaba beneficios destacandose los siguientes:

- Dueño titular del patrimonio, aún de las adquisiciones hechas por los que se encuentran sometidos a su autoridad.
- Tiene plena capacidad jurídica de goce y de ejercicio por ende capacidad procesal legis acciones.
- Es el jefe religioso dentro de la domus (sacerdote de dioses domésticos).
- Imparte la justicia entre sus sometidos.
- Tenia el derecho de la vida y la muerte sobre los hijos.
- Podia excluir a un miembro de la familia por medio de la emancipación.
- Podia hacer ingresar a la familia a un extraño por medio de la adopción.
- Los demás miembros sometidos participaban de la vida jurídica romana solo a través de él, esta potestad no se extinguía más que con la muerte del paterfamilias o la capitis diminutio. (3)

(3). Cfr. BRAVO GONZALEZ, Agustín y BIALOSTOSKY, Sara, ob. cit., p. 37-38.

Para ejercer esa autoridad el Derecho le reconocía cuatro poderes: sobre su mujer y nueras " la manus ", en relación a sus hijos y demás descendientes " la patria potestad ", tocante a los esclavos " la dominica potestas ", y sobre una persona libre " el mancipium ".

Respecto al patrimonio, el paterfamilias en sus orígenes era el titular absoluto del patrimonio de la domus, comprendiéndose los bienes que adquiriesen los hijos y sus esclavos, los hijos al ser personas alieni-iuris, no contaban con patrimonio propio, todos los bienes que adquirían incrementaban el patrimonio del paterfamilias.

La creación o surgimiento del "peculio profecticio" que podía ser en bienes o dinero, tenía por objeto incrementar los patrimonios con el trabajo o esfuerzo de los hijos y consistía en que el padre le otorgaba al hijo determinados bienes para que los administrara libremente dejándole las utilidades pero conservando la propiedad.

Después aparecen los peculios que confieren a los hijos la capacidad para ser titulares en propiedad de los bienes adquiridos por sus servicios militares "peculio castrense", creado por Augusto y el "peculio

quasicastrence", compuesto por bienes que recibía el hijo por estar al servicio de la Corte, del Estado o de la Iglesia siempre y cuando en ellas no realizara actividades militares, este peculio fue creado por Constantino.

Otro avance hacia un mayor número de derechos a favor de los hijos lo constituyeron los "bienes adventicios", también por Constantino, que consistían en recibir los bienes de la sucesión de la madre, agregándose posteriormente los provenientes de los abuelos maternos, así como los bienes que provinieran según fuera el caso de la esposa o prometida, Justiniano dispuso que se consideraran dentro de los bienes adventicios todos aquellos que adquiriere el hijo exceptuando los correspondientes a los peculios castrenses, quasicastrence y profecticio; sobre los bienes adventicios, el paterfamilias tenía derecho a la administración y goce. (4)

Hemos mencionado que la patria potestad sufrió modificaciones en favor de las condiciones de vida de los hijos, tales cambios consistían en limitaciones de los

(4). Cfr. LEMUS GARCIA, Raúl, Derecho Romano, Editorial Limsa, México, 1964, p. 64.

principales rasgos característicos que tenía la patria potestad, siendo esas limitaciones las siguientes:

1.- Ante el poder de vida y muerte sobre los hijos, Septimio Severo limita tal derecho y Constantino determina que en caso de que se mate al hijo el paterfamilias sería responsable de parricidio.

2.- Ante el derecho de romper el matrimonio del hijo mediante el divorcio, Antonino el Piadoso limitó ese derecho.

3.- Ante el abandono del hijo, Justiniano prohibió tal derecho, declarando al hijo abandonado sui-iuris o ingenuo.

4.- Ante la venta del hijo, Constantino la limitó solo a casos de extrema miseria y necesidad. (5)

Extinción de la patria potestad en el derecho romano, existían varias causas que acababan con la institución en estudio, unas pertenecían a aquellos acontecimientos denominados fortuitos como la muerte de los sujetos activo

(5). Cfr. LEMUS GARCIA, Raúl, ob. cit., p. 63

y pasivo de esta relación (paterfamilias o hijo), por la pérdida del status libertatis de cualquiera de ellos y la pérdida del status civitatis del padre o del hijo.

Otras causa de extinción eran las derivadas de actos solemnes, tales como:

- 1.- La capitis diminutio minima del paterfamilias cuando sea arrogado.
- 2.- Por la capitis diminutio minima del hijo, cuando era dado en adopción.
- 3.- Por la elevación del hijo o de la hija a determinadas dignidades políticas o religiosas .
- 4.- La emancipación, institución jurídica en virtud de la cual se extingue la patria potestad por voluntad del ascendiente que la ejerce, convirtiendo al hijo o descendiente de persona alieni-iuris en sui-iuris." (6)

(6). Cfr. LEMUS GARCIA, Ob. cit., p. 66.

La emancipación se efectuaba en el Derecho Antiguo con tres ventas tratándose del hijo y con una venta cuando se trataba de la hija o de los demás descendientes posteriormente Justiniano determino que se hiciera con una simple declaración ante el magistrado, reconociendosele derechos de sucesión iguales a los hermanos que hubieran seguido bajo la patria potestad.

La emancipación en el Derecho Antiguo fue considerada como un castigo para el hijo en lo relativo a que perdía toda liga de parentesco con el paterfamilias, y por ende los derechos que las relaciones familiares le otorgaban, aunque por otra parte el cambio en su calidad de persona de alieni-iuris a sui-iuris, le beneficiaba.

1.2 La patria potestad en el Derecho Griego.

La Hélade nombre con el que se conoció a los territorios e islas en los que se asentó la antigua cultura griega, en esos territorios residían tribus patriarcales con un cierto nivel de cultura, aproximadamente hacia el año 2000 a.C. innumerables grupos de pastores seminómadas incursionaron, fusionándose económica y políticamente para formar "polis" (ciudades estado) y dedicarse principalmente a la agricultura .

Entre estos grupos se destacaron los aqueos y eolios (emparentados entre sí); los jonios y los dorios, la historia de esta gran civilización fue posible acceder a ella gracias a un número de mitos, leyendas y reseñas de estos acontecimientos narrados en poemas épicos, la Iliada y la Odisea atribuidas a Homero (siglo IX a.C.) y a las tablillas de arcilla encontradas en las excavaciones de las rocas de Pilos (en el Peleponés), Micenas y Tirinto con escritura silábica llamada lineal B, descifrada por el estudioso inglés M.Ventris esta escritura es anterior a que se adoptara el alfabeto fenicio.

A medida que los pueblos transformaron sus estructuras económicas, la originaria organización de

clanes patriarcales fue dejando paso al establecimiento de una sociedad dividida en clases, dos fueron las grandes ciudades estados ejemplos de dos modos de vida y civilización completamente distintos Esparta y Atenas.

Esparta ha pasado a la historia por su organización político militar y por los duros y severos métodos que emplearon en la educación de los menores sus futuros guerreros.

En tal virtud, la patria potestad en esparta era temporal y estaba supeditada a los intereses del estado, siendo este lo más importante, quedando en un plano inferior la autoridad paterna en la familia, luego entonces, al intervenir en la educación de los menores se privaba a los padres de ejercerla libremente, teniendo que entregarlos a temprana edad para que recibieran la instrucción según la polis a la que pertenecieran.

La educación entre espartanos y atenienses era diametralmente opuesta, una extremadamente rígida basada en el ejercicio físico con fines militares y la otra que

estaba pensada para convertir al joven en un hombre perfecto, bello y bondadoso perseguían el equilibrio del cuerpo y la mente.

Por otro lado, podemos observar que el estado espartano podía disponer de la vida de algunos menores, los débiles o deformes que eran abandonados en el monte Taigeto, donde morían de hambre a no ser que los recogieran los ilotas, de ahí que la institución en estudio en esta cultura se nulifica por disposición estatal, donde los padres son simples depositarios de sus hijos hasta que cumplieran los siete años de edad y fueran separados.

Por otra parte, los atenienses reconocen al padre la autoridad ilimitada de que la religión le había investido previamente, misma que estaba profundamente arraigada en las costumbres y establecida en el derecho privado.

El derecho griego se derivó de las creencias religiosas que estaban universalmente admitidas en la primitiva edad de estos pueblos, propiamente no es obra del legislador ya que tenía su origen en la familia, lo aceptó y solo a través del tiempo lo atenuó (Código de Solón).

Así, el padre no solo es el hombre fuerte que protege y que también posee la facultad de hacerse obedecer, es el sacerdote, el heredero del hogar, el continuador de los abuelos, la raíz de los ascendientes y el depositario de los ritos místicos del culto y de las fórmulas sagradas de la oración, toda la religión descansa en él.

El padre tenía los siguientes derechos:

- La ley le permite vender y aún matar al hijo.
- El padre es el jefe supremo de la religión doméstica.
- Derecho de reconocer o rechazar al hijo cuando nace.
- Derecho de casar al hijo(a).
- Derecho de emancipar y de adoptar .
- En caso de divorcio los hijos se quedaban con él
- Derecho de designar en visperas de morir un tutor a la mujer y al hijo.
- La mujer no tenía derecho a divorciarse.
- Jamás era tutora ni de sus hijos.
- Como viuda no podía emancipar.
- Ni la mujer ni el hijo poseían nada propio. (7)

(7). Cfr. FUSTEL DE COULANGES, Numa, D., La Ciudad Antigua, Editorial Nueva España, México, 1944, p. 119,120.

La evolución del derecho griego se da en Atenas, con la redacción de dos Códigos, el de Dracon y el de Solón, el primeramente citado se concretó a poner por escrito las antiguas costumbres sin alterar nada en ellas; y el segundo, impuso límites a la autoridad paterna.

Al respecto, Fustel de Coulanges nos indica que tales límites consistieron en " prohibió al padre vender a su hija a menos de que fuese culpable de grave falta, lo mismo previó para con el hijo, también permitió al hijo llegado a cierta edad que se sustrajese de la autoridad paterna, la autoridad paterna iba debilitándose a medida que la antigua religión perdía su imperio." (8)

La familia en Grecia se veía modificada en su estructura tradicional, según la actividad económica que desempeñara. (agrícola-pastoril) en torno al jefe con poder absoluto ; (comercio) tendiente a dispersarse y adquirir independencia.

(8). FUSTEL DE COULANGES, Numa D., ob. cit., p. 436.

I.2.- La patria potestad en el Derecho Egipcio.

Una de las más brillantes civilizaciones de la antigüedad, fue la egipcia que se desarrolló en el nordeste de Africa, donde el río Nilo fue determinante para el desarrollo de esta cultura.

La sociedad egipcia estaba dividida en: nobleza (cortesanos, sacerdotes y militares), nivel medio (escribas, comerciantes y profesionistas), el pueblo (artesanos libres, y campesinos) y esclavos (prisioneros de guerra o deudores).

La posición social era casi siempre hereditaria, solo en las escuelas de los escribas, se podía ascender en escala social.

El poder político lo detentaba el Faraón quien tenía una doble investidura de rey y de dios, ocupando la cumbre de la sociedad lo apoyaban los altos funcionarios a quienes delegaba su autoridad, al ser los egipcios profundamente religiosos todas sus actividades giraban al

rededor de las divinidades que adoraban, guardaban culto a los muertos ya que se tenía la idea de la inmortalidad del alma, siendo un pueblo que en busca de la eternidad, entendía la vida de ultratumba como continuación de la vida terrestre y dedicaba gran parte de esta última a prepararse para el más allá, penetrando así la religión en toda su vida: en lo social, en lo político y en lo económico.

Usaron la escritura jeroglífica y gracias a una inscripción en piedra hecha en idioma egipcio y griego encontrada en el puerto de Roseta por Francisco Champollión en el año de 1822, se pudo decifrar la lengua de los egipcios y saber lo que expresaban las inscripciones de templos, tumbas y, en general, conocer aspectos de la vida cotidiana de este pueblo.

En sus orígenes la familia egipcia, se caracterizó por estar organizada bajo el régimen matriarcal, donde la mujer gozaba de independencia personal y jurídica, dedicándose sin necesidad de la autorización marital al comercio o a la industria, además podía poseer bienes y disponer de los mismos ya sea en vida o por medio de testamento.

Posteriormente se impuso la familia de características patriarcales colocando a la mujer bajo la absoluta autoridad del marido, perdiendo los derechos de que gozaba en el régimen matriarcal.

Con este cambio en la forma de organización de la familia, observamos que en lo que corresponde a la institución patria potestad, resaltan las siguientes características:

- 1.- El paterfamilias como jefe de la familia era el propietario y administrador de todos los bienes
- 2.- La mujer quedaba bajo la potestad del paterfamilias.
- 3.- La patria potestad era ejercida por el jefe de la familia.
- 4.- El paterfamilias tenía plena capacidad de goce y de ejercicio.

Por otra parte cabe señalar que los egipcios

"...Amaban a sus niños y protegían a todos los que nacían. En consecuencia el infanticidio era muy poco frecuente y se lo consideraba como un delito severamente castigado por la ley". (9)

Respecto a la constitución del matrimonio, variaba de acuerdo a la clase social a la que se perteneciera, así por ejemplo, la familia real practicaba la poligamia; los nobles y príncipes (con la finalidad de mantener la pureza de la sangre y la indivisibilidad de sus bienes) optaban por los casamientos incestuosos y, el pueblo practicaba la monogamia.

(9). ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, tomo XI, ob.. cit., p.902.

II. La patria potestad en el México Prehispánico.

Según las divisiones convencionales de la historia del Derecho Mexicano, señalan como punto de partida al periodo precolonial, precortesiano o prehispánico, advirtiéndose que dichas divisiones se establecen discrecionalmente en razón del método, debido a los diferentes temas a tratar, pretendiendo lograr el mejor desarrollo y esclarecimiento de las instituciones.

Sobre la época o periodo prehispánico, que nos ocupa, cabe señalar que dentro del contexto de Derecho Mexicano, generalmente se le omite, tal vez por que pareciera desligada del presente normativo, al no ser el antecedente de nuestro Derecho Contemporáneo, sin embargo existen crónicas antiguas, códigos y estudios que nos permiten conocer las instituciones jurídicas mexicanas en la época prehispánica.

En la región que hoy abarca la República Mexicana, estaban asentados diversos grupos culturales, como sucedía en el resto de Mesoamérica razón por la cual es necesario precisar que las fuentes históricas se

refieren al momento de efectuarse la conquista y en especial a la cultura Nahuatl, la Mexica (1325 - 1521).

Los aztecas venidos de Aztlán, llegaron a asentarse sobre un islote del lago en el Valle de Anáhuac, fundando en el año de 1325. la gran ciudad de Tenochtitlán.

El Derecho Mexica era como el de casi todos los pueblos de la antigüedad consuetudinario, en donde los juzgadores trasmitían las normas legales de generación en generación en la escuela de la clase alta o "Calmecac", eran una sociedad clasista los "pipiltin" (privilegiados) y los "macehualtin" pueblo, la forma de gobierno evolucionó de oligarquía primitiva a monarquía absoluta.

" El matrimonio era la base de la familia y como tal, se le tenía en muy alto concepto. Era un acto exclusivamente religioso que carecía de validez alguna cuando no se celebraba de acuerdo con las ceremonias del ritual. " (10)

(10). MENDIETA Y NUNEZ, Lucio, El Derecho Precolonial, 6a. ed., Editorial Porrúa, México, 1992, p. 91

Para los mexicas la familia era la base de la sociedad, se caracterizaba por ser monogámica, permitiéndose la poligamia a los nobles y guerreros y al resto de la población según la capacidad económica de manutención de cada uno.

En relación a la patria potestad esta se ejercía por el padre y la madre, era este un poder absoluto lo que deja de manifiesto que dentro del matrimonio, el hombre y la mujer frente al Derecho estaban en un plano de igualdad, el jefe de la familia era el hombre quién educaba y castigaba al hijo varón mientras que a la mujer le correspondía tener a su cargo a las hijas.

El padre estaba facultado para casar a sus hijos y el matrimonio que no contara con su autorización se consideraba como ignominioso, la edad aproximada para contraer matrimonio era aproximadamente en los varones entre 20 y 22 años y en la mujer entre los 15 y 18, en el caso de divorcio otorgado excepcionalmente por los jueces, toda vez que propiamente no existía y solo se reconocían como causas del mismo la diferencia de caracteres de los cónyuges, así como también en el caso que la conducta de la

mujer fuese considerada como mala y la esterilidad.

Situación de los hijos en los casos de divorcio: Los varones pertenecían al esposo y las hijas a la esposa, además en estos casos el cónyuge que apareciera culpable perdía la mitad de sus bienes.

La educación de los infantes se caracterizaba por una disciplina tanto en el hogar como en el calmecac, dura y hasta cierto punto cruel en la aplicación de los castigos. Para castigar a sus hijos, los padres podían utilizar la violencia, generalmente los herían con espigas de magüey;

les cortaban el cabello y cuando el hijo era tenido por incorregible, el padre, con el permiso previo de las autoridades podía venderlo como esclavo, y también podía vender al hijo cuando por su estado de miseria le fuese imposible sostenerlo.

En cuanto al tipo de educación para el desarrollo de los menores, generalmente los hijos aprendían el oficio de sus padres o desde muy temprana edad, se dedicaban al ejercicio de las armas lo que les permitía que a los 15 años ya participaran en las guerras.

"Los hijos de los nobles, de los ricos y los de la clase media vivían en la casa de sus padres hasta los quince años, recibían la educación del padre y de la madre, respectivamente. A los quince años los entregaban al Calmecac o en el Telpuchcalli, según la promesa que se hubiese hecho el día de su bautismo. Estos lugares eran establecimientos educativos en los que permanecían cuatro o cinco años hasta que sus padres concertaban el matrimonio. Del colegio salían por tanto a formar un hogar y a prestar sus servicios a la vida pública". (11)

(11). MENDIETA Y NUNEZ, Lucio, ob. cit., p. 99,100.

CAPITULO SEGUNDO.

La patria potestad en la actualidad.

En la actualidad, producto de una evolución de la humanidad a través de los siglos, el Derecho ha sufrido grandes cambios por lo que la patria potestad ,perdiendo el carácter autoritario que tuvo en el Derecho Romano donde se veía que el hijo era como una especie de propiedad del padre y que podía dirigirlo a su arbitrio, castigandolo a veces en forma despiadada, se ve modificada por una nueva tendencia que delimita el derecho del padre dandole un contenido esencialmente social.

A su vez, al reconocer la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer (artículo 2 del Código Civil), se da la coparticipación en los derechos y poderes del padre y la madre, colocando a la mujer en la misma situación que al hombre con el mismo derecho de disposición y administración de los bienes, con la misma facultad para ejercer las decisiones sobre la educación de los hijos y si se diese un desacuerdo, entre los progenitores o quienes ejerzan la patria potestad, se solicitara la intervención de la autoridad pública jurisdiccional, quien resolvera el conflicto y en ultima instancia decidirá lo más conveniente para los hijos.

La patria potestad es hoy vista como una institución protectora del menor organizada sobre la base de la familia monogámica hasta que el mismo alcance la mayoría de edad y pueda convertirse en un ciudadano útil para sí mismo y para la sociedad a la que pertenece, donde la tutela del estado estará presente, toda vez que el bienestar de un pueblo se finca en el fortalecimiento de sus instituciones dentro de las cuales ocupa un lugar preponderante la familia, célula primaria de toda la sociedad.

Nuestra legislación protege al ser humano desde el momento mismo de la concepción (artículo 22 del Código Civil), acentuándose en el estado de minoridad cuando no se ha alcanzado pleno desarrollo.

En consideración a lo anterior, es necesario proveer a la familia de instrumentos adecuados para cumplir esta función fundamental.

Así, la institución de la patria potestad que se basa en los sentimientos de los padres hacia los hijos es la idónea ya que protege tanto a la persona del menor como a sus bienes, al estar organizada en dos aspectos: por

una parte en cuanto a la guarda y educación del menor y, por la otra, en cuanto a la administración de sus bienes y es a través de ella que los hijos son representados en toda clase de actos jurídicos. (artículo 23 del Código Civil).

I. Concepto de la patria potestad.

La patria potestad procede del latín "*patrius, patria, patrium*", que significa lo relativo al padre, y de "*potestas*", la potestad o el poder. en el Derecho Moderno ésta es considerada una denominación inpropia, porque la institución no es una autoridad absorbente como la patria potestad romana, sino una autoridad que tiene como fin la guarda, el amparo y la defensa de quienes están sujetos a ella, misma que en la actualidad no corresponde de manera absoluta al padre.

Del texto del artículo 413 del Código Civil vigente no se desprende una definición concreta, pues solo nos indica sobre quien se ejercita y así expresa "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 no existir definición alguna en nuestro Código Civil en vigor de la institución patria potestad, consideramos pertinente citar algunas de las definiciones doctrinales encontradas en la literatura jurídica.

Para *Sanchez-Cordero* "es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede a los ascendientes, sobre la personas, y bienes de sus descendientes menores, para el cumplimiento de sus obligaciones como tales" (12)

Sara Montero la define como: "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". (13)

Según *Colin y Capitant* es: "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar, el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y de educación a que están obligados".(14)

(12) SANCHEZ-CORDERO, Jorge. Derecho Civil. Introducción al Derecho Mexicano. México 1983 p.124

(13) MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, México: Editorial Porrúa 1968, p.339.

(14) COLIN Y CAPITANT, Curso Elemental de Derecho Civil Tomo II, Volumen I, Editorial Reus, p.18.

Guillermo Cabanellas la define como "Conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso a la madre, corresponden en cuanto a las personas y bienes de los hijos menores de edad no emancipados. El poder de fijar y señalar el domicilio de una familia, regir las personas que la integran o conviven en la casa, así como mantener y defender el patrimonio de la familia y el nombre de la casa, en una adaptación paternalista, de inspiración romanista indudable." (15)

Castán Vázquez la conceptualiza como: "Este proceso de la procreación implica entonces el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole". (16)

(15) CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Vol. V, 12 ava. Ed. Editorial - Holiasta, Buenos Aires, Argentina p.118

(16) CASTAN VAZQUEZ, Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo V, 12a. ed., Editorial Reus, Madrid, 1978, p. 9

De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael la definen como: "Conjunto de facultades que suponen también deberes, conferidas a quienes ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinados a la protección de los menores no emancipados, en cuanto se refiere a su persona y bienes" (17).

Galindo Garfias considera que, "...el concepto de patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. En esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad". (18).

(17) DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de derecho, México, 12a. ed., Editorial Porrúa 1984, p.380.

(18) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, México: Editorial Porrúa, 1985. p.668

Como se citó anteriormente, el Código Civil vigente, no proporciona una definición de la institución en estudio, patria potestad, tampoco existe una definición doctrinal uniforme, en consecuencia ofrecemos la siguiente definición:

"Es el conjunto de derechos y obligaciones que la Ley contempla para proteger a los menores de edad no emancipados, en su persona y bienes, cuyo ejercicio temporal, intransferible, irrenunciable por acto voluntario y cumplimiento obligatorio corresponde a los padres y en su defecto a los abuelos".

La patria potestad como institución protectora de los menores, tiene su fundamento en la naturaleza humana, por que confiere a los padres una misión, compuesta de facultades y deberes como son (asistir, educar y formar a los hijos) y es jurídica porque algunos derechos y deberes son susceptibles de exigirse. En nuestro Código Civil la patria potestad nace de la relación paterno filial, en tal sentido el deber de protección y cuidado de los hijos no depende de la existencia del vínculo matrimonial, sino de la procreación, o de la adopción.

Rojina Villegas considera que existen los derechos subjetivos familiares, los cuales define como los que "constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto". (19)

El autor citado con antelación nos explica que en la patria potestad, existen derechos subjetivos de interferencia constante en la persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica de los menores; intervención que se lleva a cabo con la finalidad de educar, proteger y representar jurídicamente al incapaz; para lo cual la ley reconoce un poder jurídico en los sujetos activos de la patria potestad, que les permite interferir en la esfera jurídica de los menores.

(19) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, México, 1986, Editorial Porrúa, p.72

Para algunos autores la patria potestad implica un derecho subjetivo del que la ejerce; ya que la institución de que tratamos contiene relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna, cuyo objeto no presupone la igualdad jurídica, sino que los fines que satisfacen, implican que los padres ejerzan un poder personal, indelegable y reconocido por la ley. "Por eso, las relaciones jurídicas que contiene la patria potestad presuponen un derecho-deber. Es claro, el poder paterno se ejerce en interés de los hijos y no el interés personal del padre o de la madre. Sin embargo, no por ello la patria potestad se agota en una función como decía Cicu, sino que implica un complejo de derechos subjetivos del padre y la madre en la medida que permite el ejercicio erga omnes del poder oponiendo su titularidad a quienes pretendieran desconocer su ejercicio". (20)

Otros critican esa postura y consideran que el titular de la patria potestad tiene facultades que no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, por que éste es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo

(20) ZANNONI, Eduardo A, Derecho Civil 2a. ed., Tomos I, II, Buenos Aires, Editorial Astrea.1993. p.645

ostenta; mientras que las potestades son poderes instrumentales que persiguen el interés del otro, y que se encuentran estrechamente ligadas al cumplimiento de tales deberes.

Actualmente se considera a la patria potestad como una función social que debe ser ejercida en interés del hijo, atribuida en base a consideraciones naturales (procreación), éticas (el interés de la familia) y sociales (formar hombres útiles a la sociedad), que ostentan los ascendientes para el ejercicio de ese oficio. Algunas veces se basa en deferencias afectivas como en el caso de la adopción.

Desde el punto de vista *natural*, el derecho objetivo considera trascendental el vínculo afectivo y el interés de los progenitores hacia sus descendientes, para el desempeño eficaz de la función.

Éticamente, se reconoce la responsabilidad moral, de la formación física, educativa y espiritual de los que ejercen la patria potestad sobre los menores sujetos a ella; y desde el punto de vista de éstos el artículo 41f

del Código Civil que reza "Los hijos, cualquiera que sean su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Socialmente cabe resaltar que las potestades conferidas a los padres son de interés público; ya que mientras realicen su encargo en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

De lo anterior se desprende, que el derecho objetivo exige que la autoridad del que ejerce la patria potestad se encuentre sólidamente establecida dentro de la familia, y que en derecho privado se reúnan en esta institución, el interés de los hijos y de los padres, el de la familia, el de la sociedad y el Estado.

Características de la patria potestad:

Irrenunciable.-el ejercicio de la patria potestad en interés del menor, deriva en gran medida de la naturaleza misma; el derecho recoge los valores mínimos y los eleva a la categoría de conductas de interés público; reconocido éste en la ley al establecer su irrenunciabili--

dad, en el artículo 448 del Código Civil, también deriva del artículo 6 del Código citado que considera que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla; y que consagra que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero, así la renuncia al ejercicio de la patria potestad constituiría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos, de la misma manera que perjudicaría los derechos de los menores sujetos a ella.

"PATRIA POTESTAD, IRRENUNCIABILIDAD DE LA.

La patria potestad es irrenunciable. Tal irrenunciabilidad es evidente y encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, sino por el contrario, constituye una función jurídica o potestad, frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que esta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen, por ello, en la idea de potestad, junto al elemento de poder jurídico, un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 6 del Código Civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos, pero, en cambio, no lo es a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco técnico de las potestades. El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de renunciarse a esa potestad,

ello se haría, indudablemente, contra el orden público y en perjuicio de tercero, entendiendo el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad. Por otra parte, la renuncia siempre se produciría en perjuicio de tercero, cuyo tercero que es el hijo, a quien perjudica indudablemente, el que el padre o la madre se liberen de aquellos deberes que la potestad paterna impone."

Amparo Directo 3601/70. Armando Quintero Rodríguez. 17 de junio de 1971. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Solís (7a. Epoca, vol.30, p.65).

Intransferible.-La característica en cuestión se desprende de que el conjunto de deberes y derechos que componen esta institución, se encuentran fuera del comercio y también del hecho de que las relaciones familiares tienen carácter personalísimo.

"PATRIA POTESTAD, DERECHOS DERIVADOS DE LA. SON INTRANSMISIBLES.

Los derechos familiares, como lo son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad (aunado a lo anterior, el carácter de interés público que existe en unos derechos: lo que produce, como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario."

Amparo directo 7020/86. María Luisa Rosas viuda de Valdés. 3 de diciembre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. (8a. Epoca, Tomo I, Parte 1, p.372).

Temporal. Tal y como lo dispone el artículo 412 del Código Civil "los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley".

Excusable.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 448 del Código Civil vigente, cuando tengan 60 años cumplidos o cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente el desempeño de la patria potestad.

II. Personas que ejercen la patria potestad. Orden Prelativo.

El Código Civil vigente, adopta como principio en esta materia, *el ejercicio conjunto*, establecido en la Ley Sobre Relaciones Familiares.

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".

A los padres corresponde la primera y más amplia potestad familiar de ejercer conjuntamente la patria potestad, con todos sus atributos necesarios al cuidado de la persona y la administración de los bienes del hijo, y sólo a falta de estos el ejercicio de la patria potestad corresponderá a los abuelos paternos o maternos, en el orden que designe el Juez de lo Familiar, pero consideramos necesario señalar la reglamentación de las personas que ejercen la patria potestad en los diversos ordenamientos que han estado vigentes y precisar en nuestra legislación vigente las hipótesis de las personas que la ejercen.

Reglamentación de las personas llamadas a ejercer la patria potestad:

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 los artículos 392 y 366, respectivamente señalaban que: "el ejercicio de la patria potestad corresponde en orden de preferencia al padre, a su muerte, interdicción o ausencia a la madre y así sucesivamente al abuelo paterno, abuelo materno, abuela paterna y finalmente a la abuela materna."

En la ley Sobre Relaciones Familiares, el artículo 241, señalaba que el ejercicio de la patria potestad corresponde en orden de preferencia al padre y a la madre, al abuelo paterno y a la abuela paterna y finalmente al abuelo y a la abuela maternos. El artículo 242 último párrafo de la citada ley estableció que la falta de una de las personas que integran las parejas a quienes corresponde ejercer la patria potestad no priva a la sobreviviente de tal derecho, continuando exclusivamente el sobreviviente ejerciéndola.

En su artículo 231, limitó el derecho a ejercer la patria potestad sobre los hijos adoptivos a los adoptantes, los derechos y obligaciones que confiere la adopción se limitan únicamente al adoptante y al adoptado.

En el Código Civil de 1928, en su texto anterior a la reforma del 31 de diciembre de 1974, establecía en su artículo 418 que: "a falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido, los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II, III del artículo 414"., donde el orden de sustitución de los abuelos, se encontraba predeterminado por el legislador de acuerdo al 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..."

En consecuencia, el orden de sustitución de los abuelos, tratándose de hijos de matrimonio se desprendía del artículo 414, de modo que en primer término ocuparían el cargo los abuelos paternos y a su falta o impedimento los abuelos maternos.

Después de la reforma de 1975, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974, el artículo 418 establece que "a falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refiere las fracciones II, III del artículo 414 en el orden que determine el Juez de lo Familiar tomando en cuenta las circunstancias del caso".

Donde el orden de sustitución de los ascendientes, será como textualmente lo señala la ley *determinado por el Juez de lo Familiar*, tomando en cuenta las circunstancias del caso, y no necesariamente el orden en que aparecen en los puntos II y III del artículo 414 del Código Civil en vigor.

Las hipótesis sobre los hijos nacidos en matrimonio que hasta aquí pueden desprenderse ser:

1.- Padre y Madre (en este supuesto la ejercerán conjuntamente).

2.- Sólo Padre o Madre (el que quede continuará en el ejercicio de la patria potestad, artículo 420 del Código Civil en vigor).

3.- Abuelo y Abuela paternos o maternos (se ejercerán conjuntamente por los que haya designado el Juez de lo Familiar).

4.- Solo Abuelo o Abuela paternos o maternos (el que quede continuará en el ejercicio artículo 420 del Código Civil vigente).

Ahora bien, sobre la interrogante consistente en los hijos nacidos fuera de matrimonio la legislación también prevé que personas ejercerán la patria potestad dándose las siguientes hipótesis:

A.- PERSONAS ENCARGADAS DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD DEL HIJO NACIDO FUERA DE MATRIMONIO CUANDO LOS PROGENITORES VIVEN JUNTOS.

Estan encargados del ejercicio de la patria potestad del menor nacido fuera de matrimonio de acuerdo al artículo 415, primer párrafo del Código Civil vigente, los dos padres, cuando ambos lo hayan reconocido y vivan juntos.

Al separarse los progenitores, continuará ejerciendo la patria potestad el que ellos acuerden, a falta de convenio entre los encargados de ejercerla, será el Juez de lo Familiar quien decida cual de los dos padres continuará en el ejercicio de la patria potestad, al tenor de lo dispuesto por el artículo 417 del Código Civil vigente.

B.- PERSONAS ENCARGADAS DE EJERCER LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DEL HIJO NACIDO FUERA DE MATRIMONIO CUANDO LOS PROGENITORES VIVEN SEPARADOS.

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 su custodia; y en el caso de que no lo hicieren, 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 "

En este caso, la circunstancia de no vivir juntos conlleva a convenir quien ejercerá la custodia o a una intervención del estado, vía Juez de lo Familiar y Ministerio Público para resolver lo más conveniente hacia el menor.

Artículo 381.- "En el caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no

creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público."

Para este supuesto, distinto al que antecede por el hecho de que el reconocimiento no se efectúa en el mismo acto, sino que son dos actos que se suceden en el tiempo el uno del otro, observamos dos hipótesis:

1.-Que ejerza la custodia el primero que
hubiere reconocido.

2.-Que por convenirlo así pueda ser el
segundo que hubiera reconocido el que
ejerza la custodia, siempre que el Juez lo
accepte.

Estos dos supuestos, es decir los contenidos en los artículos 380 y 381 del Código Civil vigente, supone que los progenitores de un hijo nacido fuera de matrimonio, menor de edad no emancipado, que no vivan juntos, convienen solo en cuanto a su "custodia". Originalmente los

artículos 380 y 381, se referían a la patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, pero por reforma publicada en el Diario Oficial del 24 de mayo de 1971, se reemplazó en estos artículos la frase "patria potestad" por la expresión "custodia", este término empleado en estos y otros dispositivos de nuestra legislación (artículos 259, 273 y 283), nos permite afirmar que el ejercicio conjunto y pleno de la institución en estudio tiene como base el hecho de que los progenitores vivan juntos, lo que se da por hecho en el matrimonio pero también suele darse fuera de él, es decir cuando los progenitores viven juntos sin haber contraído matrimonio civil.

Ello implica, que cuando se esta frente a cualquier circunstancia donde los progenitores de un menor, no vivan juntos o no vayan a seguir viviendo juntos y, no se hayan colocado en el supuesto jurídico de pérdida de la patria potestad, tenga que hablarse de custodia y no propiamente de patria potestad, que como hemos visto su ejercicio recae en ambos padres cuando viven juntos hayan o no celebrado matrimonio, o solamente en uno cuando el otro falte, o haya sido condenado a la pérdida de ese derecho.

artículos 380 y 381, se referían a la patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, pero por reforma publicada en el Diario Oficial del 24 de mayo de 1971, se reemplazó en estos artículos la frase "patria potestad" por la expresión "custodia", este término empleado en estos y otros dispositivos de nuestra legislación (artículos 259, 273 y 283), nos permite afirmar que el ejercicio conjunto y pleno de la institución en estudio tiene como base el hecho de que los progenitores vivan juntos, lo que se da por hecho en el matrimonio pero también suele darse fuera de él, es decir cuando los progenitores viven juntos sin haber contraído matrimonio civil.

Ello implica, que cuando se está frente a cualquier circunstancia donde los progenitores de un menor, no vivan juntos o no vayan a seguir viviendo juntos y, no se hayan colocado en el supuesto jurídico de pérdida de la patria potestad, tenga que hablarse de custodia y no propiamente de patria potestad, que como hemos visto su ejercicio recae en ambos padres cuando viven juntos hayan o no celebrado matrimonio, o solamente en uno cuando el otro falte, o haya sido condenado a la pérdida de ese derecho.

También tenemos el caso del padre o padres adoptivos artículo 419 del Código Civil vigente que reza "La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten".

Al respecto remitamos a los artículos 390 y 391 del multicitado Código Civil, que nos señala que personas puede adoptar y por consecuencia ejercer la patria potestad.

Así vemos que los supuestos respectivamente son:

- 1.- Cualquier persona mayor de 25 años libre de matrimonio y en pleno ejercicio de sus derechos (adoptante).
- 2.- Tratándose de un matrimonio, ambos conyuges ejercerán la patria potestad. (serán nombrados como adoptantes).

Otra posibilidad lo es la prevista en lo dispuesto por el artículo 403 del Código Civil vigente: padre o madre adoptivo casado con padre o madre natural, ejercerán la patria potestad conjuntamente.

En efecto, el diverso numeral 403 establece que en el caso de que el adoptante este casado con alguno de los progenitores del adoptado, ejercerán la patria potestad ambos cónyuges de manera conjunta.

En este supuesto se observa que para que el mismo sea posible y, atento a lo dispuesto por la fracción I del artículo 397 de Código Civil vigente es menester que primero el padre o madre natural que esta ejerciendo la patria potestad sobre su menor hijo, de su consentimiento para que lo adopte una persona de las previstas por el artículo(390 del C. C.) y una vez que quede consumada la adopción contraer matrimonio con el padre o madre natural.

Ahondando en este simil, también es factible que el padre o madre natural del hijo consienta que lo adopte un matrimonio,(artículo 391 del Código Civil) y con posterioridad a que la adopción se consume sobrevenga el divorcio (voluntario o necesario) que deje en libertad a los cónyuges de contraer otro y en esa libertad el cónyuge que se haya quedado con la patria potestad contraiga matrimonio con el padre o madre natural de su hijo adoptivo y, a partir de ese supuesto el ejercicio de la patria potestad sera ejercida por ambos cónyuges de manera conjunta.

Dentro de las consideraciones anteriores surge una nueva interrogante, ya que si consideramos que tratándose de hijos de matrimonio o fuera de este, a falta de los padres naturales, serán llamados los abuelos sean paternos o maternos y en el caso de los hijos adoptivos no opera la misma regla ya que por razones de parentesco este sólo se establece limitativamente entre el o los adoptantes y adoptado y no así para con los demás ascendientes del adoptante. (artículo 402 del Código Civil) llamado parentesco civil (artículo 295 del Código Civil), circunstancia legal que establece una diferencia entre hijos adoptivos e hijos de matrimonio o nacidos fuera de esta institución.

Resumiendo tenemos lo siguiente:

1.- El artículo 414 del Código Civil vigente, es igualmente aplicable a los hijos nacidos dentro del matrimonio como a los hijos nacidos fuera de él, al establecer que personas ejercerán la patria potestad.

2.- El artículo 41B del Código Civil vigente, como el que antecede se aplica igualmente a los hijos de matrimonio o fuera de él, al establecer que a falta de ambos padres, ejercerán la patria potestad los abuelos paternos o mater-

nos y, establece que el orden lo determinará el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

3.-Para los hijos nacidos de matrimonio, el artículo 420 del Código Civil vigente prevé que a falta de uno de los padres el que quede seguirá ejerciendo la patria potestad.

4.-Para los hijos nacidos fuera de matrimonio, el artículo 416 del Código Civil vigente, prevé que si por cualquier circunstancia (contemplándose dentro de estas la posible falta de uno de los padres), entrará a ejercerla el otro.

III. Personas sujetas a la patria potestad.

Partiendo de la base de que la institución patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, encontramos que la relación establecida es la del parentesco.

"Dentro del parentesco se originan las relaciones - específicas que impone la patria potestad entre -- padre e hijo, o, en su caso, entre abuelos y nie-- tos. Por consiguiente, se destacan aquí, sujetos especiales del derecho familiar que deben diferen-- ciarse de los parientes en general pues los dere-- chos que se originan en la patria potestad, en-- tre la clase de sujetos, no son los mismos que de una manera general determina el parentesco." (21)

Y que nuestra legislación sólo reconoce los parentescos de consanguinidad (el que existe entre descen--

(21). ROJINA VILLEGAS, ob. cit., p. 67.

dientes de un mismo progenitor); afinidad (producto del matrimonio y es el contraído por los cónyuges con los parientes del uno y del otro) y, el civil (que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y adoptado).

Además, si consideramos que la filiación es la relación que existe entre dos personas donde una es el padre o madre de la otra, llamada maternidad cuando la relación es de madre a hijo y paternidad cuando se da de padre a hijo, y si es de hijo a padre filiación; amén de que la filiación puede ser legítima, natural o Adoptiva y que esta clasificación equivale a la procedencia de los hijos respecto del estado civil de sus padres.

Tenemos que para precisar a las personas sujetas a la patria potestad,habra que citarlas de acuerdo a las clasificaciones de hijos ya existentes.

Al respecto, existe una tendencia que pugna por que desaparescan de nuestra ley civil vigente, el empleo indistinto de las expresiones "hijos de matrimonio" o "hijos nacidos fuera de matrimonio", precisamente nuestra ley civil vigente emplea, indistintamente las denominacio--

nes hijos de matrimonio (Libro Primero, Título Séptimo, DE LA PATERNIDAD Y FILIACION, Capitulo II De las Pruebas de la Filiación de los Hijos Nacidos de Matrimonio, artículos 340 a 353), e hijos nacidos fuera de matrimonio (Exposición de Motivos y además Libro Primero, Título Séptimo, DE LA PATERNIDAD Y FILIACION, Capitulo IV, Del Reconocimiento de los Hijos Nacidos Fuera del Matrimonio, artículos 360, 369 y 382 y asimismo artículo 417), e hijos naturales (Libro Primero, Título Cuarto, Del Registro Civil, Capitulo III, De las Actas de Reconocimiento, artículos 77 a 79).

La Ley Sobre Relaciones Familiares, promulgada en 1917 por Don Venustiano Carranza que entró en vigor el 11 - de mayo del mismo año, suprimió la calificación de hijos espurios para los hijos nacidos fuera de matrimonio, cuestión que a todas luces es atinada pero el legislador al suprimir una designación degradante, aceptó otra la de hijos naturales (artículo 186 "todo hijo nacido fuera de matrimonio es natural"), recordemos que a partir del Derecho Romano los hijos nacidos fuera del matrimonio fueron simplemente naturales o espurios, los primeros habidos de concubinato, y los segundos, nacidos de adulterio, de incesto, de sacrilegio o de uniones pasajeras.

Por su parte el Código Civil del Distrito y Territorios Federales, de 1928 que entro en vigor el 10. de Octubre de 1932, en su exposición de motivos declara "Por lo que toca a los hijos se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio; se procuró que unos y otros gozacen de los mismos derechos, pues la irritante injusticia que los hijos sufrían las consecuencias de la falta de los padres y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente por que no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen"

Establecer la igualdad en el Derecho de los hijos, constituye un acto de justicia, pero el legislador nuevamente mantuvo la calificación de hijos naturales para los nacidos fuera del matrimonio.

En resumen las personas sujetas, a la patria potestad son los que reúnen los siguientes requisitos: ser menor de edad, no estar emancipado y contar con un ascendiente con derecho a ejercer sobre él la patria potestad, la falta de este último requisito daría lugar a la tutela.

Etimológicamente la palabra menor, procede del latín "minor", adjetivo calificativo que significa más pequeño; el sustantivo edad, procede del latín "aetas" que significa tiempo transcurrido desde el nacimiento.

La palabra emancipación proviene del latín "emancipare" y significa soltarse de la mano.

IV CONSECUENCIAS DE LA PATRIA POTESTAD.

IV.1.- Consecuencias de la patria potestad con relacion a la persona de los hijos.

Las consecuencias de la patria potestad, las pondriamos clasificar en cuanto a la persona del menor no emancipado y las correspondientes a los bienes propiedad del mismo.

Al respecto, el articulo 413 del Código Civil vigente, señala "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"

De lo anterior se infiere que dentro de la Institución patria potestad, el menor se encuentra protegido en dos aspectos uno que corresponde a su persona y otro en cuanto a los bienes que pudiera tener en propiedad, y que conforme a ello se delimita el conjunto de derechos, obligaciones y facultades que la ley confiere a--

los padres o en defecto a los abuelos para cumplir con la finalidad de la patria potestad, no hay que olvidar que respecto a los límites de la institución en estudio, existen controversias doctrinales como el caso de la francesa.

Para Colin y Capitant, la patria potestad no comprende solamente los derechos de que se habla en los capítulos respectivos, sino que incluye los que se encuentran esparcidos en otras partes del Código; Los Mazeaud, en tanto, se esfuerzan por destacar que no deben confundirse los derechos propios de la patria potestad con otros que, como los de con sentir el matrimonio de los hijos y la adopción o emancipar al menor, que aunque parecidos, no integran la patria potestad. (22)

Es innegable que la ley contempla en su cuerpo normativo otros derechos y obligaciones derivadas del parentesco que persiguen fines similares al perseguido en la patria potestad, y que en suma unos y otros conforman y satisfacen las medidas legislativas tendientes al logro de

(22). Cfr. D 'ANTONIO Daniel Hugo, Patria Potestad, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, 1979, pp. 57 y 58.

una culminación plena del desarrollo biológico, psíquico y social del menor de edad.

Así pondríamos citar de manera enunciativa más no limitativa, la obligación de los padres de dar alimento a sus hijos prevista en el dispositivo 303 del Código Civil vigente, que reza "Los padres están obligados a dar alimento a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado." Y la prevista en el artículo 307 del Código citado que se refiere a la obligación de darse alimentos entre adoptante y adoptado, así como el derecho que tienen los hijos de heredar de sus padres (artículos 1602 y tratándose de hijos adoptivos 1612, ambos del Código Civil vigente).

En la inteligencia que estas obligaciones y deberes no se extinguen en el supuesto de que los padres pierdan la patria potestad porque como se ha señalado estos últimos se derivan del parentesco y no propiamente de la patria potestad, artículo 285 del Código Civil vigente "El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas la obligaciones que tienen para con sus hijos"

Ahora bien, una vez delimitada la extensión de la Institución en comentario, tenemos como se mencionó al principio dos aspectos. en cuanto a la persona y en cuanto a los bienes del menor sujeto a la patria potestad, la primera de ellas que nos toca comentar, se refiere a la persona y en ella encontramos *la guarda y la educación de los menores*, donde vemos una intervención del estado através de la autoridad judicial o administrativa, observandose que la patria potestad no se ha establecido en beneficio de quienes la deben ejercer sino como una protección a los menores de edad no emancipados.

Por principio de cuentas conviene señalar que en la relación patria potestad, en donde intervienen los que la ejercen, los sujetos a ella y la intervención tutelar del estado, resalta la autoridad o poder de mando, la obediencia y vigilancia en interés del menor.

Lo dispuesto por el artículo 411 del Código Civil vigente en términos generales, se refiere a la obligación que tienen los hijos en cualquier tiempo de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, por lo que consideramos que en esta obligación moral es obvio que incluye

a los hijos menores de edad no emancipados, pero que la misma es aplicable a las personas que ejercen la patria potestad respecto del respeto que se debe tener por la persona que se encuentra bajo su potestad, por ser este un aspecto de contenido moral consideramos dejarlo en ese ámbito y referirnos al de la normatividad y conocer la institución que se analiza por sus efectos.

En relación a la guarda, Jean Carbonnier la define como "Consiste este derecho en la facultad que los padres tienen de conservar al hijo junto así, de regular sus relaciones con los demás (excepción hecha del derecho de visita reconocido a los parientes próximos y especialmente a los abuelos) y, por extensión de interceptar su correspondencia" (23); Por "guarda de los hijos" se entiende, en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia (24).

Constituye una obligación del menor sujeto a la patria potestad de permanecer y no dejar la casa de sus

(23). CARBONNIER, Jean, Derecho Civil, Situaciones Familiares y Cuasifamiliares, tomo I, Vol.II, Barcelona, Editorial Bosch, p.481.

(24). Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, Editorial Porrúa, -- México, 1995, p. 308.

padres , abuelos o adoptantes que le impone la ley en el artículo 421 del Código Civil vigente "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de autoridad competente y además, porque el artículo 32 del Código citado, prevé que " Se reputa domicilio legal del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya potestad esta sujeto",en caso de incumplimiento de permanecer en el domicilio las personas que estén ejerciendo la patria potestad tendrán el derecho de recurrir a la autoridad para obligar al menor a reintegrarse al hogar.

El Jurista Galo Marcel Planiol al analizar el tema que nos ocupa de la guarda y custodia de los hijos menores, comenta que " La guarda de un hijo es el derecho que habite en la casa de los padres, el padre, guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con el, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza publica. " (25)

Otras características para la salvaguarda y protección de los menores multicitados, lo son los

(25). PLANIOL, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Pue., p. 262.

derivados del significado del concepto guarda, aquellos que no se contemplan como son los alimentos, artículo 308 del Código Civil vigente (comida, vestido, habitación, asistencia en casos de enfermedad, gastos necesarios para la educación primaria y proporcionarle algún oficio, arte, profesión honestas y adecuadas a su sexo y circunstancias personales), siendo estos, el cuidado, defensa o conservación; vigilancia, y otras que por su naturaleza caen dentro del significado al que nos referimos, las palabras "*guardar*" y "*custodiar*" proceden respectivamente, "del germanesco *wardon* que significa cuidar y del latín *custos* derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también quiere decir cuidar" (26).

En lo que corresponde a la educación de los menores no emancipados, nuestra legislación les impone a las personas que ejercen la patria potestad la obligación de educarlo convenientemente, (artículo 422 del Código Civil vigente), entendiéndolo por ello el proceso de desarrollo continuo y progresivo que le permita desarrollar capacidades, habilidades, hábitos y actitudes para lograr un desenvolvimiento equilibrado de la personalidad, la

(26) Diccionario Jurídico Mexicano. ob, cit., p.308.

palabra *educación* proviene del latín *educatio-onis*, que es la acción y efecto de educar y educar significa "Desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc." (27).

El artículo 3o. fracción VI de nuestra Constitución señala, la obligatoriedad de la educación primaria y secundaria, la gratuidad y la obligatoriedad constituyen no sólo un derecho, sino una obligación, además de que con ambas se reafirma el principio democrático de ofrecerla al pueblo sin ninguna distinción, pero los padres deberán realizar los gastos necesarios útiles, uniformes, transportes ~~tatándose~~ de escuela pública y además colegiaturas si no fuese así, ya que conforme al artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, sean estos de matrimonio, naturales o adoptivos, comprendiéndose los gastos necesarios para la educación

(27) Diccionario de la Lengua Española, 21 ed., Madrid Editorial Espasa-Calpe, 1992, p. 558.

primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión (artículos 303, 307 y 308 del Código Civil vigente)."En sentido amplio el deber de educación de los hijos implica el deber y derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad." (28)

Dentro del derecho de educación se contempla el *derecho de corrección* previsto por el artículo 423 del Código Civil vigente "Para los efectos del art. anterior los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos..." lo anterior no implica el maltrato de menores ya sea físico o mental, las autoridades en caso necesario auxiliarán a los padres haciendo uso de amonestaciones y correctivos.

Anteriormente el texto del artículo 423 del Código Civil, señalaba que los que ejercida la patria potestad tenían la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente, suprimiéndose la facultad de castigar toda

(28) ZANNONI, ob, cit, p.718.

vez que se abusaba de la misma llegando a imponer castigos corporales severos que implicada verdaderas lesiones.

Para Sanchez Medal," este precepto ha sido reformado para privar deliberadamente a los padres de la autoridad paterna de que hablaba el anterior artículo 423, así como del derecho de castigar con mesura y con piedad a sus hijos, dejándoles sólo el derecho de corregirlos y el deber de darles buen ejemplo" (29).

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 423 del Código de la Materia, impone la obligación a las personas que ejercen la patria potestad de observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo.

Esta obligación de educar, por parte de los padres no es discrecional ni queda al libre arbitrio, de ahí que cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas que ejercen la patria potestad no cumplan con esta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda ante el Juez de lo Familiar para que amoneste, aperciba, suspenda o prive

(29) SANCHEZ MEDAL, Ramón, El Divorcio Opcional. México Editorial Porrúa, 1974, p. 100.

del ejercicio de la patria potestad a quien no cumpla con esta obligación. (artículo 422 del Código Civil vigente).

Para concluir, de conformidad con lo dispuesto por la fracción I del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son obligaciones de los mexicanos:

" I.- Hacer que sus hijos o pupilos, menores de quince años, concurren a las escuelas públicas o privadas para obtener la educación primaria elemental y militar, durante el tiempo que marque la ley de instrucción pública de cada Estado."

IV.2. Consecuencias de la patria potestad en relación a los bienes de los hijos.

El Código Civil vigente, en su Título Octavo, Capítulo II, en sus artículos 425 al 442 reglamenta el ejercicio de la patria potestad en lo relativo a la propiedad y administración de los bienes de los menores no emancipados.

De lo dispuesto por el artículo 425 del Código Civil vigente "Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código", se comprenden la representación de los menores como la administración legal de sus bienes, recayendo estos derechos y facultades en las personas que sobre de ellos ejerzan la patria potestad.

Respecto a la representación legal, es conveniente señalar que la misma se da por virtud de la restricción a la personalidad jurídica que tiene el menor no emancipado que no ha cumplido los 18 años, artículo 23 del Código

Civil vigente que reza "la menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes".

Por su parte, el artículo 424 del Código Civil vigente señala "El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez", cabe hacer notar que esta representación por disposición legal está limitada en los casos a que se refiere el artículo 427 del Código Civil "La persona que ejerza la patria potestad representará al hijo en juicio pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo sin el consentimiento de su consorte y la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente."

Las referidas disposiciones vienen a suplir la ausencia de la capacidad de ejercicio (aquella aptitud de hacer valer por sí mismo los derechos y obligaciones de que se es titular) que tienen los menores de edad no

emancipados, hasta que adquieren la mayoría de edad -- (artículo 646 del Código Civil vigente), la minoría de edad no es óbice para el ejercicio de los derechos y para contraer obligaciones, lo cual solo se podrá hacer dentro del marco legal por medio de sus legítimos representantes (padres, o abuelos, o adoptante) según sea el caso.

Por lo que toca a la administración de los bienes del menor, el Código Civil vigente, establece reglas que limitan en esta materia los poderes y facultades de las personas que ejercen la patria potestad y exigen la autorización judicial para que las personas que desempeñan tales cargos puedan disponer de determinados bienes inmuebles y muebles preciosos, autorización que dará el Juez de lo Familiar previa comprobación de que tales enajenaciones o gravámenes son absolutamente necesarios y se realicen en beneficio del menor impidiendo con ello que se derroche o dilapide el patrimonio del menor.

Al respecto los autores de Diccionario Jurídico Mexicano, nos conceptualizan patrimonio del menor de la siguiente forma:

" Patrimonio. I. (*Del latin patrimonium*) Parece indicar los bienes que el hijo tiene heredados de su padre y abuelos. Desde el punto de vista jurídico, patrimonio es el conjunto de poderes y deberes, apreciables en dinero, que tiene una persona. Se utiliza la expresión poderes y deberes en razón de que sólo los derechos subjetivos y las obligaciones pueden ser estimadas en dinero, sino que también lo podrían ser las facultades, cargas y, en algunos casos, el ejercicio de la potestad, que se puede traducir en un valor pecuniario." (30)

El artículo 436 del Código Civil vigente dispone que "Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al mismo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del Juez competente"; y que "tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menos valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de

(30). Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ob., cit., p. 59

los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos."

En su artículo 437, el referido ordenamiento legal dispone que " Siempre que el Juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor. Al efecto el precio de la venta se depositará en una Institución de Crédito y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial.

Del todo justificada es la norma legal del precepto arriba citado, puesto que si mediante autorización se enajena el bien inmueble perteneciente al menor, se tomarán las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique a la educación o al objeto destinado; si resulta remanente se sigue garantizando el patrimonio del menor.

Por lo que hace a los administradores de los bienes del menor, el Código Civil establece en su artículo 426 que cuando la patria potestad la ejercen dos, el administrador será nombrado por mutuo acuerdo, obligándose a consultar a su consorte y obtener consentimiento expreso en los actos más relevantes de la administración.

Ahora bien, los bienes que adquiriera el hijo bajo la patria potestad se dividen en:

Bienes que adquiriera por su trabajo, perteneciéndole la propiedad, administración y el usufructo de los mismos y, bienes que adquiere por cualquier otro título, en este caso le pertenece la propiedad y la mitad del usufructo y; la otra mitad del usufructo y administración a la persona que ejerza la patria potestad (artículo 428 y 429 del Código Civil en vigor).

Por lo que corresponde a la mitad del usufructo que se contempla para las personas que ejercen la patria potestad, esta puede renunciarse, dicha renuncia como lo dispone el artículo 431 del Código Civil vigente deberá de hacerse constar por escrito ó por cualquier otro medio que no deje duda.

En el caso de bienes adquiridos por el menor a través de testamento, legado o donación, donde se haya dispuesto por los otorgantes que el usufructo pertenezca en su totalidad al menor, o que este se aplique a un fin específico, se acatará esto último (artículo 430 del Código Civil vigente).

El derecho a usufructuar a que se hace referencia por parte de las personas que ejerzan la patria potestad, tiene el carácter de temporal, es decir se extingue en los supuestos a que se refiere el artículo 438 del Código Civil vigente que señala " I.- Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;" , " II.- Por pérdida de la patria potestad, y" , " III.- Por renuncia. "

Por ningún motivo serán frutos para la persona que ejerza la patria potestad (artículo 433 del Código Civil vigente). Los réditos y las rentas que se hayan vencido antes de que se entre en posesión de los bienes, ya que estos le corresponden al hijo.

Este derecho de usufructo temporal, constituido por la ley de disfrutar de los bienes del hijo, implica el

cumplimiento de las obligaciones previstas para el derecho real de usufructo en el Título V Capítulo III, pero por disposición expresa del artículo 434 en relación con el 319 del Código Civil vigente, el producto o frutos del usufructo deberá de aplicarse preferentemente a cubrir el pago de alimentos.

Sanchez Cordero opina que " estas cargas son las que dan sentido correcto al uso y goce de los bienes de los hijos, es decir un sentido familiar y no como la contraprestación de una obligación que haria de la patria potestad un derecho lucrativo ".(31)

" Art 433 El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo II del título VI, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

I.-Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados;

(31) SANCHEZ CORDERO, ob. cit.,p. 126.

II.-Cuando contraigan ulteriores nupcias, y

III.-Cuando su administración sea notoriamente ruinososa para los hijos".

"Artículo 319 En los casos en que los que ejerzan la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad."

Los usufructuarios así constituidos, tienen la obligación de rendir cuenta de los bienes administrados (artículo 439 del Código Civil vigente), y los jueces de lo Familiar a instancias de persona interesada, del Ministerio Público y del propio menor cuando este tenga 14 años , tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para que el patrimonio no se derroche o menoscabe por una indebida administración (artículo 441 del Código Civil vigente)

Como una excepción a la representación que tienen los que ejercen la patria potestad destaca el hecho de que en el caso de interés opuesto entre los sujetos de esta

relación, el Juez nombrará un tercero tutor para los efectos de representación del menor dentro o fuera de Juicio (artículo 440 del Código Civil en vigor).

Los menores al cumplir la mayoría de edad 18 años, deberán recibir de parte de las personas que ejercieron sobre ellos la patria potestad los bienes y frutos que fueron objeto de la administración para disponer libremente de ellos como lo dispone el artículo 442 del Código Civil vigente en relación con los artículos 646 y 647 del mismo ordenamiento legal.

El menor de edad emancipado, tendrá la libre administración de sus bienes pero hasta en tanto no alcance la mayoría de edad, necesitará de autorización judicial para poder enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces y de un tutor para negocios judiciales (artículo 643 del Código Civil vigente).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 641 del Código de la Materia, el matrimonio del menor de 18 años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.

CAPITULO TERCERO

Causas que originan la pérdida, extinción y suspensión de la patria potestad.

En la doctrina española, José Luis Lacruz Berdejo realiza las siguientes distinciones sobre:

Pérdida.-supone extinción, no necesariamente institucional de la patria potestad, sino sólo para el sujeto que la ejerce (de manera definitiva, pero sin carácter punitivo), pudiendo subsistir en cuanto al menor que quedará bajo la patria potestad de otro titular.

Privación.-supone extinción en cuanto al sujeto que la ejerce y no en cuanto al menor si hay quien pueda ejercerla; tiene carácter punitivo.

Modificación.-supone cualquier cambio en la titularidad o contenidos normales de la patria potestad. Puede tener lugar por:

a) Concentración, que es cuando existe pérdida, privación o suspensión en uno de los titulares y no en el otro; por ejemplo en el caso de muerte, ausencia o incapacidad.

b) Redistribución, que es cuando el contenido normal de la patria potestad, se asigna en exclusiva por facultades y deberes a cada uno de los cotitulares; como sería el caso de cambio de titular de la guarda del menor.

c) Alteración, cuando el juez, adopta providencias a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas; se da en los casos de cambio de titular de la guarda o en el supuesto de que se busque asegurar los bienes del hijo, por la peligrosa administración del padre.

Recuperación se da cuando existe un caso de suspensión y ésta cesa; como sería el caso en que reapareciera el ausente, o cesara la incapacidad ". (32)

En nuestro derecho, Rafael de Pina hace la siguiente distinción:

La patria potestad acaba.-cuando sin acto culpable de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales debe concluir.

(32) LACRUZ BERDEJO, José Luis, Derecho de Familia, Tomo IV, Barcelona, Editorial Bosch, 1984, p. 852.

La patria potestad se pierde.-cuando por motivos en que aparece la culpabilidad del titular en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley su privación.

La patria potestad se suspende.-cuando por razón de alguna incapacidad, no la puede seguir desempeñando, quien la ejerce, o por haber sido éste sentenciado a la pena que lleve consigo la suspensión.

I.-Extinción de la patria potestad.

Tanto en la doctrina como en nuestra legislación vigente, se distingue entre la extinción, suspensión y pérdida de la patria potestad, señalando en cada caso las causas que la provocan.

Al ser la patria potestad una institución de carácter temporal, los derechos y obligaciones conferidos por la ley sólo prevalecen durante la menor edad de los hijos o nietos, excepción hecha de la emancipación derivada del matrimonio, donde sin que se alcance la mayoría de edad se extingue la patria potestad, luego entonces encontramos como causas de extinción, los supuestos relativos a la mayor edad y la emancipación derivada del matrimonio y la muerte de la persona que ejercía la patria potestad sobre algún menor, siempre y cuando se surta la hipótesis de que no exista otra persona en quien recaiga.

Al respecto, mencionaremos y abundaremos sobre las causas de extinción de la patria potestad siguiendo el orden establecido en el Código Civil vigente.

I.1. Extinción de la patria potestad por muerte del que la ejerce, cuando no existe otra persona en quien recaiga.

La causal que nos ocupa, misma a que se refiere la fracción I del artículo 443 del Código Civil vigente, presupone dos acontecimientos para que opere la extinción de la patria potestad, la primera consistente en la verificación de la muerte de la persona que ejercía la patria potestad y la segunda, que no exista ninguna otra persona en quien deba recaer.

Ejemplificando tendríamos:

1.-En el supuesto de que a falta de uno de los padres, estuviera ejerciendo la patria potestad el que quedará, sobreviniera la muerte de este último y no existirán abuelos paternos o maternos.

2.- Tomando el ejemplo anterior, consideramos que también opera la extinción en el caso de que aún existiendo una persona en quien pudiera recaer la patria potestad esta se excusara con base en lo dispuesto por el artículo 448 del Código Civil vigente.

Al respecto opino que debería contemplarse expresamente en el artículo 443 del Código Civil "La excusa del único ascendiente que sobreviva de los obligados a

suplir a los padres, extingue la patria potestad", toda vez que la excusa se traduce a que en el caso no exista ascendiente en quien pudiera recaer y la falta de este requisito daría lugar a la tutela.

3.-En el caso de la relación adoptante-adoptado la regla general es que al verificarse la muerte del padre adoptivo, operará la extinción de la patria potestad, pero no hay que perder de vista, que si existe padre natural y el adoptante no nombra tutor testamentario, a su hijo adoptivo en términos de lo dispuesto por el artículo 481 del Código Civil vigente, el padre natural podrá ejercer la patria potestad.

El artículo 470 del Código Civil vigente que hace referencia al derecho que tiene el ascendiente de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes ejerza la patria potestad; en la especie el adoptante tendrá el mismo derecho que tienen los ascendientes sobre sus hijos de nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo, pero en caso de no hacerlo el padre natural podrá ejercer la patria potestad.

Al respecto la Doctrina Española considerará que

" Suele admitirse en el Derecho Comparado que el padre por naturaleza, que perdió la patria potestad sobre su hijo al ser este adoptado por otra persona, la recuperará si el adoptante muere o la adopción es revocada antes de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad. En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza; igual situación ocurrirá si el adoptante cae en una causa de incapacidad que le impida el ejercicio de la patria potestad." (33)

(33) CASTAN VAZQUEZ, José María, La Patria Potestad, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid p. 338.

**I.2. Extinción de la patria potestad por emancipación, -
derivada del matrimonio.**

Esta causal de extinción de la patria potestad se encuentra prevista en la fracción II del artículo 443 del Código Civil vigente, "Con la emancipación, derivada del matrimonio."

Nuestra legislación Civil, establece que el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación, dicho matrimonio debe celebrarse ante los jueces del Registro Civil, facultados para ello con las formalidades de ley. La edad mínima para contraer matrimonio se fija en 16 años cumplidos para el hombre y en 14 para la mujer. (estas edades podrán ser dispensadas por la autoridad competente cuando existan causas graves y justificadas).

El matrimonio de los menores de dieciocho años, requiere de autorización de quien sobre de ellos ejerza la patria potestad y, en caso de su negativa la autoridad competente suplirá o no el consentimiento.

En ese orden de ideas, producida la emancipación luego de satisfacerse todos los requisitos según sea el caso de

que se trate se acaba la patria potestad, no obstante que por divorcio se disuelva el vínculo del matrimonio, ya que aunque el cónyuge siga siendo menor no recaerá en la patria potestad (artículo 641 del Código Civil vigente).

Para *ROJINA VILLEGAS* " En la emancipación existe una fusión de supuestos, pues conforme al citado artículo 641 se requiere que el sujeto menor de edad contraiga matrimonio para que se produzca de pleno derecho su emancipación. Es decir, se conjuga el estado jurídico de minoría de edad con el estado relativo al matrimonio para que mediante la suma de ambas situaciones se produzca una consecuencia nueva. Tenemos aquí un supuesto jurídico complejo y absolutamente dependiente, toda vez que no puede alcanzarse ninguna consecuencia propia de la emancipación sino hasta que se realicen los dos supuestos simples antes mencionados". "Los efectos que interesan al derecho de familia respecto a la emancipación... son una consecuencia de un nuevo estado que se crea en el menor y consisten en a) En la extinción de la patria potestad ..." (34)

(34) *ROJINA VILLEGAS*, Rafael, Derecho Civil Mexicano, ob. cit. pp. 128 y 129.

1.3. Extinción de la patria potestad por la mayoría de edad del hijo.

La mayoría de edad tiene varias repercusiones dentro de nuestro derecho, pero en relación con la institución patria potestad, la extingue según lo dispone expresamente la fracción III del artículo 443 del Código Civil vigente "La patria potestad se acaba ... Por la mayor edad del hijo".

La doctrina subjetiva requiere apreciar en cada caso concreto si se ha alcanzado el desarrollo y declarar la mayoría de edad; La objetiva establece cierta edad como límite para automáticamente adquirirla. Nuestro sistema la regula conforme a la teoría objetiva, fijándose durante la vigencia de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, Ley sobre Relaciones Familiares y hasta antes de la reforma publicada en el Diario Oficial del 29 de diciembre de 1969, el Código Civil vigente, los veintiún años como su límite, sin embargo de acuerdo a la reforma antes señalada se disminuyó a la edad de dieciocho años.

Con la mayoría de edad fijada en dieciocho años cumplidos (artículo 646 del Código Civil vigente) desaparece la restricción a la personalidad jurídica

respecto a la incapacidad que el menor tiene de ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por si mismo, toda vez que solo lo puede hacer através de sus representantes, padres, abuelos o tutores según sea el caso.

En la actualidad la disposición legal que establece el comienzo de la mayoría de edad (18 años cumplidos) es congruente con la norma constitucional que prevé la edad para adquirir la ciudadanía ,artículo 34 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos.... Haber cumplido 18 años."

Además, tanto el artículo 24 como el 647 ambos del Código Civil vigente, disponen que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes, quedando en consecuencia insubsistentes aspectos propios de la institución en estudio a los que ya nos hemos referido en el capítulo anterior, tales como la guarda, el usufructo , la administración de bienes y, la representación de los menores sujetos a la patria potestad.

II. Pérdida de la patria potestad.

Partiendo del reconocimiento de que no todos los padres o personas que ejercen la patria potestad cumplen fielmente con las obligaciones que la ley impone, sino que en ocasiones muestran una conducta negativa afectando directa o indirectamente los intereses de sus hijos: Ante esta realidad, y de acuerdo al caso concreto se procederá a imponer como sanción, la suspensión o la pérdida en el ejercicio de la patria potestad.

De esta manera la Ley protege al menor dentro de la familia cuando los padres, abuelos o adoptantes no cumplen con las obligaciones y derechos que se les conferieren como son: (la guarda, corrección y educación).

Al respecto los autores franceses Colin y Capitant citados por Magallon Ibarra en su obra de Derecho Civil nos explican que " La patria potestad constituye un poder de protección, y las prerrogativas que confieren al padre y la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos no son más que el reverso de los deberes de la responsabilidad que les impone el derecho de la procreación. " (35)

(35). MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil III, Editorial, Porrúa, p. 227.

Tal situación acontece cuando los encargados de ejercer la patria potestad incumplen con la obligación de educar a los menores, tratan cruelmente a los hijos, o en el caso de abandono material, moral o bien que les den ejemplos inmorales o que por el contrario abusen de su autoridad, siendo necesario que la Ley venga en auxilio del menor, privándoles de la patria potestad o bien imponiendo una pena de prisión.

Luego entonces, para imponer una u otra sanción tendrá que atenderse a la gravedad de la conducta, en la inteligencia que aunque ninguna sea la esperada, habrá que distinguirlos con la mayor precisión posible (excepción hecha de las causas expresamente señaladas por la ley) máxime si de ello depende que se restablezca o no la patria potestad.

De acuerdo con el artículo 444 del Código Civil vigente "la patria potestad se pierde: I. Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283; III. Cuando por las costumbres

depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses."

Debe observarse que el ejercicio de la patria potestad no se ha establecido en beneficio de quienes la deben ejercer, sino como una protección a los menores de edad no emancipados donde además de las obligaciones existen los derechos de usufructo sobre los bienes del hijo; derecho de administrar estos bienes y facultad del padre o de la madre para representar al hijo en los actos judiciales o extrajudiciales o de darle la autorización para estos actos.

Luego entonces, la patria potestad no es sólo una obligación que importe el cuidado sobre las personas, sino también, si los hubiere sobre los bienes de los hijos.

De tal manera que otra consecuencia de tal institución con referencia a la pérdida, será la inhabilitación para el cuidado de los bienes, cuya guarda pasará, junto con la de

la persona, a quien corresponda conforme a la ley, ya sea al ascendiente, o en su defecto al tutor.

Guillermo Cabanellas señala que la privación de la patria potestad es en todos los casos una sanción civil y en ocasiones una condena penal, que no se limita a una disminución de facultades personales sino que puede llevar consigo secuelas patrimoniales en el supuesto de que el progenitor despojado de la patria potestad, gozara del usufructo legal de bienes filiales de los menores de edad. (36)

Por otra parte, la privación de la patria potestad no exime a los padres de sus obligaciones de manutención de los hijos, artículo 285 del Código Civil vigente, "El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos". En relación con el artículo 303 del mismo ordenamiento legal que dice "los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. . . "

Dicha privación repercute tratándose de la obligación de dar alimentos, a que se pierda el derecho que otorga el

(36) Cfr. CABANELLAS ,Guillermo, ob. cit., p. 148

artículo 319 del Código Civil vigente "para que los que ejerzan la patria potestad deduzcan de la mitad del usufructo de los bienes del menor, el importe de los alimentos."

Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en casos de enfermedad, gastos necesarios para la educación primaria (que por mandato constitucional también es obligación de los padres) y gastos para proporcionarle oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo, y circunstancias personales (artículo 308 del Código Civil vigente).

II.1. Pérdida de la patria potestad por condena expresa de tal derecho.

De conformidad con la primera parte de la fracción I del artículo 444 del Código Civil vigente, "La patria potestad se pierde: I Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. . ."

Hemos dicho que de acuerdo a la gravedad de la conducta en que incurrían las personas que ejerzan la patria potestad se harán acreedores a las sanciones que la Ley contempla como medidas para proteger a los menores no emancipados, las causas que provocan la pérdida de tales derechos, pueden ser de origen múltiple, sean estos por el mal desempeño de los deberes paternos, incumplimiento de obligaciones, renuncia o abandono mismas que podrán acarrear sanciones aún de carácter penal.

Conforme al artículo 10. de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal "corresponde a los Tribunales de Justicia la facultad de aplicar las leyes . . . en asuntos civiles y penales. . ."

En materia familiar los jueces conocerán de las

cuestiones derivadas de la patria potestad artículo 58 fracción II y en Materia Penal el artículo 71 ambos de la citada ley faculta a los jueces para privar de la patria potestad en los casos que la ley penal lo dispone.

Al respecto, bastaría decir que se configura la causal en comentario cuando exista sentencia donde se condene expresamente la pérdida de la patria potestad, ¿pero en que casos se dicta tal sentencia?

Lo anterior implica que se señalen los casos donde la Ley prevé de manera expresa la imposición de esta sanción, es decir la pérdida de la patria potestad.

Por lo que hace al Código Penal vigente, vemos que el legislador utiliza distintos términos para referirse a la sanción que nos ocupa: "privándolo además de la patria potestad", "privación en el ejercicio de aquellos derechos", "privación de los derechos de familia", "perderán por sólo ese hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito", "se privará de los derechos de la patria potestad", y "privando al reo de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad sobre todos sus ascendientes".

Dentro de las consideraciones anteriores el Código Penal del D.F. vigente, contempla la sanción pérdida de la patria potestad en la comisión de los siguientes delitos:

1.-*Corrupción de menores*, cuando el delincuente sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor, independiente-mente de la sanción señalada para ese delito, se privará al reo de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad sobre todos sus descendientes. (artículo 203 del Código Penal vigente).

2.-*Violación*, además de la pena de prisión aumentada que corresponde a este delito, para el caso de que el sujeto activo sea ascendiente del sujeto pasivo, perderá la patria potestad si la estuviera ejerciendo. (artículo 266 Bis del Código Penal vigente).

3.-*Lesiones*, "al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez *podrá* imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos" (artículo 295 del Código Penal vigente), en este delito se observa que el Juez Penal cuenta con facultades discrecionales para imponer como sanción la pérdida de la patria potestad.

4.-Dentro de la denominación general de "Abandono de Personas" el delito previsto por el artículo 335 del Código Penal que en lo conducente señala "Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse asimismo. . . teniendo la obligación de cuidarlo se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además de la patria potestad . . . si el delincuente fuere ascendiente. . ."

5.-Abandono de hijos.- el artículo 336 del Código Penal vigente señala que "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos . . . sin recursos para atender 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".

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 337 del Código Penal vigente, "El delito de abandono de hijos, se perseguirá de oficio y, cuando proceda, el Ministerio Público promoverá la designación de tutor especial que represente a las víctimas del delito, ante el juez de la causa, quien tendrá facultades para designarlo. Tratándose del delito de abandono de hijos, se declarará extinguida la

acción penal, oyendo previamente la autoridad judicial, al representante de los menores, cuando el procesado cubra los alimentos vencidos, y otorgue garantía suficiente a juicio del juez para la subsistencia de los hijos."

El autor Ignacio Villalobos, en su obra de Derecho Penal nos comenta que:

" La Ley Sobre Relaciones Familiares de fecha 12 de abril de 1917, que en su artículo 74 reprimía con prisión de dos meses a dos años al esposo que abandonase a su esposa y a sus hijos sin motivo justificado, dejando aquélla o a éstos o a ambos en circunstancias aflictivas; el mismo precepto creaba una especial causa de extinción de la acción penal y de la pena en el caso de que el esposo pagase toda las cantidades que dejó de ministrar y diese fianza para lo sucesivo. El único sujeto activo posible del delito era el esposo; las víctimas podían ser o la esposa o los hijos, pero como, tratándose de estos últimos el abandono debía ser causado por el esposo como sujeto activo, resultaba que sólo gozaban de protección legal los hijos nacidos de matrimonio, es decir, los legítimos. El imprevisto desamparo de los hijos naturales representaba una contradicción con el espíritu de la ley que tendía a equipararlos con los legítimos. Además, el cónyuge varón era el único reprimido por el incumplimiento de sus obligaciones familiares, siendo así que la mujer tenía y tiene obligación subsidiaria alimenticia; esta nueva contradicción no se compadecía con las consideraciones preliminares de la ley: "Los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre la base de igualdad entre éstos. " (37)

(37) VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México. 1960, p. 213.

6.-Exposición de menores.- artículo 343 del Código Penal vigente "Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos a un niño que éste bajo su potestad, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito".

Como este delito presupone la entrega del niño en una casa de expósitos, excluyendo la posibilidad de daño corporal que pudiera sufrir un menor, en el caso de ser abandonado en la vía pública o en cualquier otro lugar ya que en esas Instituciones de Beneficencia con las reservas del caso, los menores así expuestos, reciban ayuda inmediata.

7.-El artículo 366 Bis. del Código Penal vigente establece que se privará de los derechos de la patria potestad, al ascendiente que consienta que otra persona entregue a un tercero para su custodia definitiva a un menor que se encuentre bajo su potestad, ya sea con o sin beneficio económico.

En estas hipótesis, la sanción consistente en la pérdida de la patria potestad se impondrá mediante -

sentencia formal dictada en el proceso correspondiente. Al condenarse textualmente a la "pérdida" de la patria potestad, esta no esta sujeta a cumplimiento por el simple transcurso del tiempo, toda vez que, si bien es cierto que estamos frente a una medida de seguridad (término legal genérico que recibe) la pérdida de la patria potestad, no es susceptible de cumplirse conforme a la regla prevista por el artículo 116 del Código Penal vigente "la pena y la medida de seguridad se extinguen, con todo sus efectos, por cumplimiento de aquéllas . . ." misma suerte corren otras medidas de seguridad previstas por el artículo 24 del Código Penal vigente.

Cabe señalar que el Código Penal no señala que la "privación de derechos" sea una pérdida permanente, además pese a que el artículo 24 punto 12 del Código Penal se refiere a "suspensión o privación de derechos", sólo regula la suspensión de derechos que resulta por ministerio de ley, como consecuencia necesaria de otra sanción y la que por sentencia formal se impone como sanción y no así lo relativo a la "pérdida de derechos".

Luego entonces, si por cumplimiento de la pena no es susceptible de extinguirse esta sanción habría que atender a

otros medios extintivos de la pena y el Código Penal bajo el rubro de Extinción de la responsabilidad penal contempla a la "rehabilitación" como un medio de extinción de las penas. Al respecto, GARCIA RAMIREZ señala que " La rehabilitación ,otro medio extintivo de la responsabilidad penal, entroncado con la pena de suspensión o privación de derechos, produce la reintegración del condenado en el goce y ejercicio de éstos ". (38)

Así el artículo 99 del Código Penal vigente establece que "La rehabilitación tiene por objeto reintegrar al condenado en los derechos civiles, políticos o de familia que había perdido en virtud de sentencia dictada en un proceso o en cuyo ejercicio estuviere suspenso".

Lo que evidentemente implica que la sanción consistente en la privación de la patria potestad es susceptible de extinguirse por rehabilitación, y por ende reintegrar al condenado los derechos de familia que había perdido. Conviene tener presente que la rehabilitación "es concedida" y en esa virtud, la autoridad jurisdiccional

(38) GARCIA RAMIREZ, Sergio, Derecho Penal, U.N.A.M., México, 1983, p. 60.

tendrá la posibilidad de concederla sólo en los casos que a su juicio proceda, más no así para los casos en que la conducta sancionada de quién ejercía la patria potestad sea considerada sumamente grave; la concesión en este caso será potestativa y no imperativa, pero siempre en interés del menor.

**II.2 Pérdida de la patria potestad cuando el que la -
ejerce es condenado dos o más veces por delitos
graves.**

La segunda hipótesis de pérdida de la patria potestad a que se refiere la fracción I del artículo 444 del Código Civil vigente, es la consistente en que perderá la patria potestad la persona que ejerciéndola cometa dos o más delitos graves.

Al respecto, el Código Penal no distingue a los delitos por su gravedad, ya que sólo se ocupa de los delitos en general, por su duración (Instantáneo, Permanente o continuo y Continuado) y por el elemento interno o culpabilidad (Dolosos y Culposos).

En aproximación, diríamos que no es determinante la omisión en la clasificación de los delitos que contempla el Código Penal para comprender que la norma en comento hace mención a un tipo de "reincidencia" sin sujetarse a las reglas del transcurso del tiempo entre la comisión de un delito y otro, y a la "habitualidad" en la comisión de delitos del mismo genero, que propiamente armoniza con lo dispuesto por el artículo 423 de la legislación civil que -

señala que quien ejerza la patria potestad tiene el deber de observar una conducta que sirva a sus descendientes de buen ejemplo.

Lo que evidentemente no sucede cuando la persona que ejerce la patria potestad, comete más de un delito que sea culposo ya que invariablemente con ello afectará al grupo familiar, amén de que por otra parte, se observa la flexibilidad para el caso en que sólo se llegará a cometer un delito.

II. 3. Pérdida de la patria potestad en los casos de divorcio.

De conformidad con lo previsto por la fracción II del artículo 444 del Código Civil vigente, "la patria potestad se pierde: En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283".

A su vez el artículo 283 del Código Civil vigente, señala que "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 legalmente tenga derecho a ello, en su caso o de designar tutor.

La sanción consistente en la pérdida de la patria potestad, sólo será aplicable en algunas causas de *divorcio necesario* ya que tal situación no podrá aplicarse a los padres de un menor, cuando no están casados, ya que si viven juntos y sobreviniere la separación acordarán ellos

mismos sobre la guarda y custodia de sus vástagos y sólo en el caso de no llegar a un acuerdo, el juez designará quién de los dos continuará ejerciendo la patria potestad, sin que ello implique la pérdida de tal derecho (artículo 417 Código Civil vigente). y en el caso que se opte por el *divorcio por mutuo consentimiento* sucederá lo mismo ya que en este último las verdaderas causas del rompimiento de la unión conyugal permanecen ocultas al no ser materia de la litis planteada consecuentemente no sobrevendrá sanción alguna que prive de la patria potestad a estos padres, ya que sólo están obligados a presentar convenio fijando entre otros puntos la "designación de persona a quién sean confiados los hijos del matrimonio tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio" artículo 273 fracción I del Código Civil vigente.

Sin embargo no sucede así cuando nos enfrentamos a un caso de divorcio necesario, basado en las causales que para tal efecto contempla el artículo 267 del Código Civil vigente, donde se habla de cónyuge culpable pudiendo en determinado momento ser "los dos" y de cónyuge inocente.

Así las cosas, vemos que de las dieciocho causas de

divorcio enumeradas en el artículo antes citado no todas darían lugar a que el Juez de lo familiar en ejercicio de "amplias facultades" sentenciará la pérdida de la patria potestad, conviene por tanto excluir las contenidas en las fracciones XVII (*mutuo consentimiento*), XVIII (*la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo*) por que en ninguna de ellas se apreciarán los verdaderos motivos que originan la destrucción del matrimonio.

De igual manera, se excluyen las contenidas en las fracciones VII (*Padecer enajenación mental incurable*) y X (*Declaración de Ausencia*) que como se ha visto son materia de SUSPENSION y no de PRIVACION de la patria potestad.

También procede excluir la contenida en la fracción II (*Dar a luz a un hijo ilegítimo*) por que al acreditarse judicialmente ese hecho sólo operaría como causa de divorcio más no en lo concerniente a la patria potestad, ya que por principio quedó probado que el cónyuge varón no era el padre del menor y que obviamente si se trata del primero no existirían mas hijos, en consecuencia la madre divorciada será la que este obligada a ejercer la patria

potestad de su hijo siendo absurdo que el juez de lo familiar aplicara la sanción que nos ocupa.

Por último la conferida en la fracción VI (*Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea además, contagiosa o hereditaria y la impotencia que sobrevenga después de celebrado el matrimonio*) que podría dar lugar a conceder la custodia de los hijos menores al cónyuge sano y limitar en el conjunto de derechos que otorga la patria potestad al cónyuge enfermo, para evitar que los hijos puedan ser contagiados. Esto invariablemente para el caso de enfermedades contagiosas, pero ¿Que decir de la impotencia que sobreviene después del matrimonio? perderá por ese sólo hecho la patria potestad el padre sobre sus hijos; pensamos que no, ya que esta situación en nada impide que el padre se pudiera quedar con la custodia de sus hijos máxime si el otro cónyuge estuviera de acuerdo.

Y sólo consideramos que el ejercicio de las facultades discrecionales que la ley en vigor concede a los jueces familiares en el artículo 283 del Código Civil relativa a la pérdida de la patria potestad, en los casos de divorcio

necesario, quedará sujeto al prudente arbitrio pues el juzgador debe estudiar la conveniencia o inconveniencia de la medida, velando por el interés del menor, por ende el juez de lo familiar tiene la encomienda legal de resolver discrecionalmente las medidas para proteger a los menores.

Máxime que nuestro Código Civil vigente, abandona el sistema que seguía el Código anterior, relativo a las reglas para fijar la situación de los hijos en casos de divorcio, que en su artículo 283 privaba al cónyuge culpable (pudiendo ser ambos) de la patria potestad sobre los hijos y se la concedía al cónyuge inocente, o en su caso al ascendiente que correspondiera, y a falta de éste último, nombramiento de tutor.

De lo expuesto, el juzgador deberá tomar en cuenta la gravedad de la causa de divorcio como lo podrían ser el caso de ciertos delitos, hechos inmorales para privar de la patria potestad y ante las otras causales que no fueran tan graves resolver sólo sobre la custodia y cuidado de los hijos, ya que la ley lo faculta de manera especial para ello.

En aproximación pudiera ser: la contenida en la fracción V del artículo 267 del Código Civil vigente, relativa a la corrupción de los hijos "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", en relación con la aclaración prevista en el artículo 270 del mismo ordenamiento legal "...corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos ya de uno de ellos..." toda vez que son actos directamente encaminados a dañar a los hijos que producen su perversión o su depravación.

La contenida en la fracción III del artículo 267 del Código Civil vigente "La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer" ya que es indiscutible que en este caso, los hijos estén en peligro de que el padre pretenda prostituirlos.

III.4. Pérdida de la patria potestad cuando por costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono de deberes se comprometa, la salud, seguridad o moralidad de los hijos.

El trato suave, agradable de los padres y el respeto y la sumisión del hijo, propician la armonía que debe imperar en la vida doméstica, además de que uno de los más sagrados deberes que la religión, la moral, la naturaleza y la misma ley nos imponen, es el dar a los niños que nos pertenecen una educación que les abra y allane el camino de su felicidad, y los haga al mismo tiempo útiles a su familia y a la sociedad, Nuestra educación se refleja siempre en la educación de los niños que dirigimos; así es que cuando éstos observan una conducta desarreglada muy probablemente se deba a las costumbres, trato o abandono de los propios padres.

Consecuentemente, tales fines no podrán alcanzarse si las personas responsables de ejercer la patria potestad, no asumen las obligaciones propias de esta institución protectora del menor, sino que por el contrario ello nos conllevaría a enfrentar la problemática que representan los menores en estado antisocial, por ello otra causa que nuestra legislación contempla de pérdida de la patria

potestad es la contenida en la fracción III del artículo 444 del Código Civil vigente que reza "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, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal."

Dicha norma, refleja con claridad cuáles son entre otras, las conductas que no deben asumir las personas que ejerzan la patria potestad, sancionandolas con rigor para evitar la influencia negativa y el pernicioso contagio de los menores, ya que es innegable que convivir con personas de costumbres depravadas, recibir de estas malos tratamientos o sufrir el abandono que propicia el incumplimiento de deberes compromete de manera muy importante y trascendente la salud sea esta física o mental, la seguridad y la moral de quienes no han logrado un desarrollo pleno y que están en etapas formativas del carácter con que se enfrentaran a la vida.

La apreciación de los hechos quedará única y exclusivamente al criterio del Juez de lo Familiar quien

dictará la medida con independencia de lo que pudiera acreditarse si es que existida ejercicio de la acción penal por delitos de: corrupción, lesiones y abandono de hijo.

**III.5. Pérdida de la patria potestad por la exposición
que el padre o la madre hicieron de sus hijos.**

La fracción IV del artículo 444 del Código Civil vigente, establece dos causas por las cuales la patria potestad se pierde:

- 1.- Por la exposición que el padre o la madre hicieron de sus hijos.
- 2.- Por abandonar a los hijos por más de seis meses.

A su vez el Código Penal vigente establece en su artículo 343 que "Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos un niño que este bajo su potestad, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito."

El denominador común de los distintos tipos de abandono, lo es la situación de desamparo en que se coloca a los menores, incapaces de valerse por si mismos, aun cuando existen diferencias en cuanto al grado de peligro y a las posibles consecuencias dependiendo del lugar en que sean expuestos.

La exposición de menores, representa una total abdicación de los deberes inherentes a la procreación (crianza, alimentación, y educación), que impone la ley, según definición del Diccionario Larousse por expósito "dícese del niño recién nacido abandonado en un paraje público."

"Debe entenderse por exposición el dejar a los hijos de corta edad en la puerta de un establecimiento público, de una iglesia o en la vía pública de manera que el niño se confunde y se pierde".(Machado, Exposición y comentario del Código Civil Argentino t. I pág. 914) citado en la Enciclopedia Jurídica Omeba pág. 819.

Así las cosas, vemos que en materia civil, no se distingue el lugar en que se efectue el abandono del menor, como se señala en el delito de abandono de personas previsto en el artículo 343 del Código Penal vigente "... en una casa de expósitos...", por lo cual puede ser cualquier sitio público en donde el padre y/o madre tuvieran la certeza de que su hijo iba a ser socorrido con oportunidad descontando la posibilidad de incurrir en los delitos de lesiones y homicidio en razón del parentesco

previsto en los artículos 288 y 335 del Código Penal vigente, sin embargo el lugar más adecuado lo es sin duda las casas de expósitos.

De conformidad con lo previsto por el artículo 492 del Código Civil vigente "La ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores."

Y el artículo 493 del mismo ordenamiento legal establece que "Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de estos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento."

III. 6. Pérdida de la patria potestad en el caso de abandono de los hijos por más de seis meses.

El otro supuesto de pérdida de la patria potestad que se contempla en la fracción IV del artículo 444 del Código Civil vigente es la relativa al abandono de los hijos por más de seis meses.

Es innegable que el padre o la madre que abandonan a sus hijos los coloca en un estado de necesidad poniendo en peligro la subsistencia de estos ya que no son capaces de procurarse su propio sustento, el abandono se produce cuando el menor incapaz carece de los efectos necesarios para su desarrollo normal en todos los aspectos.

De tal manera que los padres incumplen totalmente con las obligaciones que establece la patria potestad, desatendiendo a la persona y bienes del menor si los hubiera, y abandonando también la representación legal de un incapaz.

Luego entonces, por no cumplir con sus obligaciones los padres perderán la patria potestad respecto de sus

menores hijos, si este abandono excede de seis meses sea cualesquiera la causa de ello, exista o no domicilio conyugal, estén o no casados los padres.

De una manera general, por lo que se refiere a las causas de pérdida de la patria potestad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado la siguiente tesis:

"PATRIA POTESTAD PERDIDA DE LA.

La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre los padres; y consiguientemente las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya quedado probada una de ellas de modo indiscutible, se surtirá su procedencia; sin que puedan aplicarse por analogía o por mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores." (Informe 1978. núm. 108. p.71).

III. Suspensión de la patria potestad.

1.-Suspensión de la patria potestad por incapacidad declarada judicialmente.

Si la persona que se encuentra ejerciendo la patria potestad, cayera en el supuesto de incapacidad previsto en el artículo 450 fracción II del Código Civil vigente que reza:

"Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

Se le suspenderá en el ejercicio de la patria potestad de conformidad con lo previsto por el artículo 447 fracción I del mismo ordenamiento legal" La patria potestad se suspende : I.-Por incapacidad declarada judicialmente;".

En consecuencia, "Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponde conforme a la ley, y no habiéndolos, se les proveerá de tutor" (artículo 465 del Código Civil vigente).

La persona que ejerce la patria potestad debe contar con plena capacidad jurídica, ya que a su vez es legítima representante de los que estén bajo de ella, de tal suerte que, si no fuese así porque se haya en estado de demencia o interdicción será incapaz de cumplir con el objeto de la patria potestad, lo cual hace necesario que a ella misma se le nombre un tutor que la represente.

Previamente a la solicitud de la suspensión de la patria potestad que nos ocupa, deberá solicitarse la declaración de incapacidad por causa de demencia por quienes estén facultados para ello.

Conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles en vigor, la declaración de estado de minoridad o demencia puede pedirse:

1o.-Por el propio menor si ha cumplido los dieciséis años.

2o.-Por su cónyuge.

3o.-Por los presuntos herederos legítimos.

4o.-Por el albacea.

5o.-Por el Ministerio Público.

Nuestra legislación contempla dos procedimientos para la declaración de incapacidad por causa de demencia, los referidos en los artículos 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles.

El primer procedimiento puede concluir si el tutor interino nombrado por el Juez y el Ministerio Público estuvieron conformes con el solicitante de la interdicción, respecto de la resolución que se apoye en los dictámenes médicos para declarar o negar la interdicción; en caso contrario, es decir si hubiere oposición de parte daría lugar a substanciar el segundo procedimiento relativo al

juicio ordinario, con la intervención del Ministerio Público.

Si a la demanda de interdicción se acompaña certificado de medico alienista, informe fidedigno de la persona que lo auxilia o cualquier otro medio de convicción el Juez ordenará :

- 1.-Medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado.
- 2.-Ordenará a la persona que auxilia al señalado como incapaz lo ponga a disposición de los médicos alienistas en un plazo de 72 hrs.para que se le practique un examen , estos médicos serán nombrados por el Juez y el examen será en su presencia.
- 3.-Ordenará que el afectado sea oído personalmente o representado durante este procedimiento.
- 4.-Ordenará que la persona bajo de cuya guarda se -

haya el incapaz se abstenga de disponer de los bienes del incapacitado.

Para el caso de que resultara comprobada la incapacidad o hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide el Juez proveerá la medida citada en el inciso c) de la fracción III del artículo 904 del Código Civil vigente que dice "c).-Proveer legalmente de la patria potestad... de las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado..." siendo en este momento donde de manera provisional se declara la suspensión de la patria potestad concediéndosele a la persona o personas que conforme a la ley les corresponda.

Cabe aclarar que se trata de una medida provisional y no definitiva ya que para que la suspensión de la patria potestad opere de manera firme se requiere que la sentencia que se dicte en cualquiera de los procedimientos (el previsto en el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles) o el previsto para el Juicio Ordinario, cause ejecutoria y con las copias certificadas de la misma se acuda ante el Juez de lo Familiar a solicitar se inicie el procedimiento de suspensión de la patria potestad conce---

diendo el ejercicio a otro ascendiente o en su defecto se nombre tutor , en la inteligencia de que si cesa el estado de interdicción cesará la suspensión en el ejercicio de la patria potestad. Asimismo las demás incapacidades contempladas en la fracción II del artículo 450 del Código Civil vigente "...padecer alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial..." siempre y cuando "...no puedan gobernarse y obligarse por si mismos o manifestar su voluntad por algún medio" darian lugar a la suspensión de la patria potestad.

III.2. Suspensión de la patria potestad por ausencia declarada en forma.

Al igual que la suspensión por incapacidad declarada judicialmente, ésta no tiene el carácter de sanción y también es susceptible de que cese con el regreso del ausente

Al respecto los Enciclopedistas de la Omeba, nos indican que:

" La suspensión del ejercicio de la patria potestad no siempre se aplica por vía de sanción --- sino también ante la imposibilidad de llevarse a cabo. Ausencia del padre, ignorándose su paradero. la ley sólo habla de paradero, no de existencia ... No se trata aquí de la ausencia con --- presunción de muerte que daría lugar a la extinción de la patria potestad sino de un simple --- alejamiento que hace imposible el ejercicio de las facultades y deberes paternos. Por lo tanto la suspensión dura sólo el tiempo de la ausencia, pudiendo el padre reasumir sus derechos en caso de aparecer." (39)

(39). ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XXI, ob. cit., pág. 621.

Esta causal de suspensión de la patria potestad, se encuentra prevista en la fracción II del artículo 447 del Código Civil vigente:

" La patria potestad se suspende:

II.-Por ausencia declarada en forma ..."

En la especie, la ausencia hace materialmente imposible el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad y deja en estado de desprotección a los menores que se encuentran bajo de ella, procediéndose en consecuencia a suspender en el ejercicio al ascendiente que la detente si ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de su paradero, aun cuando tuviera apoderado, toda vez que al ser la patria potestad un derecho personalísimo no se puede delegar en cualquier otra persona.

En el caso de que una persona haya desaparecido de su domicilio (el lugar donde reside) ignorándose el lugar en donde se encuentre y quien lo represente el Juez de lo Familiar a petición de parte o de oficio:

1.- Nombrará depositario de sus bienes.

2.-La mandará citar por edictos (publicados en los principales periódicos de su último domicilio).

3.-Le señalara un plazo para que se presente(no menor a 3 meses ni mayor a 6).

4.-Dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes (art.649 del Código Civil)

Asimismo, el Juez como medida provisional suspenderá el ejercicio de la patria potestad que tenia el ausente, recayendo esta en los demás ascendientes que deban ejercerla; Para el caso de que no existan tales ascendientes el artículo 651 del Código Civil vigente señala que " Si el ascendiente tiene hijos menores, que estén bajo su patria potestad, y no hay ascendiente que deba ejercerla conforme a la ley, ni tutor testamentario, ni legitimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor en los términos prevenidos en los artículos 496 y 497 del Código Civil vigente (Tutela Dativa la que tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni tutor legitimo).

Los términos que tendrán que cumplirse para que se pueda solicitar la declaración de ausencia serán:

1.-El que corresponde a la cita por edictos para --
que se presente no menor a 3 meses ni mayor a 6.

2.-Transcurrido este término se nombrará represen-
tante y desde esta fecha tendrán que transcurrir
dos años (art.669 del Código Civil vigente).

El artículo 673 del Código Civil vigente señala que
personas podran pedir la declaración de ausencia .

"I.-Los presuntos herederos legítimos del ausente.

II.-Los herederos instituidos en testamento abierto

III.-Los que tengan algún derecho u obligación que--
dependa de la vida, muerte o presencia del ---
ausente y,

IV.-El Ministerio Público.

Al encontrar fundada la demanda en la que se
solicita la declaración de ausencia esta se publicará de
acuerdo a lo previsto por el artículo 674 del Código Civil
vigente que dice "...durante tres meses, con intervalos de
15 días en el periódico oficial que corresponda, y en los
principales del último domicilio del ausente..."

El Juez declarará en forma la ausencia después de transcurrido cuatro meses desde la última publicación si no hubiere noticias del ausente ni oposición de algún interesado (art.675 del Código Civil vigente).

Finalmente con las copias certificadas de la sentencia ejecutoriada se solicitara se inicie el procedimiento de la suspensión de la patria potestad, designandose en ese procedimiento a la persona que conforme a derecho deba de ejercerla durante el tiempo que dure la suspensión.

III.3. Suspensión de la patria potestad por sentencia condenatoria.

La causal de suspensión de la patria potestad que nos corresponde comentar es la contenida en la fracción III del artículo 447 del Código Civil vigente que reza: "La patria potestad se suspende por sentencia condenatoria que imponga como pena esa sanción".

Las personas que ejercen la patria potestad, pueden en un determinado momento manifestar una conducta contraria a la que por obligación deben guardar, cuando en ellos esta depositada la más alta de las responsabilidades que implica la procreación, tal obligación se encuentra expresamente señalada en el artículo 423 del Código Civil vigente que reza "...los que ejercen la patria potestad o los que tengan un hijo bajo su custodia, tienen... la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo". Consecuentemente su incumplimiento deriva en una sanción.

Lo anterior, nos permite apreciar con mayor claridad que en el presente caso nos encontramos frente a una sanción especial del Derecho como se apunta en la doctrina y que consiste en castigar temporalmente con la suspensión en el

ejercicio de la patria potestad a quien con su conducta afecte los intereses de los menores.

Corresponde a los Jueces de lo Familiar y Penal, imponer mediante sentencia condenatoria la sanción en comentario, es decir la suspensión de la patria potestad.

En materia Civil dentro del procedimiento especial para substanciar las Controversias del Orden Familiar, regulado en los artículos 940 al 956 del Código de Procedimientos Civiles, vemos que el juzgador (Juez de lo Familiar) esta dotado de amplias facultades que lo facultan a obrar discrecionalmente y aún de oficio en beneficio de los menores, aplicando las medidas que estime adecuadas a cada caso concreto.

En efecto, el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles, señala que "El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros". incluyendo la

suspensión de la patria potestad cuando a su juicio estime conveniente imponer esa medida velando siempre por el interés del menor.

Por su parte, tratándose de divorcio necesario el artículo 283 del Código Civil vigente, otorga al Juez de lo Familiar "...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 para ello...".

De tal suerte que, si ejerciendo dichas facultades (discrecionales) el Juez de lo Familiar estima que en el caso concreto que se le plantea debe aplicar como medida la suspensión temporal en el ejercicio de la patria potestad lo hará mediante sentencia fundada según sea el caso en los artículos 283 del Código Civil vigente o 941 del Código de Procedimientos Civiles, notándose que en ambos casos es facultad discrecional del juzgador dictar sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión, siendo esta susceptible de reanudarse cuando cambien las circuns--

tancias que la motivaron.

Por otra parte, en el punto 12 del artículo 24 del Código Penal para el D.F. vigente, encontramos que los Jueces Penales podrán aplicar como medida de seguridad a personas responsables de la comisión de un delito, la suspensión o privación de derechos.

Castellanos Tena, en su obra de Derecho Penal nos explica que:

" Reina la confusión entre los especialistas sobre lo que es propiamente una pena y una medida de seguridad; a ambas generalmente se les designa bajo la denominación común de sanciones. El Código del Distrito y casi todos los de la República, a veces emplean, sin embargo, los vocablos pena y sanción como sinónimos. La distinción radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y, en cierta forma, de retribución las medidas de seguridad, sin carácter aflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos. Propiamente deben considerarse como penas la prisión y la multa, y medidas de seguridad los demás medios de que se vale el Estado, para sancionar". (40)

(40) CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales, de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., México 1974, p. 309.

A su vez el artículo 45 del Código Penal citado, establece que la suspensión de derechos es de dos clases.

I.-La que por Ministerio de la ley resulta de una sanción como consecuencia necesaria de ésta, en este caso la suspensión comenzará y concluirá con la sanción de que es consecuencia.

II.-La que por sentencia formal se impone como sanción, en este caso si la suspensión se impone con otra -- sanción privativa de libertad, comenzará al terminar ésta y su duración será la señalada en la sentencia.

Del examen del Código Penal encontramos que el Juez Penal podrá suspender en el ejercicio de la patria potestad a las personas que cometan los delitos contemplados en los artículos:

Artículo 295 del Código Penal del Distrito Federal "Al que ejerciendo la patria potestad.... infiera lesiones a los menores.... bajo su guarda, el juez podrá imponerle,

además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos.

Lo anterior, guarda relación con la supresión de la facultad de castigar que otorgaba anteriormente el Código Civil en el ejercicio de la patria potestad (artículo 423), luego entonces las lesiones que los padres o abuelos infieran a sus hijos o nietos ya no corresponderán al ejercicio de un derecho.

Otro supuesto es el contemplado en el artículo 376 del Código Penal vigente que reza "En todo caso de robo, el juez si lo creyere justo podrá suspender al delincuente de un mes a seis años, en los derechos de patria potestad...."

Como vemos en ambos delitos, la ley otorga al juez facultades discrecionales, para que independientemente de las penas de prisión y multas que correspondan imponga como medida de seguridad la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, toda vez que, el texto de los aludidos artículos expresa "podrá" ; "si lo creyere justo".

Al ser la suspensión de la patria potestad como ya se ha mencionado una sanción de carácter temporal susceptible de reanudación, el artículo 116 del Código Penal vigente prevé que "La pena y la medida de seguridad se extinguen con todos sus efectos, por cumplimiento de aquéllas o de las sanciones por las que hubieren sido sustituidas o conmutadas".

Al respecto Castellanos Tena señala que "dentro de los diversos medios de extinción de la pena, se encuentra sin lugar a dudas el cumplimiento de la pena señalada, donde el Estado carece ya de derecho alguno sobre el particular". (41)

(41) CASTELLANOS TENA, Fernando, ob. cit., p. 321.

CAPITULO CUARTO.

Necesidad de contemplar en el Código Civil la posibilidad de recuperar la patria potestad, cuando uno de los ascendientes ha sido condenado a la pérdida.

I.- La Recuperación de la Patria Potestad en el Derecho Extranjero.

Dentro del Derecho Extranjero, encontramos diversos ordenamientos civiles que admiten expresamente la posibilidad de recuperar la patria potestad facultando al juez a modificar la decisión que hubiere tomado de privar de la patria potestad a los titulares de dicha institución, cuando con razón se estime que aparecen nuevas circunstancias que la justifiquen o que han cesado las causas que la motivaron, ello siempre en beneficio e interés del menor no emancipado.

En este aspecto encontramos que la materia de patria potestad no se considera como definitiva, los Códigos que se mencionan coinciden al contemplar la recuperación tomando en cuenta: a).- Que la facultad del juez es discrecional (podrá); b).- El beneficio e interés de los menores; c).- Un cambio en las circunstancias que motivaron la sanción.

Así, tenemos que en el Derecho Suizo se considera:
"que las resoluciones que se dicten al efecto de la patria potestad son modificables por que pueden cambiar las circunstancias que habian impuesto una determinada medida",
"puede también el juez suizo, conforme al artículo 157, modificar las providencias que hubiere, tomado en cuenta que aparecen nuevas circunstancias... por ejemplo, la muerte de uno de los padres, su ausencia, su enajenación mental, el hecho de que posteriormente por su conducta inmoral o delictuosa, o por vicios que hubiere adquirido, constituya un peligro para la moralidad de sus hijos" (42)

En el Derecho Argentino.

Artículo 308.- "La privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efectos por el juez si los padres demostraran que por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos.

Código Civil de la República Argentina, Editorial Abeledo, Perrot, Buenos Aires Argentina.

(42) ROJINA VILLEGAS, ob. cit. p. 550

En la legislación Española.

Artículo 170.- "El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivo la privación."

Capítulo IV De la extinción de la patria potestad.
a. 137. Código Civil, Libro Primero, 24 de julio de 1989.

Código Civil Español, Editorial Tecnos, S.A. 1991.
España.

En la legislación Soviética encontramos:

Artículo 19.- "Privación de la patria potestad....
El restablecimiento de la patria potestad se autoriza cuando lo exigen los intereses de los hijos y éstos no han sido adoptados.

La privación y el restablecimiento de la patria potestad sólo se efectúa por vía judicial..."

Leyes y Reglamentos Fundamentales de la URSS.
Editorial Progreso, 1983, p.220-221.

II.- La recuperación de la patria potestad conforme al texto anterior del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal.

Texto del artículo 283 del Código Civil (anterior a la reforma del 27 de diciembre de 1983).

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

Primera.- Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las siguientes fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará tutor.

Segunda.- Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se le nombrará tutor.

Tercera.- En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano; pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos".

De la simple lectura al texto anterior del artículo 283 del Código Civil encontramos que sólo en algunas causales de divorcio necesario, el cónyuge que resultara culpable podía recuperar la patria potestad a la muerte del cónyuge inocente, al respecto cabe hacer notar que para el caso de que ambos cónyuges hubieran resultado culpables estaríamos hablando de suspensión y no propiamente de pérdida de la patria potestad, y que a la muerte de alguno de los suspendidos cesaría dicha suspensión; Siendo estas las contenidas en las fracciones IX a XIV del artículo 267 del Código citado.

1.- 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.

2.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia.

3.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro.

4.- 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 166.

5.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

6.- 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.

Así, podemos observar que la recuperación de la patria potestad se encontraba expresamente señalada en la ley, al establecer que el cónyuge culpable de haber incurrido en alguna de las causales ya citadas, podía recuperar la patria potestad perdida a la muerte del cónyuge inocente, situación que proporcionaba certidumbre jurídica ya que el artículo en comentario, no tan sólo especificaba las causales de divorcio en que se surtían los supuestos de la pérdida de la patria potestad, sino que establecía la causa y el momento para su recuperación, es decir, por la muerte del cónyuge inocente, y el momento, en el que esta acaeciera.

Al respecto, considero que si bien es cierto que existía certeza al estar contemplada expresamente la recuperación de la patria potestad, no es menos cierto que la restitución procedía en razón de la aplicación estricta de la norma, sin considerar aspectos tan importantes como los que se desprenden de la reforma que sufriera este artículo, como el hecho de no seguir una regla tanto para fijar la situación de los hijos como para la recuperación de la patria potestad; sino por el contrario, dotar al juez de lo Familiar de "amplios poderes discrecionales" que aplicados a la conveniencia de la recuperación toma en consideración, el posible cambio de circunstancias que motivaron la aplicación de la sanción y primordialmente "el beneficio que esta modificación le pudiese traer al menor".

Texto del artículo 283 del Código Civil vigente.

"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 necesarios para ello, El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor**".

III. Necesidad de que se regule expresamente la recuperación de la patria potestad en el Código Civil vigente.

La necesidad que se plantea en el sentido de regular expresamente la recuperación de la patria potestad en el Código Civil vigente, obedece a que existe certidumbre al respecto, máxime que como se ve la misma si es recuperable, atento a las consideraciones siguientes:

Por principio de cuentas, diremos que el Código Civil vigente no señala textualmente que no sea susceptible de recuperarse la patria potestad, cuando se ha sido condenado a la pérdida de tal derecho.

Así las cosas, tenemos que el artículo 94 del Código de Procedimiento Civiles establece que "...Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente".

A su vez el párrafo primero del artículo 941 del

Código de Procedimientos Civiles vigente, señala que: "El juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afectan a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros..."

Ahora bien, la interpretación sistemática de los preceptos que anteceden, ambos del Código de Procedimientos Civiles nos permite afirmar que la patria potestad si es recuperable, así lo ha sostenido la resolución pronunciada por el Juez Sexto de Distrito del Distrito Federal en Materia Civil, Lic. José Librado Fuente Chávez en el juicio de Amparo número 494/93.

"En efecto y, del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles, aparece que la pérdida de la patria potestad decretada judicialmente, si puede ser modificada, ya que el juez con los amplios poderes discrecionales que le concede la ley para intervenir en los asuntos que afectan a la familia, especialmente tratándose de menores, como en el caso concreto, ya que la patria potestad es un lazo que une al menor incapacitado con sus padres o parientes próximos, generando deberes y derechos que se ejercen en beneficio de

aquél, ya que al determinar la pérdida de la patria potestad, considerando que no es recuperable, está privándose al menor de posibles beneficios derivados de esta situación jurídica, no solamente económicos, sino psicológicos, morales y sociales, pues es necesaria la figura paterna y materna para el sano desarrollo psíquico del menor; máxime que entre las facultades, vinculadas con la familia, se encuentra, la de conceder de nuevo al menor, el goce de los derechos y la protección que le dispensa el ejercicio de la patria potestad, **cuando haya cambio de las circunstancias que motivaron la pérdida**, sobre todo si los padres juntos solicitaron el restablecimiento del poder paterno; ..."

En el mismo sentido se pronuncia *Manuel Bejarano Y Sanchez* al expresar "En la materia familiar, donde se ha concedido al juez amplios poderes discrecionales para proveer a la defensa de los menores y de la familia en general, no puede afirmarse que una pérdida de la patria potestad decretada judicialmente sea irreversible. La patria potestad es una situación jurídica que une al menor incapacitado con sus padres o parientes próximos, y genera deberes y derechos que se ejercen en beneficio de aquél. Cuando se determina la pérdida de la patria potestad, no

sólo se está sancionando al ascendiente condenado, sino que se está privando al menor de posibles beneficios derivados de esa situación jurídica. Tales ventajas son psicológicas, morales y sociales. La necesidad de la figura paterna y materna para el sano desarrollo psíquico del menor y el apoyo que ambos le prestan ante la sociedad, son indispensables. Por consiguiente, el Juez Familiar debe ponderar cuidadosamente las resoluciones atinentes a la patria potestad, para no mutilar los derechos de los incapacitados por el propósito de sancionar al titular culpable. *Pero de igual manera debe mantenerse abierta la posibilidad de revocar la sanción cuando el cambio de las circunstancias que la motivaron aconseje tal medida en beneficio del menor, pues la ley atribuyó al Juez de lo Familiar en el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles, amplia facultad discrecional para proveer las medidas que convengan a la familia, y conceder de nuevo al menor, el goce de los derechos de protección que le dispensa el ejercicio de la patria potestad" (43)*

(43) BEJARANO Y SANCHEZ, Manuel, La Controversia del Orden Familiar Tesis Discrepantes, Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 1994, pp.69-70.

Salvando las distancias entre el sustentante y el Legislador se propone como texto de ley el siguiente:

"El Juez de lo Familiar podrá en beneficio e interés de los menores de edad no emancipados, restituir a los padres el ejercicio de la patria potestad, cuando el cambio en las circunstancias que motivaron su pérdida, aconseje tal medida".

Con lo que se salvaguardan aquellos casos en donde las causas son de tal gravedad que no es aconsejable otorgar su recuperación, por que no podría reportarle a los menores ningún beneficio psíquico o moral, siendo estos los contenidos en las fracciones III y V del artículo 267 del Código Civil vigente (propuesta del marido para prostituir a la mujer y corrupción de hijos)

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Se define la patria potestad como " El conjunto de derechos y obligaciones que la ley contempla para proteger a los menores de edad no emancipados, en su persona y bienes, cuyo ejercicio temporal, intransferible, irrenunciable por acto voluntario y cumplimiento obligatorio corresponde a los padres y en su defecto a los abuelos."

SEGUNDA.- El ejercicio pleno de la institución patria potestad tiene como base el hecho de que los progenitores vivan juntos, lo que se da por hecho en el matrimonio, pero también suele darse fuera de él, es decir, cuando los progenitores viven juntos sin haber contraído matrimonio civil (hacer vida en común).

TERCERA.- Es preferible analizar la Institución Patria Potestad por sus efectos toda vez que unas características son de tipo subjetivo y otras son materiales o de contenido económico.

CUARTA.- Opino que es acertado que nuestra legislación otorgue derecho sin preferencia a los abuelos maternos o paternos a ejercer la patria potestad, en virtud de que los sentimientos naturales en que descansa tal derecho se encuentran más arraigados en estas personas convirtiéndolas en idóneas para cumplir esta misión, amén de contar con una madurez benéfica para los fines que se persiguen.

QUINTA.- Considero que la excusa del único ascendiente que sobreviva de los obligados a suplir a los padres, "extingue" la patria potestad toda vez que la excusa se traduce a que en caso de que no exista ascendiente en quien pudiera recaer, daría lugar a la tutela.

SEXTA.- La posibilidad jurídica de recuperar la patria potestad, se encuentra regulada en nuestra legislación como una facultad discrecional del Juez de lo Familiar en la interpretación sistemática de los artículos 94 y 941 del Código de Procedimientos Civiles, conforme lo ha sostenido la Justicia Federal.

SEPTIMA.- En razón de la certidumbre jurídica que debe existir tratándose de la recuperación de la patria potestad sugiero como texto de ley para que se adicione a la disposición respectiva del Código Civil vigente, el siguiente:

"El juez de lo Familiar podrá en beneficio e interés de los menores de edad no emancipados, restituir a los padres el ejercicio de la patria potestad cuando el cambio en las circunstancias que motivaron su pérdida, aconseje tal medida".

OCTAVA.- Por último, considero que entre las "otras circunstancias que al aparecer o cambiar, motivarian la posibilidad de recuperar la patria potestad, está sin lugar a dudas la muerte del otro cónyuge, tal y como se preveía en el artículo 283 del Código Civil, anterior a la reforma del 27 de diciembre de 1983.

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

1.- BRAVO, GONZALEZ, Agustin y BIALOSTOSKI, Sara, Compendio de Derecho Romano, Editorial Pax-México 1973, o.27.

2.- BEJARANO y SANCHEZ, Manuel, La Controversia del Orden Familiar, Tesis Discrepantes, Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 1994, p.p. 69-70

3.- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Vol. V, 12a. ed., Editorial Holiasta, Buenos Aires, Argentina, p. 118.

4.- CARBONNIER, Jean, Derecho Civil. Situaciones Familiares y Cuasifamiliares, Tomo I, Vol. II, Barcelona, Editorial Bosch, p.118.

5.- CASTAN VAZQUEZ, José Maria, La Patria Potestad, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p.338.

6.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1974, p. 309.

7.- COLIN Y CAPITANT, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Volumen I, Editorial Reus, p.18.

8.- D'ANTONIO, Daniel Hugo, Patria Potestad, Buenos Aires, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo de Palma, 1979, p.p. 57-58.

9.- DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. 2a. ed. Vol. I, México, Editorial Porrúa, 1983.

10.- DE PINA, Rafael y DE PINA VARA. Rafael, Diccionario de Derecho, México, 12a. ed., Editorial Porrúa, 1984, p. 380.

11.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, Editorial Porrúa, México, p. 308.

12.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 21a. ed.,
Madrid, Espasa-Calpe, 1992, p. 558.

13.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomos XI, XXI,
Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, Ancafo, S.A.,
1975, p. 794.

14.- FUSTEL DE COULANGES, Numa D., La Ciudad
Antigua, Colección Atenea, Editorial Nueva España, México
1944, p.p. 433 a 435.

15.- GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil,
Editorial Porrúa, México, 1985, p. 668.

16.- GARCIA RAMIREZ, Sergio, Derecho Penal,
U.N.A.M., México, 1983, p. 60.

17.- LACRUZ BERDEJO, José Luis, Derecho de
Familia, Tomo IV, Barcelona, Editorial, Bosch, 1984, p.852.

18.- LEMUS GARCIA, Raúl, Derecho Romano,
Editorial Limsa, 1964, México, p. 66.

19.- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil III, Editorial Porrúa, México, p. 227.

20.- MENDIETA Y NUNEZ, Lucio, El Derecho Precolonial, 6a. ed., México, Editorial Porrúa, 1992, p.p. 99-100.

21.- MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, México, Editorial Porrúa, 1968, p. 339.

22.- PLANIOL, Marcell, Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial José M. Cajica, Puebla, Pue, p. 268.

23.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, México, Editorial Porrúa, p. 72.

24.- SANCHEZ-CORDERO, Jorge, Derecho Civil, Colección, Introducción al Derecho Mexicano, México, 1983, p. 124.

25.- SANCHEZ MEDAL, Ramón, El Divorcio Opcional, México, Editorial Porrúa, 1994, p.100.

26.- VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1960, p. 213.

27.- ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil, 2a. ed., Tomos I y II, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1993, p. 644.

LEGISLACION.

1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917, México, Editorial Porrúa, 96 a. edición, 1992.

2.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1928, México, Editorial Sista, 1994.

3.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1931, México, Editorial Castillo Ruiz, 3 a.edición, 1988.

4.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 9 DE ABRIL DE 1917, México, Ediciones Andrade, Tercera edición, 1980.

5.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN
MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA
FEDERAL DE 1931, México, Editorial Sieta, 4 a. edición, 1994