



298
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" ARAGON "
FACULTAD DE DERECHO 2 Ej

"LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD DEL JUEZ
DE LO FAMILIAR QUE LE CONCEDE EL ARTICULO 283 DEL
CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL PARA DECRETAR
LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD"

FALLA DE ORIGEN

TESIS PROFESIONAL:

Que para obtener el título de:
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

JOSE JAVIER NUÑEZ RODRIGUEZ

México, D. F.

1996.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

**FALLA DE ORIGEN
EN SU TOTALIDAD**



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

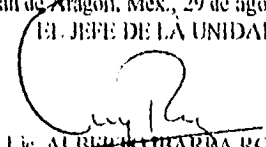
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CAMPUS ARAGÓN
UNIDAD ACADÉMICA

Lic. ROSA MARÍA VALENCIA GRANADOS
Jefe de la Carrera de Derecho,
Presente.

En atención a la solicitud de fecha 28 de agosto del año en curso, por la que se comunica que el alumno JOSÉ JAVIER NUÑEZ RODRÍGUEZ, de la carrera de Licenciado en Derecho, ha concluido su trabajo de investigación intitulado "LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD DEL JUEZ DE LO FAMILIAR QUE LE CONCEDE EL ARTÍCULO 283 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL PARA DECRETAR LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD", y como el mismo ha sido revisado y aprobado por usted se autoriza su impresión; así como la iniciación de los trámites correspondientes para la celebración del examen profesional.

Sin otro particular, le reitero las seguridades de mi distinguida consideración.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
San Juan de Aragón, Mex., 29 de agosto de 1996.
EL JEFE DE LA UNIDAD


Lic. ALBERTO BARRA ROSAS

c e p Asesor de Tesis.
c e p Interesado.

AIR/lla.



A DIOS:

Porque gracias a su infinita bondad, me ha concedido - la vida y el tiempo necesario para culminar una de las metas mas importantes de mi vida.

A MIS PADRES: JAVIER Y LOURDES

Porque gracias a su fortaleza y ejemplo de la vida, - han hecho de mi una persona de bien; por ello es que - como un tributo a su esfuerzo, inmenso amor y pacien- cia, les dedico éste trabajo.

A MIS HERMANAS: CRISTI, ROSY Y LAURA.

Quienes en todo momento han creído en mí, sin importar cuantas adversidades han cruzado en nuestras vidas; a ellas, dedico éste trabajo con la admiración, respeto, cariño y ejemplo a seguir, que siempre he tenido de -- ellas.

A MIS HIJOS: ROXANA Y MAURO JAVIER.

Por ser ellos la razón de mi existencia, a quienes de- dico éste trabajo, esperando que siempre recuerden que: " el único pretexto para no lograr las metas que nos - hemos propuesto, es no haber nacido "; ¡ adelante ! y luchen siempre por alcanzar los ideales que justifi- quer la razón del por qué vinieron a éste mundo.

A MI ESPOSA: LUCERO.

Porque sin su confianza e incomparable ayuda, no hubiera sido posible concluir éste trabajo; a la amiga y -- compañera que durante estos últimos años ha compartido angustias, emociones, penas y glorias al lado mio; dedico el resultado de éste esfuerzo en recompensa a su paciencia y sacrificios.

A MI ASESORA: JEANETH MENDOZA GÁNDARA.

Porque gracias a su atinado consejo y dedicación, producto de su profesionalismo, me fué posible concluir - satisfactoriamente el presente trabajo de tesis.

A MI ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ARAGÓN:

Por darme la oportunidad de formar parte de ella y permitir mi formación profesional en el área de Derecho, - para con dignidad, poner en alto el nombre de tan loable Institución

A MIS MAESTROS:

Porque gracias a sus conocimientos y dedicación, contribuyeron a mi formación profesional y personal.

INDICE

	pag.
INTRODUCCION	
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD	1
1.- EN ROMA	2
2.- EN MEXICO	11
a) PREHISPANICO	11
b) EN LA COLONIA	19
c) INDEPENDIENTE	28
d) CONTEMPORANEO	30
3.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARTICULO 283 Y SUS REFORMAS.	33
a) CODIGO CIVIL DE 1870	34
b) CODIGO CIVIL DE 1884	39
c) LEY DE RELACIONES FAMILIARES	42
d) CODIGO CIVIL DE 1928	45
e) REFORMAS HASTA NUESTROS DIAS	49
f) INTERPRETACION Y ALCANCE EN LA ACTUALIDAD	50
CAPITULO II	
LA CONSTITUCION DE 1917 Y LA GARANTIA DE LEGALIDAD DE LOS ARTICULOS 14 Y 16.	54
1.- CONCEPTO DE GARANTIA Y SU CLASIFICACION	54
2.- CONCEPTO DE GARANTIA DE LEGALIDAD	61
3.- LA CONSTITUCION Y SU SUPREMACIA	65
a) INVIOCABILIDAD DE SUS PRECEPTOS	69
b) BREVE ANALISIS DEL CONTENIDO DE LOS ARTICULOS 14 Y 16	72

4.- LA CONSTITUCION Y EL ESTADO DE DERECHO	88
CAPITULO III	
LA PATRIA POTESTAD	91
1.- CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD	92
2.- LA PATRIA POTESTAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SER UN DERECHO NATURAL	95
3.- ASPECTOS JURIDICOS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	100
a) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIENES LA EJERCEN	101
b) EFECTOS HACIA LAS PERSONAS SUJETAS A LA PATRIA POTESTAD	105
c) EFECTOS SOBRE LOS BIENES DE LA PERSONA SUJETA A LA PATRIA POTESTAD	107
4.- SUSPENSIÓN Y PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	113
CAPITULO IV	
LA FACULTAD DEL JUEZ DE LO FAMILIAR CONCEDIDA POR EL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL, PARA DECRETAR LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU INCONSTITUCIONALIDAD.	123
1.-ANALISIS DEL CONTENIDO DEL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE	124
a) EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y SU AUTONOMIA RESPECTO DEL DIVORCIO	128
b) EXTRALIMITACION DEL JUZGADOR PARA DETERMINAR LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, COMO FACULTAD CONCEDIDA POR EL LEGISLADOR	136
c) DESINTERES DEL JUZGADOR PARA VALORAR LOS ELEMENTOS DEL JUICIO, EN LA DETERMINACION DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	139
2.- LA INCONSTITUCIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DEL JUEZ DE LO FAMILIAR, PARA DECRETAR LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, CONCEDIDA POR EL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE	143

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

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

La apremiante necesidad de conservar el ejercicio de la patria potestad en beneficio de los menores, producto de la disgregación familiar que en últimas fechas se ha venido presentando en nuestra sociedad, acarreado como consecuencia el incremento de la falta de atención que los menores reciben por parte de sus progenitores, provocando en sus hijos, una inestabilidad emocional, el refugio en las drogas, el alcoholismo y como consecuencia de todo esto la delincuencia, aunado a la practica excesiva que algunos jueces al impartir justicia desarrollan para determinar de acuerdo a su "criterio" y en uso de una "facultad " otorgada, quien o quienes deberán perder el ejercicio de la patria potestad sobre sus menores hijos, nos ha llevado a profundizar en el análisis del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, en donde indebidamente el Legislador dota de amplias facultades al juzgador, para que en ejercicio y en muchas ocasiones en abuso de éstas, decidan sobre la pérdida del ejercicio de la patria potestad.

Profundizar en el análisis del referido artículo nos lleva al estudio de la evolución que en el Derecho romano y en México antes de la conquista y hasta nuestros días a tenido el ejercicio de la patria potestad, con la finalidad de dotar al lector de elementos necesarios para que éste alcance a valorar la importancia de ejercitar tal derecho.

Se hará una consideración de lo que representa el ejercicio de la patria potestad para el derecho natural, de acuerdo a como los estudiosos del mismo lo han concebido, tomando como base la razón del hombre como ser vivo que lo distingue de otras especies no racionales.

Se analizarán así mismo, los efectos del ejercicio de la patria potestad sobre los sujetos, su persona y sus bienes y se señalarán los derechos y obligaciones regulados por el Código Civil del Distrito Federal que actualmente nos rige, para aquellos que se encuentran involucrados en dicho ejercicio.

Se definirá el concepto de garantía individual en general, que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a sus habitantes, la clasificación de las garantías que se establecen dentro de los primeros veintinueve artículos de la Constitución, así como un análisis detallado de los artículos 14 y 16 constitucionales, a fin de proporcionar al lector elementos valorativos para llegar a determinar

conforme al último capítulo del presente tema de investigación,
que el artículo 263 del Código Civil para el Distrito Federal,
es inconstitucional ya que se opone al concepto que la garantía
de lealtad establece.

C A P I T U L O

I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD

1.- EN ROMA.

2.- EN MEXICO:

- a) PREHISPANICO.
- b) EN LA COLONIA.
- c) INDEPENDIENTE.
- d) CONTEMPORANEO.

3.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARTICULO 283 Y SUS REFORMAS:

- a) CODIGO CIVIL DE 1870.
- b) CODIGO CIVIL DE 1884.
- c) LEY DE RELACIONES FAMILIARES.
- d) CODIGO CIVIL DE 1928.
- e) REFORMAS HASTA NUESTROS DIAS.
- f) INTERPRETACION Y ALCANCE EN LA ACTUALIDAD.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PATRIA POTESTAD

Para poder entrar al estudio, de lo que constituye la problemática que dio origen al tema del presente trabajo de investigación, es importante conocer cuales han sido las fuentes que han dado origen a la figura de la Patria Potestad. Por ello, es que en el presente capítulo se proporcionara al lector, como es que en el desarrollo del derecho ha venido evolucionando dicha figura, desde Roma hasta el Mexico Contemporaneo.

I- EN ROMA

Es necesario destacar que los orígenes de la Patria Potestad en el Derecho Romano, se dan dentro del matrimonio o *Justae Nuptiae*, y en la familia monogámica constituida en un régimen patriarcal.

En Roma la familia se encontraba constituida por una parte, por las personas colocadas bajo la autoridad o *manus* del *Pater Familias*, que incluían a este como el jefe de la familia o *domus* y a sus descendientes sometidos a su autoridad,

asi pues, el Pater Familias ejercia sobre los esclavos la Dominica Potestas, sobre una persona libre la Mancipium, sobre la esposa la Manus y sobre los hijos la Patria Potestas; las personas que estaban sometidas bajo la autoridad del Pater Familias, pero unidos entre ellos por el parentesco civil llamado Achnatio, que es el linado sobre la autoridad paternal o marital, reconocido unicamente en la linea masculina, compuesta por los descendientes varones de un mismo padre, o los nacidos de legitimo matrimonio, incluyendo a los introducidos por medio de adopcion, sobre los que el Pater Familias ejercia su autoridad.

Existia un segundo parentesco que en la antigua Roma no constitua el parentesco civil, pero en la epoca de Justiniano vino a poner fin a los limites de los descendientes sobre los derechos de familia y es el parentesco cognatio, siendo este el que une a las personas descendientes unos de otros en linea colateral, sin distincion de sexos, este tipo de parentesco en nuestro derecho, es suficiente para constituir la familia.

En sus origenes la familia romana estaba caracterizada por el rasgo dominante del regimen patriarcal teniendo como base la reminiscencia del padre y donde la madre no juega ningun papel.

Las formas en que se constituía la figura de la Patria Potestad en el Derecho Romano según Bravo González era de cuatro formas: por la *IUSTAE NUPTIAE* que eran los hijos nacidos de matrimonio; *LA LEGITIMACION* que era la relación natural de padre e hijo y sirve para establecer la patria potestas; *LA ADOPCION* que era un acto solemne por el que un *FILIUS* potestas o un hijo de la potestas de su padre natural, pasaba a otro *pater familias*, perdiendo el hijo que era adoptado todos los derechos para heredar y su parentesco de agnación con su familia natural; *LA ADOPTIVO* que era la forma en que un *pater familias* pasaba a depender de otro *pater familias*, adquiriendo y ejerciendo este último la patria potestad sobre el primero.(1)

El poder ilimitado que el padre ejercía sobre los miembros de la familia, se extiende sobre los hijos en forma absoluta constituyendo la patria potestad o potestad paternal, siendo dueño absoluto de la persona o de los bienes de los hijos, tan es así que el padre podía disponer de la vida de los hijos, dándoles muerte, si lo consideraban necesario, como medida impositiva de su autoridad y poderío, práctica que era muy usual en el antiguo derecho romano, y hasta el fin del siglo II de nuestra era, donde los poderes del *pater familias* se constituyeron hasta constituir solo un derecho de corrección

(1) PONSSA DE LA VEGA DE MUGUENS NÚM. - Manual de Historia del Derecho Romano - Ed. Temer - Buenos Aires 1984 pag. 92-90

aunque podía castigar las faltas leves, tratándose de hechos considerados de tal naturaleza graves, que pudiesen arrastrar a la pena de muerte, el padre no podía darla por sí solo, esto es, debía acusar al hijo ante el Magistrado considerado única autoridad con derecho a pronunciar una sentencia de tal magnitud, sin embargo, en la época de Justiniano, este derecho que el padre podía ejercer sobre la vida de su hijo, desapareció.

Otra de las prácticas que el padre en ejercicio de su potestad paterna tenía sobre sus hijos, era la Mancipatio, esto es, que en la antigua Roma, un hijo podía ser vendido por su progenitor o dado en garantía a un tercero por alguna deuda contraída, por lo que en el primer caso el hijo tenía la calidad de esclavo y en el segundo de un instrumento de adquisición para prestar servicios al acreedor del padre, y así compensar la deuda contraída por su progenitor.

La venta del hijo por su progenitor se daba en Roma, como ayuda para familia se veía seriamente afectado, y en caso de extrema miseria, siendo esta práctica la que rompía con la dignidad humana del hijo, pues pasaba a ser considerado un esclavo ante su comprador.

Constantino permite que un padre emergente vendiera a un hijo recién nacido, con la posibilidad de recuperarlo abonándose al comprador. Sin embargo fue la ley de las XII Tabas, específicamente en la Tabla IV que se refiere a la forma de organización de la familia según el sistema patriarcal y aquatictozen donde se estableció una pena a este tipo de prácticas, al implantar que el hijo emancipado por tres veces quedara liberado de la autoridad paterna y posteriormente la jurisprudencia senato que los mismos efectos producirían una sola exposición del hijo en venta. (3)

El limitado poder que el padre ejercía sobre la persona sujeta a su potestad, era tal, que en la época de Constantino podía abandonarlo, quedando así el hijo expuesto ante quien quisiera hacerse cargo de él, pasando así a formar parte de una nueva familia, considerado como hijo o en su defecto como esclavo de aquel que lo recogiera, quedando al arbitrio de quien se hiciera cargo del hijo la calidad que éste podía tener en un futuro. Sin embargo, Justiniano rompiendo con un inclinado concepto de la libertad, dejando a un lado la condición de la esclavitud que el hijo abandonado podía adquirir, lo declaraba sui juris y libre, esto es, un sujeto libre de derecho.

Como se ha venido observando, el carácter principal

de esta autoridad paterna es, que tiene menos por objeto la protección del hijo, que el interés del jefe de familia.

Esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía al mismo tiempo, sobre la persona que sobre los bienes de los hijos.

En relación a los bienes del hijo sujeto a la patria potestad en roma, se consideraba al mismo titular de derechos reales y de crédito al pater familias, es decir, que el hijo sujeto al régimen de su progenitor no podía adquirir a nombre propio ningún bien o crédito y en caso de que los adquiriera, estos pasaban a constituir el patrimonio familiar. Por tanto, el hijo podía recoger los bienes que en un principio había adquirido, solo a título de heredero una vez muerto su progenitor:

- a) la muerte del pater familias,
- b) la caída en esclavitud del hijo,
- c) la pérdida de condición de ciudadano romano,
- d) la mancipación o venta que el pater familias hacía de su hijo por tres veces, hasta la época de Justiniano, en donde bastaba que el pater familias hiciera una sola mancipación de su hijo, para que el hijo quedara liberado de la patria potestad. Esta regla se modificó hasta el imperio de Justiniano, en donde todas las adquisiciones hechas por el

hijo, venían a ser ya de su propiedad, independientemente de los bienes que le cedía a éste el pater familias.

Por lo que toca a los créditos otorgados al hijo o de la adquisición de bienes que este hiciera, en donde se obligara o quedara civilmente deudor, el pater familias, no recogía la deuda contraída por el filius (hijo). Regla ésta que vino a cambiar , cuando surgió la acción que podía ejercitar el acreedor contra el pater familias para que éste se hiciera responsable de las deudas contraídas por su hijo, acción que se le denominó ADIECTICIAE CUALITATIS y que se invocaba en favor del acreedor en los siguientes casos:

a) Cuando el padre hubiera manifestado expresamente su voluntad de que el hijo llevase acabo la negociación.

b) Cuando el padre otorgaba al hijo el carácter de capitán de una nave, y éste, en ejercicio de esa función efectuaba negocios.

c) Cuando el hijo es puesto al frente de los negocios del pater familias, y en el desempeño de esa función, ejecutaba actos creando así la deuda.

d) Cuando el pater familias nombraba al hijo como administrador de una parte del patrimonio familiar para

responder con ella ante el acreedor, solo en cuanto a la parte que fue nombrado administrador.

e) La demanda que hacía el acreedor en contra del pater familias, por las ganancias obtenidas de la negociación hecha por el hijo.⁽⁹⁾

Dentro de la administración del Peculios al que hemos hecho referencia, se concedían al hijo las siguientes facultades:

1.- La actividad del comercio, que de los bienes hacia el hijo, le otorgaba facultades de disfrute y administración sin poder enajenarlos. Esta modalidad era conocida en Roma dentro de los peculios como peculio profecticio.

2.- La facultad de enajenar o disponer de los bienes para sí, se concedía al hijo el peculio castrense, constituido por los bienes adquiridos por el hijo en el ejército, bien sea de una herencia o legado hecho por otro camarada, por botín obtenido en una batalla; bienes estos, que podían pasar a constituir patrimonio del pater familias, solo en el caso de que el hijo muriera intestado.

Así mismo, los bienes que el hijo adquiría como

(9) JARIAS RANGEL J. Y ARIAS BONEI J.- Derecho Romano II.- La Edición-Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1975, págs. 725, 726.

remuneración a una función pública se conocían como pecunios castrenses.

3.- Los bienes que el hijo heredaba de su madre pasaban a ser propiedad - esto en tiempos del emperador Justiniano - y al morir el hijo, dichos bienes venían a formar parte de la masa hereditaria sin que el pater familias se los pudiera adjudicar.

Por otra parte es importante señalar y recordar que el ejercicio de la patria potestad en Roma, perdura durante toda la vida del pater familias, cualquiera que sea la edad de los hijos, sin embargo el derecho romano contemplaba como causas para poner fin al ejercicio de la patria potestad, las que a continuación se citan:

- a). La muerte del pater familias,
- b). La caída en esclavitud del hijo,
- c). La pérdida de la condición de ciudadano romano,
- d). La mancipación o venta que el pater familias hacía de su hijo, por tres veces, hasta la época de Justiniano, en donde bastaba que el pater familias hiciera una sola mancipación de su hijo, para que el hijo quedara liberado de la patria potestad,

e). Por disolución forzosa, esto es, cuando el hijo llegaba a ocupar ciertos cargos gubernamentales, como son: Obispo, Cónsul, Prefecto Propietario, Prefecto Urbano, etc.

2.- EN MÉXICO

No podríamos referirnos a la patria potestad que en la actualidad contempla nuestra legislación, sin antes ver cuales han sido sus orígenes y antecedentes, para ello, se requiere introducir al análisis, en forma breve, de la que hasta nuestros días ha sido considerada una de las culturas más avanzadas del México antiguo, antes de la llegada de los españoles, siendo ésta la cultura Azteca.

a) PREHISPANICO

Las fuentes del derecho, en los reinos coligados hasta antes de la llegada de los españoles, eran: la costumbre y las sentencias del rey o de los jueces, siendo éstos últimos los legisladores.

Las disposiciones penales, se creaban por el castigo que era impuesto por los jueces a quienes cometieran un delito, castigo que era tomado como ejemplo para más tarde

aplicarlo a conductas similares; siendo acordes dichas penas al sentimiento moral del pueblo de aquella época. Al respecto es de destacarse, que en el México Prehispánico la legislación penal tomó como base la costumbre en tratándose de delitos similares, equiparándose burdamente a lo que actualmente se conoce como jurisprudencia.

Así mismo en materia civil, el fallo emitido por los jueces o legisladores, era tomado fielmente en posteriores ocasiones, constituyéndose en reglas que normaban los actos de la vida civil y pública, que quedaban escrito en jeroglíficos, siendo éstos del conocimiento exclusivo de los jueces. Como se puede observar el derecho entre los antiguos mexicanos era consuetudinario y el conocimiento del mismo reservado exclusivamente para jueces o legisladores.

Al igual que en el derecho Romano el matrimonio vino a constituir la base de la familia azteca, aún cuando los mexicanos acostumbraban la poligamia, existe de entre todas las mujeres la legítima, que era aquella con la que un hombre se había casado.

Cabe hacer notar que el matrimonio entre los aztecas, aún cuando carecía de validez, por estar constituido exclusivamente como un acto religioso, venía a ser considerado de gran trascendencia entre las familias de los consortes, pues

para que se consumara dicho acto religioso, debía reunirse en forma solemne el ritual para su celebracion. (4)

En el mismo orden de ideas, el hombre entre los aztecas era considerado el jefe de la familia, compartiendo junto con la mujer el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, correspondiendole al padre el educar y castigar a los hijos varones, siendo facultad exclusiva de la mujer el educar y corregir a las mujeres (5), tal y como a continuación se cita:

"ENSEÑANZAS DEL PADRE AL HIJO "

1.- A los tres años le enseñaba a hablar y le daba consejos hasta que pudiera andar; a los cuatro años lo empleaba en trabajos ligeros como acarrear agua en pequeñas vasijas; a los cinco años lo hace cargar pequeñas carquillas (sic); a los seis años manda a sus hijos al mercado a ganar alguna cosa de comer, a cambio de su trabajo; a los siete años, los enseñaban a hacer redes para pescar; a los ocho años, se les amonestaba de palabra con la amenaza del castigo, con puntas de maquey; a los nueve años, ata al hijo que es flojo o desaplicado, de las manos y lo punza con las puas del maquey; a

(4) MENDETA Y NUNEZ, Lucio - Heredero Presidencial - 9a. Edición - Editorial Porrúa - México 1947 - Págs. 45 a 60
 (5) ORCIZO BERRA, Manuel - Historia Antigua y de la Conquista de México, México 1816-1881 - T. I - Edición única.

los diez años, si el hijo es incorregible o desobediente los castigos son más severos y violentos, pudiendo el padre darle de palos al hijo; a los once años al hijo se le podían arrectar los castigos exponiéndolo al humo de chili (sic) quemado al fuego; a los doce años, por castigo y para acostumbrarle a la fatiga, ata a su hijo y le hace dormir desnudo sobre la tierra desigual; a los trece años, el hijo ya ha aprendido a traer lena o yerba del campo y manejar una canoa; a los catorce años, el padre ha enseñado al hijo a ser pescador en las aguas de los lagos.

" ENSEÑANZAS DE LA MADRE A LA HIJA "

1.-A los cuatro años, la madre le da el huso (pequeño instrumento que sirve para hilar), dándole las primeras lecciones de deshuesar el algodón; a los cinco años prosigue con la enseñanza del hilado; perfecciona a la hija en el manejo del huso o del malacali; a los siete años, perfecciona a la niña en el hilar; a los ocho años, al igual que los hijos varones se les amonestaba de palabra acompañados con amenaza de castigarles con puntas de maquey; a los nueve años siguiendo los sistemas que se empleaban para los varones, se les ataba de pies y manos a la mujeres Hojas o desobliquadas, punzándoles con espigas de maquey; a los diez años, tanto a las mujeres como a los varones, se les castigaba por se desobedientes e incorregibles, dándoles de palos; a los once años se le

arrecian los castigos exponiéndola al humo asfixiante que despiden el chili (sic) quemado al fuego; a los doce años, la madre levanta a su hija a la media noche para hacerla barrer la casa y la calle para acostumbrarla al trabajo y cumplir ciertos ritos religiosos; a los trece años, se le perfeccionaba a la hija en el hilado y los quehaceres domésticos, moliendo y cocinando pan así como maíz cocido; a los catorce años, la hija empieza a tejer sobre el telar.

Además de las anteriores enseñanzas, a los hijos se les inculcaban la reverencia, el amor y respeto a los padres, consideración a los ancianos, apego al cumplimiento de los deberes, decir siempre la verdad, tener conmiseración a los pobres y desvalidos, proceder en todo con mesura, sujetando las acciones a la razón y justicia.

Como se ha visto el padre no detentaba en forma absoluta la facultad de educar a sus hijos, aún cuando tenía el mando titular, pues aparte de la mujer, los hijos mayores a su vez se encargaban de educar a sus hermanos menores, con la finalidad de hacer la educación de los hijos más fácil, correspondiéndole al padre asumir la responsabilidad de toda la familia.

Cabe destacar que los hijos de clase baja o proletarios se les adiestraba en las tareas del campo, de la ciudad, haciendo caminos y canales, etcétera, tratándose de varones; respecto a las mujeres se les adiestraba en los quehaceres domésticos e hilados y tejidos sobre el telar. Los hijos varones de los nobles, de los ricos, y los de clase media, vivían en la casa de sus padres hasta los quince años, para ser entregados después al Calmecac o Telpuchcalli, siendo el primero de estos un colegio religioso donde se enseñaba el servicio a los dioses y a vivir en limpieza, humildad y castidad; el segundo era un lugar de recogimiento donde se enseñaban conocimientos civiles. En ambas escuelas, los hijos permanecían de cuatro a cinco años, hasta que los padres concertaban el matrimonio de éstos, por lo que del colegio salían a formar un hogar y a prestar sus servicios a la vida pública. Respecto de las hijas, se presume que existían colegios especiales para éstas con la finalidad de prepararlas para el matrimonio, permaneciendo en dichas escuelas de cuatro a cinco años, hasta alcanzar la edad de quince a dieciocho años, considerada propia para contraer matrimonio; para el caso de que no acudieran a éste tipo de colegios las hijas eran educadas en su casa por su madre para los mismos fines (6).

El ejercicio de la patria potestad en ese entonces constituía un poder muy grande, pues el padre podía vender a sus hijos como esclavos, en los siguientes casos:

(6) *Ibid* Pág. 246 y 247

a) Cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos.

b) Cuando el hijo era tenido como incorregible, previa la autorización dada por el juez.

c) Cuando para jugar en apuestas, eran vendidos los hijos por el padre.

d) Cuando una o más familias se obligaban ante un señor noble y rico, a proporcionarle un esclavo a perpetuidad, poniendo a un hijo al servicio del acreedor.

Generalmente el esclavo recibía buen trato de su amo, pero si su comportamiento era reacio al trabajo o mal intencionado, el amo le ponía una collarera, llevándolo al mercado de esclavos para su venta. En caso de que el esclavo incorregible fuera vendido en contra de su voluntad por tres veces o más, podía ser vendido para el sacrificio.

Se conocían varias formas para que el hijo tenido como esclavo alcanzara su libertad, entre estas están:

Cuando el hijo pagaba el precio que por el se había dado como esclavo; por el matrimonio del hijo estando en esclavitud con quien lo hubiere comprado; por gracia del amo, cuando éste antes de morir otorgaba la libertad al esclavo.

Es importante hacer una reflexión en éste punto, pues como se ha señalado, la facultad concedida al padre en el ejercicio de la patria potestad en la cultura Azteca, si bien es cierto que era muy amplia, al grado tal de imponerles castigos a sus hijos con el afán de corregirlos, cayendo en ocasiones en la crueldad, no es menos cierto, que le estaba prohibido privar de la vida a sus hijos, a diferencia del pater familias en el derecho romano.

Así mismo encontramos que dentro de la cultura Azteca, el hecho de que el padre hiciera esclavo al hijo; que el hijo contrajera matrimonio; la elevación del hijo a las grandes dignidades militares, civiles o religiosas, daban origen a que se terminara la patria potestad que sobre los hijos ejercía el padre.

En caso de muerte del padre, la patria potestad sobre los hijos recaía en el tío, quien para ejercerla debía casarse con la viuda, o en su caso, también la ejercía el hermano mayor o el miembro de la familia más respetable.

Aún cuando propiamente no existía el divorcio como figura jurídica entre los Aztecas, éste se daba ante los jueces por la solicitud de uno de los cónyuges o de ambos, después de reiteradas gestiones, autorizando exclusivamente al quejoso para que procediera como quisiera, pudiendo separarse

entonces del otro cónyuge, lo que vendría a constituir en esencia el divorcio. Ante la circunstancia de separación de los cónyuges los hijos deberían permanecer y pertenecer al padre y las hijas a la madre.

D) EN LA COLONIA

Con la llegada de los españoles a territorio mexicano, en el año de 1521, los pueblos indígenas existentes, habían desatado entre ellos constantes batallas por la lucha del poder y la obtención del dominio territorial, mismas batallas que provocaron un quebrantamiento entre los mismos pueblos, originando que los conquistadores españoles se apoderaran más fácilmente de casi todo el territorio mexicano, sin que existiera la resistencia que pudiera haber opuesto cualquier otro pueblo conquistado.

Así pues, la facilidad de la conquista hizo posible entre otras cosas, que la legislación española se aplicara en forma absoluta e impositiva a la población indígena como fue el caso de la ley de las Siete Partidas, promulgada en España por el Rey Juan sin Tierra, que contenía disposiciones de carácter público y privado, mismas que vinieron a regular la vida entre los indígenas y los españoles. Dentro de la Ley de las Siete Partidas, específicamente en la Cuarta Partida se

establecía el derecho de familia que regulaba los deberes y derechos que se derivan de las relaciones inter familiares, siendo el Título XVII de la citada partida, la que contiene los derechos y obligaciones que nacen en la relación jurídica entre el padre y sus hijos (hijos)

El referido Título XVII de la cuarta partida en su parte conducente define a la Patria Potestad como el poderio que tiene los padres sobre los hijos; y añade, este poder es un derecho tal, que tienen señaladamente los que vienen y se juzgan según las leyes antiguas que hicieron los filósofos y los sabios por mandato o por otro otorgamiento de los emperadores. Este poder se da sobre los hijos (hijos), sobre los nietos, sobre todas aquellas personas de su linaje y que descienden de ellos por línea directa y que son los nacidos del casamiento legal.

En contraste se contempla el poder del padre como un derecho natural, dado por razón natural que se origina por la potestad divina del nexo o cópula. Este poder que el padre ejerce sobre sus hijos se equiparaba al que tenía el señor sobre sus siervos, o el que tienen los reyes sobre quien tiene el poder de juzgar, y los obispos sobre sus clérigos. Debiéndose entender la palabra potestas como un ligamento de

reverencia que el hijo (hijo), debe a su padre y por otra parte de castigamiento que el padre tiene sobre su hijo.(7)

Cabe aclarar que este poderio se encontraba enfocado exclusivamente, a los hijos nacidos en legítimo matrimonio, como lo manda la Santa Madre Iglesia, a los hijos dados por disposición judicial; por revocación de la patria potestad de su progenitor por causa de ingratitude, a los hijos; por adopción. Y que este poderio no se aplicaba a los hijos que los padres pudieran haber tenido con sus parientes hasta el cuarto grado, cuñados o mujeres dedicados a la religión llamados estos incestuosos, quienes no se consideraban hijos por haber sido engendrados en gran pecado.

En cuanto al poder que sobre los bienes de los hijos ejercía el padre, éstos se distribuían de la siguiente manera:

a) Bienes que el hijo adquiere estando sujeto al poder del padre.

b) Los bienes que eran dados al hijo por el padre para que los trabajara y los administrara únicamente sin ser dueño de los mismos, a este tipo de bienes se les llamo *peculio profectitium*.

c) Los bienes que el hijo adquiría bien sea con

(7) Ley III de la Ley de Las Siete Partidas, Promulgada por Alfonso el sabio

sus propias manos, bien como pago a la realización de una cosa, por su sabiduría, por donación, por testamento, por herencia de su madre o de los parientes de ésta, y/o por aventura; siempre y cuando todas estas formas de adquirir bienes, no fueran propiedad del padre o del abuelo paterno, pasaron a ser propiedad del hijo que los ganó, pero el usufructo que de ellos se obtuviera se consideraba propiedad del padre, a ésta ganancia se le daba el nombre de adventitia.

d) Los bienes adquiridos por los hijos en funciones del ejército dentro de los castillos, muros de una gran fortaleza en protección de la justicia, esto es, bienes que el hijo adquiría por pertenecer a la milicia desempeñando un grado militar de las fuerzas públicas. A estos bienes o ganancias se les conocía con el nombre de peculio castrense derivado del latín, castra siendo el hijo propietario y único dueño de ellos, pudiendo disponer de dichos bienes como mejor le pareciera.

e) Los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de una función o cargo público, bien sea como soldado (salario), cuando estos desempeñaban funciones de maestros, jueces o escribanos del rey; estas ganancias pertenecían exclusivamente al hijo.

En cuanto al poder que se concedía al padre respecto de la persona de sus hijos, se encuentra que éste

tenia la facultad de vender o empeñar al menor cuando cayere en gran hambre, o su pobreza fuera tal que no tuviera otro recurso, entonces lo vendía o lo empeñaba para comprar con que comer. Este es un derecho conferido al padre sobre sus hijos y del cual no gozaba la madre, sin embargo, el hijo podía ser liberado por sus progenitor, si éste a su vez daba el precio en que el hijo había sido vendido o empeñado, pagando en ocasiones más de lo que inicialmente el padre hubiere recibido, siempre y cuando, al menor o hijo se le hubiera capacitado en algún trabajo, arte o ciencia durante el tiempo que permaneció en esa condición.

Este poder que el padre ejercía sobre la persona de los hijos, comprendía su educación, basado en el criar y guardar lo que nace de los padres; por razón del amor; por derechos espirituales que sobre los hijos se guarda.

La manera de criarlos era darles lo que los padres tenían incluyendo cómoda, bebida, vestido, calzado, un hogar donde vivir, acorde con la riqueza y el poder que se tuviere sobre los hijos.

En caso de incumplimiento de las obligaciones o facultades dadas al padre sobre la crianza de sus hijos, el juzgador una vez enterado de la circunstancia particular, debía

apremiar al padre para el cumplimiento de sus deberes, utilizando las medidas de aprehension de este o de cualquier otra a criterio del juez, sin embargo esta obligacion del padre cesaba si el hijo se iba de su lado sin su consentimiento.

Una de las salvedades que el padre tenia para si es la obligacion del hijo de ayudar a sus progenitores.

La obligacion de los padres de criar a sus hijos comprendia a los nacidos dentro del matrimonio legitimo o religioso; a diferencia de los hijos nacidos en adulterio o producto de relaciones incestuosas del padre con parientes o mujeres consideradas amigas sin que existiera parentesco, pues estos hijos no tenian derecho a ser criados por el padre, sin embargo por humanidad podia hacerlo. Caso contrario ocurriria con la madre ya que esta y los parientes de ella en linea recta tenian la obligacion de criar a los hijos producto de su adulterio, incesto u otra forma de fornicacion, siempre y cuando tuvieran riqueza con que hacerlo.

Asi mismo las madres tenian el deber de proteger a sus hijos que fueren menores de tres años y los padres a los que fueren mayores de esta edad, pero si la madre fuere tan pobre que no pudiera criarlos, entonces el padre debia proporcionar todo lo necesario para su crianza.

La situacion que quedaban los hijos en caso de divorcio de los padres y la forma de ejercer la patria potestad sobre éstos se regulaba de la siguiente manera:

- el cónyuge culpable si fuera rico debía dar al cónyuge inocente lo necesario para criar a sus hijos, concediendosele, al cónyuge inocente, la guarda, educación y cuidados del menor.

- en caso de que el cónyuge inocente fuere la madre, ésta se haría cargo del o los menores hasta en tanto no contrajera nuevas nupcias, en caso contrario, el padre dejaba de tener obligación de dar a la madre para el sustento de los hijos

- en el supuesto que antecede, la guarda, educación y cuidados del menor pasaba a ejercerla el padre.

Por otra parte la Ley de las Siete Partidas contenía en el título XIX de la cuarta partida de la que se ha venido haciendo referencia, las excusas o razones que los padres podían alegar en su favor para desligarse de su obligación de criar a sus hijos, dentro de las cuales se encuentran:

a) Cuando el cónyuge culpable del divorcio invocaba en su favor la pobreza extrema en que se hallaba; en este caso el cónyuge inocente si fuere rico estaba obligado de dar lo necesario a sus hijos, pero si ambos cónyuges fueron pobres, entonces la obligación de criar al menor le correspondía a los abuelos o bisabuelos del menor.

b) Cuando el hijo ingrato cometiera perjuicio en contra de sus padres.

c) Cuando el hijo tuviere lo necesario para vivir sin que se pusiera en riesgo su persona.

En cuanto a las formas de dar por terminado el ejercicio de la patria potestad, se conocían varias formas:

1.- Por muerte natural de padre o de hijo.

2.- Por condena del padre al destierro de por vida, a un lugar cierto o incierto, o por condena dentro de los castillos a trabajos forzados de por vida, mejor conocida ésta pena como muerte civil o *mortis civilis*. Dentro de esta forma se encontraba la causa de que el padre fuera prófugo por haber cometido algún yerro o delito, figura jurídica conocida como *banntis*.

3.- Cuando al morir la esposa legítima el padre contraía nuevas nupcias con alguna parienta hasta el cuarto grado o mujer religiosa; en este caso los hijos salían del poder del padre.

4.- Por dignidades dadas al hijo, esto es, cuando es nombrado Consejero del Rey, Juez General de la Corte, *Prefectus Urbis* (Mayor Juez de la Ciudad), Maestro de Caballería, *Mayordomo*, Obispo, solo por nombrar algunas.

5.- Por emancipación dentro de las cuales encontramos: el acuerdo entre padre e hijo de dar por terminado

el ejercicio de la patria potestad, manifestándolo ante el Juez para todos los pleitos o el Juez Ordinario; cuando el hijo es menor de siete años y no se encuentra con su padre, se otorgaba solo con autorización del Rey, pero si fuere mayor de esta edad, bastaba el consentimiento del hijo ante el Juez, pudiendo recobrar el padre el poder sobre el hijo, cuando éste último con sus actos deshonrara a su progenitor.

Por último es de gran importancia señalar las causas que regían en el época de la Colonia y por las cuales los padres podían perder el ejercicio de la patria potestad, dentro de las que se encontraban:

1.- Cuando el padre castigaba al hijo con crueldad, sin piedad al grado tal de provocarle la muerte.

2.- Cuando el padre induciere a los hijos a la explotación de su propio cuerpo.

3.- Cuando por disposición hecha en testamento un hombre heredara a otro hombre ciertos bienes con la condición, de que, quien fuera a heredar debía emancipar a sus hijos para recibir los bienes que le hubiere heredado.

4.- Cuando el padrastro gastara los bienes del menor emancipado, y éste al cumplir trece años de edad pidiera a su vez ser emancipado ante el Juez por esta causa.

C) INDEPENDENCIA

Una vez consumada la independencia de México y al no existir un sistema jurídico propio, se siguió aplicando la Ley de las Siete Partidas que en el régimen colonial regulaba entre otras cosas las relaciones familiares, tal y como se vió en el subtítulo que antecede, y en relación a la administración, el poder de los virreyes y la división en provincias de la Nueva España, a partir de 30 de septiembre de 1812 se observó el contenido de la Constitución de Cadiz.

Sin embargo y dado que era imperante que en el Territorio Nacional adoptara un régimen legislativo propio, en el año de 1828, en el Estado de Oaxaca surge el primer Código Civil aplicable a toda la República Mexicana.

Es así que en el Título Décimo y concretamente en los artículos 232 y 233 que se refieren a la Patria Potestad y quien deberá ejercerla respecto de los menores de edad, señalan que los hijos permanecerán bajo la patria potestad del padre, hasta su mayoría de edad o emancipación; así mismo se señala que solo por muerte o ausencia del padre, será la madre quien ejerza ese poder sobre los hijos.

Por otra parte y en relación a los efectos del ejercicio de la patria potestad sobre la persona de los hijos, el código en estudio hace una diferenciación respecto de que se debe entender por derechos y obligaciones derivados de dicho ejercicio dentro de los que se encuentran:

1.- El derecho de vigilancia sobre los hijos que se encuentra contenido en el artículo 234 del Código en comento y que sostiene que el hijo sujeto a la patria potestad, no puede dejar la casa paterna sin licencia del que la este ejercitando, quedando exceptuado cuando el menor deja el hogar para alistarse en la milicia, siempre y cuando haya cumplido dieciséis años de edad.

2.- El derecho de corregirlo como lo establece el artículo 235 del citado código, al establecer el derecho de corrección que tiene la persona o personas que ejerzan la patria potestad sobre los hijos, a quienes se les autoriza para aplicar penas correctivas sin caer en el exceso o la crueldad, pudiendo a solicitud del padre o de la madre intervenir la fuerza pública para hacer arrestar al menor, cuando las faltas que este hubiere cometido, merecieran un castigo que lo mantuvieran recluido hasta tres meses, existiendo la posibilidad de disminuir dicho arresto a solicitud del padre o de la madre.

3.- la obligación de educarlo contenida en el artículo 235 del referido código, en relación con el artículo

241, y que establecían que los padres es a quienes compete el hacerse cargo de la educación de los hijos, debiendo mandarlos a escuelas o instituciones dedicadas a ello; cabe señalar que en ésta época, no se señala si la educación de los hijos era tanto para hombres como para mujeres, pues solo se habla de la educación de los hijos en general.

d) CONTEMPORANEO

Es de vital importancia destacar, que en el Mexico contemporaneo el tema que nos ocupa y que se encuentra plasmado en el Código Civil de 1928 y que actualmente es el que nos rige, tiene su antecedente en la Ley de Relaciones Familiares, que tuvo vigencia a partir de 1917, y hasta el año de 1928. Por lo que es necesario señalar como se estableció la patria potestad en ambas legislaciones.

Así pues se tiene que tanto en la Ley de Relaciones Familiares como en el Código Civil de 1928, el ejercicio de la patria potestad recaía primordialmente en el padre y la madre de los menores habidos en matrimonio, extendiéndose dicho ejercicio, primeramente a los abuelos paternos y en segundo término a los abuelos maternos, a falta de los anteriores, entraban al ejercicio de la patria potestad

los que siguieran en el orden establecido de acuerdo al grado de parentesco.

También se establecieron las obligaciones a las que estaban sujetos los hijos, en el sentido de que, éstos cualquiera que sea su edad, estado y condición, deberían honrar y respetar a sus padres y ascendientes, así mismo en los ordenamientos anteriormente ya citados se estableció que los menores de edad no emancipados, esto es no casados, permanecerían bajo la patria potestad, de algún descendiente que la ejerciera y el menor no podía dejar el domicilio, ni comparecer en juicio o contraer obligación alguna sin el consentimiento de sus padres o de la persona que ejerciera la patria potestad, o con el de autoridad competente.

De igual manera en las legislaciones que se vienen comentando se señalan los derechos y obligaciones que los padres o quienes ejercen la patria potestad, tenían sobre las personas y bienes que estaban sujetas a ésta, como es la facultad de corregir y castigar a sus hijos, de administrar los bienes de los hijos, ya sea que estos se adquirieran por su trabajo, o por cualquier otro título, estableciéndose la restricción de que, los menores no pueden enajenar ni gravar bienes muebles, inmuebles y demás que le pertenezcan, a

excepción de que sean en beneficio propio o sea del menor y mediante autorización del Juez competente.

Una vez que el hijo es emancipado o que ha adquirido la mayoría de edad, el que ejercía la patria potestad sobre él debía entregar al emancipado todos los bienes y frutos que le pertenecieron, terminando así su función de administrar los bienes del menor.

En cuanto a las causas que originaban la suspensión del ejercicio de la patria potestad y que regulaban las legislaciones en comento, se encuentra la incapacidad, así como la ausencia declarada de quien debía ejercerla, también se daba la suspensión por sentencia condenatoria que resolviera en ese sentido. Se establecen además como causas para que se acabe el ejercicio de la patria potestad, la muerte del que la ejerce, si no hubiera otra persona miembro de la familia en quien recayera; por emancipación del menor; por la mayoría de edad del hijo.

En cuanto a la pérdida de la patria potestad se tiene que la Ley de Relaciones Familiares señalaba como causas para que ésta se diera, la condena que se haga a la persona que la ejerza imponiéndole la pérdida de ese derecho; la condena que hiciera el Juez de lo Familiar a los cónyuges culpables que

hayan dado origen al divorcio; la madre o la abuela, que ejerciendo la patria potestad contrajeran nuevas nupcias.

A diferencia de la legislación antes comentada, el código Civil de 1928, respecto de las causas de la pérdida de la patria potestad, señal que éste derecho se pierde cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por la comisión de delitos graves; por malos tratamientos al menor; por abandono de sus deberes de padre que comprometieren la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos; cuando los padres tuvieren costumbres depravadas aún cuando no hubieren sido condenados penalmente por el abandono de los hijos por más de seis meses y especialmente en los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283, mismo que se estudiará en forma particular en el apartado 3 de éste capítulo.

3.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARTICULO 283 Y SUS REFORMAS

En virtud de que el tema medular del presente trabajo de investigación, se encuentra sustentado en el contenido del artículo 283 del actual Código Civil para el Distrito Federal, es de vital importancia realizar un estudio de las anteriores legislaciones que han sido el antecedente del citado artículo, para ello, se estima necesario dar inicio al

estudio primer Código Civil existente en México y que data del año de 1870.

a) CÓDIGO CIVIL DE 1870.

El primer Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California fue promulgado el 22 de diciembre de 1870, por el entonces Presidente de la República licenciado Benito Juárez.

El código en estudio sigue el modelo del Código Napoleónico de 1804, dedicando el libro primero, capítulo del quinto al decimo, todo lo relativo a lo que ahora denominamos Derecho de Familia. Específicamente el capítulo quinto del citado ordenamiento jurídico, establece lo relativo al matrimonio; a los requisitos para contraerlo; al parentesco, sus lineamientos y grados; los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio; de los alimentos; del divorcio y de los matrimonios nulos e ilícitos.

En relación al artículo 283 del Código Civil vigente, origen del presente trabajo de tesis, éste encuentra su antecedente en los artículos 268, 271 y 272 del código en estudio y que a continuación se transcriben a la letra:

Artículo 268.- Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente

en quien recaiga la patria potestad se proveerá a los hijos de tutor, conforme a los artículos 546, 547, 555 y 556 en su respectivo caso.

De acuerdo al contenido del citado artículo, al rompimiento del matrimonio si ambos cónyuges fueran condenados a la pérdida de la patria potestad sobre sus menores hijos, de no haber otro ascendiente en quien recaiga ese ejercicio, la obligación para su ejercicio recaía en las siguientes personas:

- 1.- Los hermanos varones por ambas líneas.
- 2.- Por falta o incapacidad de los hermanos varones, les correspondía a los tíos, hermanos del padre o de la madre.
- 3.- De entre los hermanos o tíos, mediante una facultad discrecional del juez, se elegía al más apto.

Al respecto me permito hacer una reflexión para destacar que la facultad discrecional concedida al juez para elegir de entre los hermanos o tíos del menor al más apto, a que se refiere el inciso tres que antecede y concretamente el artículo 547 del Código Civil de 1870, en estudio, no es más que otra de las lagunas que el legislador de esa época heredó a generaciones futuras de legisladores y que desgraciadamente ha venido a constituir en el gobernado y concretamente en el menor sujeto al ejercicio de la patria potestad, el desamparo de éste

y en consecuencia el de poner futuro al arbitrio de una persona llamada juez.

4.- Al tutor nombrado por el juez se le denominaba tutor dativos, quien se hacia cargo del menor de 14 años de edad; sin embargo el hijo mayor de 14 años podia designar el nombre de la persona que a su juicio debia ejercer la custodia de este, designación que se ponía a consideración del juez, quien podia ratificar dicho nombramiento, si para ello no hubiere justa causa que se opusiera.

Artículo 271.- El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derecho sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrará muerto éste, si el divorcio se ha declarado por las causas tercera, quinta y sexta, contenidas en el artículo 240.

El citado artículo aún cuando establece como pena el que se le condene al cónyuge culpable del divorcio a la perdida del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos en matrimonio, tiene la salvedad de que el cónyuge culpable del divorcio, podia recuperar el ejercicio de la patria potestad al morir el cónyuge inocente. En nuestro concepto esta medida prevista por el legislador de 1870, es acertada dado que las circunstancias que originaron el rompimiento conyugal, pueden ser superadas tratándose de las

causales que contempla el artículo 240 del código en estudio, como son:

Tercera .- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro, para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. Tratándose de ésta causal es evidente que el cónyuge incitador requiera de una terapia psicológica para corregir su comportamiento.

Cuarta .- El abandono sin causa justa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años. En este supuesto el cónyuge que abandono el hogar, puede regresar al lugar donde se encuentren los hijos y superar su estadia con el único propósito de dedicarse al cuidado de los menores.

Quinta .- La sevicia (malos tratos o crueldad excesiva) del marido con su mujer o de ésta con aquel. En este supuesto al igual que la primera causal ya comentada, será necesario someter al cónyuge culpable al tratamiento psicológico adecuado, y una vez superado el problema que le aqueja, podrá estar en aptitud de ejercer nuevamente la patria potestad de sus menores hijos.

Es necesario reparar en que la medida se considerara acertada siempre y cuando el menor no se encuentre afectado en su sano desarrollo físico y mental, para ello seria indispensable valorar al menor, cosa que aún en la actualidad no se hace oficiosamente.

Artículo 272.- En los demás casos y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveera de tutor a los hijos a la muerte del cónyuge.

De nueva cuenta se advierte en el artículo que antecede, la obscuridad del legislador de esa época al redactar el contenido del mismo, pues al decir "En los demás casos ..." y no especificar en cuales, deja sentada la duda para su interpretación y alcance; encontrándose así mismo el sentido proteccionista del menor, para que a la muerte de su progenitor encargado de ejercer la patria potestad y no habiendo otro ascendiente, se proveera de un tutor; aún en los últimos párrafos se advierte la obscuridad del citado artículo, pues no señala quien deberá de proveer de tutor al menor.

Como se aprecia de la lectura de los citados artículos, el Código Civil de 1870, contempla la pérdida de la patria potestad en caso de divorcio necesario, como un castigo decretado al cónyuge culpable, para el caso de que el divorcio se hubiere sustentado en una de las causales que vinieran a poner en riesgo la formación y el sano desarrollo físico y mental del menor, en ocasiones deformando su conducta y principios éticos y morales.

b) CÓDIGO CIVIL DE 1884.

Este Código fue promulgado el 14 de diciembre de 1883, por el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos Manuel González, denominándose Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California; este Código en lo referente al derecho familiar, contenía disposiciones similares a la del Código Civil de 1870.

En este código se encuentra el antecedente del artículo 283 que actualmente nos rige, y que es materia de estudio en este apartado, en los artículos 245, 248 y 249, mismos que se analizarán a continuación:

Artículo 245.- Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos ó se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a los artículos 446, 447 y 458.

En esencia este artículo conserva similitud en relación con el Código Civil de 1870, en cuanto al contenido del supuesto hipotético, de quién ejercerá la patria potestad sobre los hijos, en sustitución del o los cónyuges culpables del divorcio; señalando al unisono la designación de tutor para el caso de que no hubiera ascendientes de entre los

divorciantes, por lo que el ejercicio de la patria potestad correspondía a :

1.- Los hermanos varones, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas.

2.- Por falta de capacidad de los hermanos, a los tíos hermanos del padre o de la madre.

Si hubiere varios hermanos de igual vínculo o varios tíos de igual grado, el juez elegirá de entre ellos al que le pareciera más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido catorce años de edad, él mismo hará la elección.

De lo anterior se puede observar que el legislador de 1884, faculta al menor que hubiere cumplido catorce años de edad para que sea éste quien designe a un tutor que ejerza sobre él la patria potestad, siempre y cuando sea capaz; esta reforma vino a auxiliar al juzgador en la designación de tutor, cuando los padres del menor hubieran sido condenados como cónyuges culpables a la pérdida de la patria potestad como consecuencia de un divorcio necesario, pues la designación del tutor no estaría sujeta exclusivamente al arbitrio del juzgador quien por carecer de técnicas adecuadas en ocasiones desconoce verdaderamente los antecedentes del supuesto candidato a desempeñar dicho cargo.

Así mismo, la legislación que nos ocupa contenía dentro de su artículo 458 la designación de un tutor que hacía el juzgador al menor cuando éste no hubiere cumplido aún los catorce años de edad, a esta figura jurídica se le denominaba hasta nuestros días como tutor dativo.

Como se ha visto y dado que la legislación en estudio tiene una gran similitud en cuanto a contenido y alcance de sus preceptos que se han enunciado, cabe hacer la siguiente reflexión y destacar que tanto el Código Civil de 1884 como su antecesor de 1870, conciben a la pérdida de la patria potestad como una pena impuesta al cónyuge culpable, tratándose de divorcios necesarios y al mismo tiempo prevé el aseguramiento de los menores al hacer la designación de un tutor que venga a sustituir a sus progenitores en el desempeño de la patria potestad. No obstante que se ha mencionado que la legislación en estudio vela por el aseguramiento de los menores, es importante recordar que el Código Civil de 1884 poseía en su contenido graves lagunas jurídicas que bien valdría la pena, desarrollar un trabajo de investigación mediante un estudio más minucioso para referirnos a cada una de ellas.

c) LEY DE RELACIONES FAMILIARES

Sin duda esta Ley para el presente trabajo reviste relevante importancia, pues es aquí donde el artículo 283 del Código Civil que actualmente nos rige encuentra su antecedente inmediato, motivo por el cual obligadamente se debe entrar a su estudio, no sin antes mencionar que la Ley de Relaciones Familiares fue promulgada el 12 de abril de 1917, por el entonces Presidente de la República Mexicana Don Venustiano Carranza.

Así se encuentra que esta Ley disponía en su artículo 94 que: ejecutoriado el divorcio, los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fueren y no hubiere ascendiente en quien pudiera recaer dicho ejercicio, se proveería a los hijos de tutor, conforme a la Ley.

Como se puede observar en esencia este artículo conserva los supuestos hipotéticos de los artículos 268 del Código Civil de 1870 y 245 del Código Civil de 1884, mismos que ya han sido tratados, sin embargo hay que señalar que el artículo en estudio concretamente en su parte final refiere:

" ... pero si ambos lo fueren y no hubiere ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a la Ley "

Debemos suponer que el legislador de esa época se refería a la Ley de Relaciones Familiares en estudio, debido a que como se desprende de la lectura del citado párrafo es omiso al dejar de señalar cual sería la ley aplicable. Ante lo anterior y supliendo la deficiencia del legislador debemos referirnos a los artículos de la Ley de Relaciones Familiares que se referían a la tutela y la forma de proveerla al menor, tratándose del supuesto a que se refiere el artículo 94 que en párrafos anteriores ha quedado anotado.

El artículo 333, establecía en su parte conducente, que había lugar a tutela legítima en los siguientes casos:

I.- En los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad o de impedimento del que o los que deben ejercerla.

II.- Cuando no hay tutor testamentario.

III.- Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.

Como se observa, la fracción tercera del citado artículo, viene a complementar el contenido de la disposición del artículo 94 de la Ley en estudio, en la hipótesis de designar tutor en los casos de divorcio. Ahora bien, la citada Ley señalaba que dicha tutela debían ejercerla primeramente los

hermanos varones prefiriéndose a los que los sean por ambas líneas; por falta o incapacidad de los hermanos a los tíos, del menor que fueran hermanos del padre o la madre; si hubiere varios hermanos o tíos del menor del mismo vínculo, el juez debía elegir entre ellos al que le pareciera más apto y en caso de que el menor hubiera cumplido catorce años, el mismo haría la elección, disposiciones estas, que se encontraban contenidas en los artículos 334 y 335 de la Ley en estudio.

Por otra parte se debía proveer al menor de Tutor dativo, en el caso de que no hubiera tutor legítimo en quien recayera el ejercicio de la patria potestad del menor y no hubiera otro pariente de los designados por el artículo 334, la designación de tutor dativo le estaba encomendada al juez en caso de que el menor no hubiera cumplido catorce años de edad, pues si era mayor de esta edad, el mismo podía a la persona que debía ejercerla, debiendo el juez, confirmar o negar el nombramiento hecho por el menor, si en el último de los supuestos tuviera causa alguna para hacerlo, no sin antes haber sido oído el menor en voz de persona designada por éste para su defensa.

El legislador pretendiendo abarcar las generalidades y modalidades que representa proveer de tutor a los menores ante el supuesto estudiado, nos remite a la tutela en general, que en la citada Ley de Relaciones Familiares se

encontraba regulada en los artículos 333, 334, estableciendo en el primero de ellos que se dará la tutela legítima en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad o de impedimento de quien deba ejercerla y cuando se nombre tutor por causa de divorcio, es de observarse que éste artículo es importante, ya que fija la situación de los hijos en cuanto quien vendrá a ejercer la patria potestad sobre ellos en los supuestos hipotéticos de que se decreta la suspensión o la pérdida de la patria potestad, sobre quien la venía ejerciendo, incluyendo el nombramiento de tutor en caso de divorcio; en cuanto al segundo de los artículos citados, éste establecía a quien correspondía la tutela legítima, señalando en primer lugar a los hermanos varones, prefiriéndose a los que sean de ambas líneas; a falta de éstos o por incapacidad de los mismos, les corresponderá a los tíos, esto es a los hermanos del padre o de la madre del menor, este artículo se complementa con el artículo 335 ambos de la Ley en estudio en el sentido de que si fueren varios hermanos de igual vínculo o varios tíos de igual grado, el juez elegirá de entre ellos el que parezca más apto, pero en caso de que el menor fuera mayor de catorce años, entonces el podía hacer la elección.

4) CÓDIGO CIVIL DE 1928

Este código fue expedido por el Presidente de la República Plutarco Elías Calles por decretos del 7 de enero, --

6 de diciembre de 1926 y 3 de enero de 1928, denominándosele Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia Común para toda la República en Materia Federal, en cuyo contenido dedica el capítulo Decimo, denominado Del Divorcio, a todo lo referente a las relaciones conyugales y su disolución, en consecuencia el citado capítulo contiene la normatividad que en ese entonces regulaba la situación de los menores en caso de que a uno o a ambos cónyuges se les condenara a perder la patria potestad sobre sus menores. Así encontramos que el artículo 283, se dividía en tres reglas.

La primera disponía que los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, cuando la causa del divorcio fuere por adulterio probado de uno de los cónyuges; que la mujer diere a luz un hijo durante el matrimonio, concebido antes de celebrarse éste y se declarara ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a la mujer; la incitación o violencia de un cónyuge al otro para cometer algún delito; los actos inmorales ejecutados por cualquiera de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos o la tolerancia en su corrupción; la separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada; haber cometido cualquiera de los cónyuges un delito que no sea político pero sí infamante por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años; los hábitos de juego o de embriaguez o el uso persistente de drogas que amenacen causar la ruina de la familia, o que

constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal, causales estas de divorcio que se encontraban contenidas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267 del Código Civil en estudio. Sin embargo, señala el artículo en estudio, si ambos cónyuges fueran culpables, la patria potestad quedaba bajo el ascendiente que correspondiera y si no lo hubiere se designaría tutor.

En la segunda regla, se establecía que cuando la causa del divorcio fuera por la separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolongaba por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio; la declaración de ausencia legalmente hecha, o la 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; la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge al otro; la negativa de los cónyuges de darse alimentos; la acusación calumniosa de uno de los cónyuges hacia el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña siempre que el acto estuviera señalado en la ley con pena mayor de un año de prisión, en todos estos supuestos, los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste

el cónyuge culpable recuperaba la patria potestad; en caso de que los dos cónyuges fueran culpables, a ambos se les suspendía en el ejercicio de la patria potestad, quedando a cargo del ascendiente que correspondiera el ejercicio de la patria potestad sobre los menores, en caso de que no hubiera ascendiente en quien recayera dicho ejercicio, se debía nombrar a un tutor.

A diferencia de la primera regla, el legislador de ese entonces concedía la recuperación del ejercicio de la patria potestad al cónyuge culpable, solo en el caso de que el otro cónyuge declarado culpable hubiera muerto, así el ascendiente o en su caso el tutor dejaba de ejercer ese derecho sobre el o los menores.

Tercera regla, cuando la causa del divorcio se hubiera declarado por que uno de los cónyuges padeciera de sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio; padecer enajenación mental incurable, en estos casos la patria potestad quedaba en poder del cónyuge sano, y el cónyuge enfermo conservaba los demás derechos sobre la persona y bienes de su hijo.

Es importante resaltar, la preocupación del legislador por el bienestar del menor, pues en el artículo 283 del código en estudio, por primera vez clasifico las causales

de divorcio para determinar la situación de los hijos respecto a sus progenitores y en consecuencia a quien debía encomendarse el ejercicio de la patria potestad en tratándose de sentencias de divorcio. De acuerdo a esa clasificación y del análisis que se hizo a las mismas se observa que están divididas las causales que daban origen a la pérdida o suspensión de la patria potestad, en graves, menos graves y leves según la trascendencia que en perjuicio de los hijos se tuviera, tomando en cuenta la integridad moral o corporal, educación, instrucción y formación de los hijos.

e) REFORMAS HASTA NUESTROS DIAS

Tomando en consideración que el Código Civil de 1928, es el que actualmente nos rige y que a través del tiempo solo se han realizado las reformas que los legisladores han considerado pertinentes y oportunas, de acuerdo a los cambios y necesidades que la comunidad ha venido presentando. Así pues tenemos que las reformas que ha sufrido el artículo 283 del citado código, en el periodo comprendido de 1928 a 1995, ha sido únicamente una, que es, la del 27 de diciembre de 1983, publicada en el Diario Oficial de la Federación, siendo Presidente de la República el Lic. Miguel de la Madrid Hurtado, reforma ésta que vino a cambiar el sentido y la interpretación para determinar la situación de los hijos tratándose de

sentencias de divorcio, quedando el artículo 283 de la siguiente manera:

" La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las mas amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su perdida, suspensión o limitaciones, segun 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."

El estudio del contenido del citado artículo, con la reforma a que se ha hecho referencia, se tratará con mayor profundidad en el capítulo IV, del presente trabajo de investigación.

INTERPRETACIÓN Y ALCANCE EN LA ACTUALIDAD

En cuanto a la interpretación del contenido del artículo 283 del Código Civil vigente, es de hacer notar que los Legisladores otorgaron al juez, una facultad sin límites al expresar en el contenido del citado artículo "...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...", facultad ésta que en las anteriores legislaciones que en su oportunidad se han estudiado, no se concedía, debiendo el juez, para decretar la suspensión o pérdida de la patria potestad, a las causales de divorcio establecidas por la ley y hacer una evaluación de éstas en cada caso concreto para poder tomar tal determinación.

En nuestro concepto el citado artículo lejos de aliviar la situación jurídica del menor en pos de su desarrollo físico, mental, moral y espiritual así como la conservación del núcleo familiar, deja una enorme laguna por resolver, dado que determinar la suerte que en lo futuro podría correr el menor que se viera afectado, como resultado de que uno o los dos de sus progenitores fuera condenado a la pérdida de la patria potestad, quedaría en manos (del criterio), de una persona llamada juez en el ámbito del derecho mexicano, sin que exista de por medio un parámetro que le sirva de guía para determinar en que casos deberá proceder la suspensión o pérdida de tal ejercicio, en contra posición a lo que establecía el artículo 283 antes de la reforma de 1983.

En cuanto al cuidado de los menores para determinar quien deberá ejercer la patria potestad, el artículo en estudio se limita exclusivamente a señalar que al respecto

"...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 designar tutor...", dejando de nueva cuenta una laguna por resolver, pues aún cuando el mismo artículo no lo señala, es de suponerse que el juez deberá remitirse al contenido de los Títulos Octavo y Noveno que se refieren a la Patria Potestad y a la Tutela respectivamente ambos del código Civil en vigor.

En relación al alcance del artículo en estudio, se debe destacar que comprenderá todos los juicios de divorcio en los que necesariamente les recaiga una sentencia, misma que determinará la situación de los hijos, específicamente lo inherente a la suspensión o pérdida de la patria potestad.

C A P I T U L O

II

LA CONSTITUCIÓN DE 1917 Y LA GARANTÍA DE LEGALIDAD DE LOS
ARTÍCULOS 14 y 16.

- 1.- CONCEPTO DE GARANTIA Y SU CLASIFICACIÓN.
- 2.- CONCEPTO DE GARANTIA DE LEGALIDAD.
- 3.- LA CONSTITUCIÓN Y SU SUPREMACIA.
 - a) INVIOLABILIDAD DE SUS PRECEPTOS.
 - b) BREVE ANALISIS DEL CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 14 y 16 .
- 4.- LA CONSTITUCION Y EL ESTADO DE DERECHO.

LA CONSTITUCION DE 1917 Y LA GARANTIA DE LEGALIDAD DE LOS ARTICULOS 14 Y 16.

1.- CONCEPTO DE GARANTIA Y SU CLASIFICACION

Para entrar al estudio de la garantía, que ocupa la importancia del presente capítulo, consideramos necesario primeramente definir que es o a que se le da el nombre de garantía dentro del sistema jurídico mexicano, así pues tenemos que la palabra garantía significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, por lo que tiene una connotación muy amplia, jurídicamente hablando diversos autores han dado definiciones diversas con respecto a lo que es la garantía, de esta manera Don Isidro Montiel y Duarte en su Estudio sobre las Garantías Individuales señala que " todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aún cuando no sea de las individuales"; por otro lado el Maestro Fix Zamudio sostiene en su libro El juicio de Amparo que " solo pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales, señalando además que para él existen dos clases de garantías las fundamentales que no son otras que las individuales, sociales e institucionales y las de la constitución que no son otras que los métodos procesales

fundamentales, cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto de su forma o contenido.

Por su parte, Don Alfonso Noriega C. identifica a las garantías individuales con los llamados derechos del hombre y sostiene que esas garantías son derechos naturales inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas de acuerdo con su propia y natural vocación individual y social.

El Doctor Ignacio Burgoa, en su libro titulado Las Garantías Individuales, define a éstas como la consagración jurídico-positiva de los derechos del hombre, como potestad inherentes a su personalidad y naturaleza, como un ser o ente racional, cuya observancia y respetabilidad es obligatoria para las autoridades estatales y del Estado mismo, en las relaciones que se dan entre gobernantes y gobernados.

De las anteriores definiciones que se han venido citando en relación al significado de lo que es una garantía, es de hacerse notar que aún cuando no hay una compatibilidad entre ellas, creemos que las definiciones dadas sí pueden ser complementarias, y que las que más se apegan al concepto de

garantía son sin duda la de Don Alonso Noriega e Ignacio Burgoa, ya que se destaca en su concepto que la Constitución debe garantizar y proteger los derechos naturales del hombre, dados como un ser racional, dentro de los que se destacan el derecho a la vida, la libertad y la igualdad, solo por mencionar a las más indispensables, y cuya observancia y respetabilidad debiera ser obligatoria para el Estado y sus gobernantes.

Históricamente hablando, se puede observar que en la cultura de los Aztecas no se daba y era imposible que se diera la libertad por estar divididos en clases sociales, aunado a que la única autoridad imperante en esa cultura estaba en manos de una sola persona, si entre los aztecas se llegó a conocer el derecho a la propiedad, a la libertad al trabajo y a la educación fue solo en provecho de determinada clase, pero la comunidad en sí de los aztecas quedó desprotegida y sometida al libre albedrío de su gobernante.

En la época de la colonia se impusieron las leyes que regían en España y el indígena era considerado como un esclavo, pues eran entregados como parte de la tierra para que la trabajaran, tierra que era entregada a aquellos españoles que se habían distinguido en la conquista, denotándose con esto que los indígenas carecían de todo derecho y mucho menos de garantía alguna que los protegiera.

Es hasta el año de 1814 en que se empiezan a dar los comienzos de lo que serían las garantías, declarándose que la América es libre e independiente de España, y es a través de José Ma. Morelos y Pavón en su proyecto de Constitución, mejor conocido como Sentimientos de la Nación, en la que establece:

- La soberanía dimana del pueblo la que depositada en sus representantes debía dividirse en tres ramos Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

- Debía ser respetada la propiedad y el domicilio inviolable.

Esta Constitución se divide en dos partes siendo la más importante la primera pues es en ésta donde se regula la soberanía, y se clasifican los derechos de los ciudadanos, la igualdad, la propiedad y libertad. Cabe señalar que ésta Constitución no tuvo vigencia pero fue la que dió el impulso, al ánimo y entusiasmo de la población mexicana para alcanzar su libertad.

Es en el año de 1857 que, bajo los antecedentes de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la Declaración Francesa de 1789 que se crea una nueva carta magna, tomando en cuenta al individuo como base de las instituciones sociales, así el artículo primero de ésta constitución señala: " El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre, son la base y el objeto de las instituciones sociales, en

consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución"; es así que, la señalada Constitución impone al Estado y sus gobernantes la obligación de respetar el contenido de los derechos reconocidos al hombre, en donde por primera vez se hace una clasificación de los mismos y se destacan los de libertad, igualdad, propiedad y legalidad, aún cuando no se consignan expresamente, se señala que si se encuentran incluidos en los derechos públicos reconocidos al gobernado. Es así que en ésta Constitución dentro de sus primeros veintinueve artículos se establecieron los derechos de enseñanza, de trabajo, de pensamiento de petición, de asociación, de comercio e imprenta.

Posteriormente en la Constitución de 1917 que es la que actualmente nos rige, adopta la clasificación de las garantías individuales que han servido de base para otros documentos jurídico-políticos, así encontramos que los derechos del gobernado se encuentran garantizados por el Estado en el contenido de los primeros veintinueve artículos, de los cuales se destaca la siguiente clasificación:

a).- Garantía de igualdad.- Que tiene por objeto evitar los privilegios injustificados y colocar a todos los gobernados en la misma situación ante la ley, garantía que se

consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución"; es así que, la señalada Constitución impone al Estado y sus gobernantes la obligación de respetar el contenido de los derechos reconocidos al hombre, en donde por primera vez se hace una clasificación de los mismos y se destacan los de libertad, igualdad, propiedad y legalidad, aún cuando no se consignan expresamente, se señala que si se encuentran incluidos en los derechos públicos reconocidos al gobernado. Es así que en ésta Constitución dentro de sus primeros veintinueve artículos se establecieron los derechos de enseñanza, de trabajo, de pensamiento de petición, de asociación, de comercio e imprenta.

Posteriormente en la Constitución de 1917 que es la que actualmente nos rige, adopta la clasificación de las garantías individuales que han servido de base para otros documentos jurídico-políticos, así encontramos que los derechos del gobernado se encuentran garantizados por el Estado en el contenido de los primeros veintinueve artículos, de los cuales se destaca la siguiente clasificación:

a).- Garantía de igualdad.- Que tiene por objeto evitar los privilegios injustificados y colocar a todos los gobernados en la misma situación ante la ley, garantía que se

encuentra contenida en el texto de los artículos 1o, 2o, 4o, 12o y 13o.

b).- Garantía de libertad.- Se traduce en el respeto que el Estado debe observar respecto de ciertas libertades concedidas al gobernado, consideradas indispensables para que éste se desarrolle y alcance sus propios fines, garantía que se encuentra contenida en los artículos 4o, párrafo segundo, 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10o, 11o, 24o, 25o, y 28o.

c).- Garantía de Propiedad.- Que es el reconocimiento que se hace a los particulares, de la propiedad privada, transmitiendo el dominio de tierras y aguas que originalmente pertenecen a la Nación, garantía que se encuentra contenida en el artículo 27o.

d).- Garantía de Seguridad Jurídica.- Que se refiere a la observancia de determinadas formalidades, requisitos, medios, condiciones, etc. por parte del Estado para que la actuación de éste sea constitucionalmente válida, en la afectación de la esfera jurídica del gobernado, y que se encuentra establecida en el contenido de los artículos 14o, 15o, 16o, 17o, 18o, 19o, 20o, 21o, 22o, 23o, y 26o.

Hemos visto ya la clasificación que de las garantías del gobernado hace la Constitución que actualmente nos rige, sin embargo quisimos señalar por separado que el artículo 29 del citado ordenamiento constituye una garantía de seguridad para el gobernado, en virtud de que no existe dentro de la Constitución ninguna otra salvedad para que el Estado deje de observar la respetabilidad de dichas garantías, sino en los casos en que se ponga en peligro la sociedad como son la invasión, conflicto o perturbación grave de la paz pública, y en estos casos solo el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, bajo la autorización del Congreso de la Unión y estando de acuerdo con las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y Procuraduría General de la República podrá suspender las garantías que fueren obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación que atente contra la estabilidad de la sociedad, por un tiempo limitado, debiendo restablecerse su observancia en cuanto sea superado el conflicto o perturbación.

De lo anterior se advierte que las garantías individuales aparecieron en los pueblos cuya cultura era avanzada y a base de luchas fueron arrancadas en forma sucesiva y reconocida por quienes detentaban el poder, llegando en México hasta culminar en el ordenamiento constitucional de 1917

en donde se reúnen los derechos que son necesarios para que el hombre se desenvuelva en la sociedad.

2.- GARANTIA DE LEGALIDAD

Después de haber hecho un análisis de lo que es en si una garantía, se pasara al estudio de lo que es nuestro tema de investigación, esto es la garantía de legalidad.

La garantía que mayor protección imparte al gobernado es sin duda la de legalidad, que se encuentra consagrada en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Su eficacia jurídica radica en el hecho de que por su mediación se protege todo el sistema de derecho, que rige en nuestro país desde la misma constitución hasta el reglamento mas minucioso.

Así tenemos que la garantía de legalidad a la que nos hemos referido, se encuentra contenida, en el párrafo cuarto del artículo 14 de nuestra Constitución, al señalar: "...En los juicios de orden civil la sentencia definitiva debiera ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los Principios Generales del Derecho.". En éste sentido el constituyente de 1917 se refiere ya al acto de autoridad que para traspasar la esfera jurídica del gobernado, lo hace mediante una sentencia

definitiva, una vez agotado un juicio previo, y en relación al párrafo en estudio podemos anotar que la garantía de legalidad es extensiva, no solo a las sentencias definitivas que vengan a resolver una situación jurídica de determinada persona, sino a cualquier resolución que la autoridad haga hasta antes de causar alguna molestia al gobernado.

Dado que, dentro de éste mismo capítulo se realizará un análisis de los comentados artículos en donde se encuentra contenida la garantía de legalidad es que no ahondamos en mayores comentarios al respecto, sin embargo podemos concluir que ésta garantía deriva a su vez de la garantía de seguridad jurídica, de acuerdo a la clasificación que se hizo en nuestra constitución, a la que ya nos hemos referido en el subtítulo anterior y que dicha garantía impone al Estado rebasar la esfera jurídica del gobernado bajo ciertos requisitos formales, es decir, siempre y cuando dicha afectación se encuentre fundada en una disposición legal anterior a la molestia y que exista una justificación para ello, para considerar que el acto de el gobernante se encuentra ajustada a derecho de acuerdo a nuestra Constitución.

Por otra parte del estudio del contenido del artículo 16 de la Constitución, se puede establecer que la garantía de legalidad condiciona todos los actos que molestan al gobernado dentro de su persona, familia, domicilio, papeles

o posesiones realizados por una autoridad, pues la garantía en estudio señala que dichos actos deben tener una causa o elemento legal que los motive, es decir, estar debidamente fundados y motivados.

Entendiéndose por fundamentación el que dicha molestia debe basarse en una disposición normativa general, esto es, que el acto de autoridad exista en una ley que lo autorice; y por motivación debe entenderse la adecuación que la autoridad haga a un caso concreto, es decir, que la autoridad deberá hacer la molestia respaldado en una causa que la justifique, o en hechos, circunstancias o modalidades objetivas en donde se encuentre normativamente previsto su acto, motivos éstos que deberán estar sustentados por un mandamiento escrito, con la finalidad de que el afectado esté en condiciones de producir su defensa.

Para dejar más claro lo referente a la fundamentación y motivación como elementos esenciales de la garantía de legalidad se señala el siguiente ejemplo:

La visita domiciliaria que realiza Pedro quien es un funcionario de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante una orden de visita por escrito que contiene la relación de los documentos que se van a revisar al negocio de Juan, quien a su vez, es un contribuyente ante Hacienda por tener establecida una tienda de abarrotes. Visita domiciliaria que Pedro realiza con la finalidad de efectuar una revisión

fiscal de los impuestos de Juan. En este ejemplo la primer fundamentación se encuentra contenida en el artículo 16 de la Constitución que establece que las visitas domiciliarias deben practicarse con sujeción a las formalidades prescritas para los cateos, contenidas en el mismo artículo y que son: deberá expresarse el lugar que ha de inspeccionarse, en su caso la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, en el caso que nos ocupa por tratarse de una visita domiciliaria de una autoridad administrativa, esta deberá practicar dicha visita únicamente para cerciorarse de que Juan se encuentra al corriente en el pago de sus impuestos y por tanto que ha acatado las disposiciones fiscales, debiendo revisar dicha autoridad los libros y papeles indispensables para ese fin.

En cuanto a la fundamentación del ejemplo en estudio, la encontramos en el artículo 42 del Código Fiscal de la Federación fracciones II y III, que concretamente dispone: que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para comprobar si el contribuyente cumple con las disposiciones fiscales podrá requerir a los contribuyentes para que exhiban en su domicilio establecimiento o en las oficinas de las propias autoridades, la contabilidad y los datos y documentos que se requieran para llevar a cabo su revisión, y podrá practicar visitas a los contribuyentes pudiendo revisar su contabilidad, bienes y mercancías.

3.- LA CONSTITUCIÓN Y SU SUPREMACÍA

La Constitución dentro de un sistema de derecho, se considera como la ley fundamental de donde dimanar otras leyes, siendo al mismo tiempo considerada como Ley suprema del Estado.

Supremacia y fundamentalidad son dos conceptos inseparables que denotan dos cualidades concurrentes en toda constitución, es decir, es suprema por ser fundamental y es fundamental por ser suprema.

Así entendida, si la constitución no estuviere investida de supremacía, dejaría de ser el fundamento de la estructura jurídica del Estado, ante la posibilidad de que las normas secundarias pudieran contrariarla sin carecer de la validez formal.

El principio de supremacía constitucional se explica, por el carácter de ley fundamental que ostenta la Constitución, ya que sin él no habría razón para que fuese suprema y por ser fundamental, no puede estar superditada a otra.

La supremacía de la Constitución implica que ésta sea el ordenamiento cuspide de todo derecho positivo del Estado, situación que la convierte en el índice de validez formal de todas las leyes secundarias y ordinarias que forman

el sistema jurídico Estatal, en cuanto que ninguna de ellas debe oponerse, violar o simplemente apartarse de las disposiciones constitucionales.

De esta manera se encuentra que en el Sistema Jurídico Mexicano, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 que es la que actualmente nos rige, esta por encima de todas las leyes y reglamentos existentes dentro del territorio nacional, y que ninguna de éstas leyes y reglamentos podran traspasar las disposiciones contenidas en la constitución, de ahí, la supremacia de la Constitución, y más aun todas las leyes y reglamentos deben ser apegados al contenido de ésta.

Del principio de supremacia de la constitución y de su aplicación en la dinámica jurídica, se derivan varias consecuencias como son:

a).- El control de la constitucionalidad de las leyes, que se impone a raíz de la necesidad de que la constitución debe de condicionar el ordenamiento jurídico en general, en razón de su supremacia.

b).- La imposibilidad jurídica de que los órganos deleguen el ejercicio de las competencias que les ha atribuido la constitución, esto es, la prohibición implícita que uno de los poderes pueda desahogar sobre otro su cometido

y su función, en el entendido de que un poder no puede usurpar lo propio de otros y tampoco puede delegar lo suyo a otro distinto.

El principio de supremacía en el Constitucionalismo Mexicano, lo encontramos consagrado en el artículo 133 de la constitución de 1917, que corresponde al artículo 126 de la Constitución que le antecede, es decir la de 1857, siendo el texto del citado artículo:

" Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que esten de acuerdo con la misma celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en la Constitución o Leyes de los Estados".

La primera parte de este artículo otorga el carácter de supremacía no solo a la Constitución sino también a las leyes dadas por el Congreso Federal que emanen de ella y a los Tratados Internacionales que celebre el Presidente de la República con aprobación del Senado.

Sin embargo, la supremacía se reserva al ordenamiento constitucional, pues tanto las leyes como los

tratados, en cuanto a su carácter supremo, están sujetos a la condición de que no sean contrarios a la Constitución (condición que omitió el artículo 126 de la Constitución de 1857), en caso de no ser así, no tendrán validez.

Así pues Felipe Tena Ramírez (a) señala al respecto:

" Aunque la expresión literal del texto autoriza a pensar a primera vista que no solo es la Constitución la Ley suprema, sino también las Leyes del Congreso de la Unión y los Tratados, desprendiéndose sin embargo, del mismo texto que la Constitución es superior a las Leyes Federales, porque éstas para formar parte de la ley suprema, deben emanar de aquella, esto es, deben tener su fuente en la Constitución.

Es en la Constitución donde se crean los Organos o Poderes encargados en el ejercicio del Poder Público del Estado, estos poderes son el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial quienes se encuentran subordinados en su actuación, a los mandatos constitucionales.

El comentado artículo 133 de la Constitución de 1917 al que se ha venido haciendo referencia; en su párrafo segundo señala que la supremacía de la Constitución es en materia judicial al establecer que:

(a) TENA RAMÍREZ, Felipe.- Derecho Constitucional.- Editorial Porrúa.- 5a. Edición México 1985. págs 702- 703

"...Los jueces de cada Estado se arreglaran a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puede haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

Supremacía que se complementa con la disposición contenida en el artículo 128 del máximo ordenamiento jurídico, al señalar:

" todo Funcionario Público sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su cargo prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen".

El citado artículo se impone a todo Funcionario que desempeñe un cargo público, sin distinciones de ninguna especie. Es evidente que el ordenamiento supremo se reviste de primacía aplicativa sobre cualquier norma secundaria, así como de constreñir a toda Autoridad sin distinciones y acatar los mandatos de la Ley Fundamental contra disposiciones no constitucionales que la contraríen.

a) INVIOLABILIDAD DE SUS PRECEPTOS

La inviolabilidad de la Constitución denota un concepto que se vincula a los del Poder Constituyente:

Supremacia, fundamentabilidad y legitimidad del mismo ordnamento, de aquí que la Constitución es inviolable porque solo puede ser quebrantada, desconocida o reemplazada mediante el ejercicio del poder, cuyo titular es el pueblo.

La inviolabilidad significa la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, cambiada o sustituida por fuerza que no emanen del poder constituyente o por grupos que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo.

La Constitución es jurídicamente inviolable frente a movimientos de diversa índole y tendencias diferentes, provenientes de grupos o sectores que no tengan un carácter auténticamente revolucionario.

El artículo 136 de la Constitución aplicando la teoría de la inviolabilidad, utiliza frases como rebelión y trastornos públicos, no así la de revolución o movimiento revolucionario, sin embargo, se establece que la Constitución no perderá fuerza y vigor y seguirá siendo la Ley Suprema y fundamental de México, aunque deje de aplicarse, esto es, aún cuando temporalmente se interrumpa su observancia por los hechos de rebelión y trastornos a que hemos hecho referencia. Y en caso de que se dieran estos supuestos y además se estableciera

un gobierno contrario a los principios que sanciona la Constitución Mexicana, y como consecuencia de ello se estableciera un gobierno contrario a los principios que sostiene, en cuanto el pueblo recobre su libertad, se restableciera su observancia.

El Poder Constituyente de 1917 creador de la Constitución que actualmente nos rige, pretendió al establecer el artículo 136 proteger el contenido de la legislación jurídica suprema, en virtud de que la historia le había enseñado a la Nación que todos los movimientos revolucionarios anteriores a su creación, atentaban contra la estabilidad de sus pobladores, pues el grupo o grupos que lograban derrocar a los gobiernos existentes, pretendían una vez en el poder modificar la estructura jurídica existente en el país, y el citado artículo 136 frena el ímpetu de grupos minoritarios que ocasionen brotes de rebelión y trastornos públicos, pues no les permite a éstos alterar, modificar o interrumpir la observancia de los preceptos establecidos por la Constitución, y con ello el evitar así mismo la violación de sus preceptos con su inobservancia. En el extremo caso de que un movimiento subversivo contrario a los principios constitucionales se apoderara del gobierno, una vez que el pueblo recobre su libertad, se recobrará también la observancia de la Constitución; cabe hacer una anotación al respecto, como lo mencionamos en párrafos anteriores, el legislador deja a un

Constitución; cabe hacer una anotación al respecto, como lo mencionamos en párrafos anteriores, el legislador deja a un lado un movimiento revolucionario que trajera como consecuencia por expresión voluntaria del pueblo, el establecimiento de un nuevo Poder Constituyente que vendría a modificar o establecer un nuevo concepto de Constitución, y en este sentido el citado precepto 136 y su observancia serían irrelevantes.

b) BREVE ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LOS ARTICULOS 14 y 16 CONSTITUCIONALES.

Estos artículos comprenden la garantía de Seguridad Jurídica, esta garantía implica el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad del Estado, que genere una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, de aquí que el Acto de Autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar los requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previas no será válido a la luz del derecho.

Una vez que se ha determinado en forma breve lo que es la garantía de Seguridad Jurídica, pasaremos al análisis de los artículos:

ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL

Este articulo contiene diversas garantias de Seguridad Juridica en donde el gobernado encuentra una amplisima proteccion a los diversos bienes que integran su esfera de derecho. Sin embargo para efectos y en relacion al tema que se desarrolla unicamente analizaremos lo relacionado con la Garantia de Audiencia y la de Legalidad que se encuentran en el segundo y cuarto párrafo de este articulo respectivamente.

La garantia de audiencia se establece en el citado articulo de la siguiente manera:

" ...Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus posesiones, propiedades o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades especiales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..."

Como se aprecia el citado párrafo nos lleva a suponer que el gobernado para ser afectado en su esfera juridica, gozara frente a los actos del Poder Público (Estado), de la garantia de audiencia antes de poder ser privado de sus

derechos e intereses, encontrando así una sólida protección a sus bienes jurídicos y demás derechos subjetivos contenidos en las garantías individuales, que la Constitución de 1917 le reconoce dentro de sus primeros veintinueve artículos.

Es necesario para entrar al estudio de la garantía de audiencia, señalar que la definición de la misma se deriva del latín *Audetia*, "que constituye el acto de oír de los soberanos u otras autoridades a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa, ocasión para aducir pruebas que se ofrecen por el interesado en juicio, era el acto que los soberanos, reyes y sus ministros u otras autoridades realizaban ante los sujetos llamados subditos de permitirles exponer, reclamar o solicitar alguna cosa". (6) Esta definición nos hace concebir que los Sistemas Absolutistas consideraron a la audiencia como una prerrogativa para con sus subditos, mas no como un derecho de acudir a presentar defensas y pruebas en un juicio establecido en su contra, situación que prevaleció hasta que los países se organizaron en Estados Independientes e instituyeron la audiencia en juicio como un derecho fundamental del individuo, estableciendolo así en sus Constituciones.

(6) Etimología de la Lengua Española de la Real Academia Española. Madrid. Ed. Espasa-Calpe. 1906. pag. 117

Así tenemos que por lo que respecta a la garantía de audiencia concebida por el artículo en estudio, de acuerdo al criterio del Doctor Ignacio Burgoa Orihuela, en su libro intitulado Las Garantías Individuales, señala que la garantía de audiencia comprende a su vez cuatro garantías de seguridad jurídica que son:

1.- El juicio previo al acto de privación.

Que implica el hecho de que el gobernado que vaya a ser afectado en su esfera jurídica, tenga plena injerencia ante un Organó judicial establecido, en donde pueda producir su defensa y que en dicha defensa se le de la oportunidad de oponerse al acto de autoridad respectivo o al de un particular. Sin embargo la afectación que pretenda hacer el Estado a un gobernado puede recaer en una autoridad administrativa, y el procedimiento legal que se deberá substanciar (realizar) será ante las mismas autoridades de las que provenga el acto o actos, o ante su superior jerárquico. Excepcionalmente la autoridad administrativa realizará funciones jurisdiccionales tendientes a privar de algunos de los bienes jurídicos al gobernado, en éste caso, como ya se dijo el procedimiento se sustanciará ante dicha autoridad, sin embargo en tratándose de privación de la vida, de la libertad personal del gobernado, la única autoridad que tiene facultades para ello es la autoridad jurisdiccional a cargo del Poder Judicial.

2.- que el juicio se siga ante Tribunales previamente establecidos.

En este punto el doctor Ignacio Burgoa señala, que al hablar de tribunales previamente establecidos se hace en forma denotativa, esto es que se da por sentada la preexistencia de tribunales en caso de provocarse la privación de algún derecho, así mismo, dichos tribunales tienen a capacidad genérica de dirimir conflictos en número indeterminado. Al respecto aclara que por tribunales no debe entenderse únicamente a los órganos del Estado que esten constitucional y legalmente adscritos al Poder Judicial, Federal y Local, sino también a cualquier autoridad ante las cuales deba de seguirse el juicio previo a la privación de que habla el artículo en estudio. Por su parte el maestro Carlos A. Cruz Morales, en el estudio que realiza al artículo 14 Constitucional, señala en su concepto que por tribunales se debe entender cualquier órgano del gobierno con facultades para dirimir controversias, siempre que la Constitución o la Ley, cualquier Ley, otorgue facultades a cualquier órgano del gobierno para resolver controversias, se estará en presencia de los tribunales ante los que se pueden tramitar los juicios que deben preceder al acto de privación.

Como se observa, el artículo en estudio prevé la circunstancia de que al gobernado no se le juzgue por

órganos improvisados, sino por órganos que previo al acto de privación se encuentren debidamente establecidos y reconocidos por la legislación a la cual se va a someter el juicio previo a la molestia.

3.- Que dicho juicio contenga el cumplimiento a la observancia de las formalidades procesales esenciales.

Al respecto nos señala Ignacio Burgoa que las formalidades de que habla el párrafo en estudio, se encuentran en la naturaleza de todo procedimiento en la que se desarrolla una función jurisdiccional, siendo necesario que el sujeto respecto del que se suscita un conflicto jurídico, manifieste sus pretensiones, esto es, que la autoridad o Tribunal que ha de resolver dicho conflicto tiene como obligación el brindarle al gobernado la oportunidad de defensa antes de que se efectue un acto de privación y dicho acto de defensa implica el que la víctima se pueda oponer al mismo ante la autoridad que conozca del caso, bajo ciertas formalidades procesales que previamente se encuentren reguladas por la legislación aplicable a cada caso, en cuyo contenido se le brinde la oportunidad de defenderse y de ofrecer pruebas que le puedan beneficiar a aquel que de alguna forma vaya a quedar afectado en sus derechos individuales, cabe señalar que estas formalidades serán válidas y de observancia obligatoria para autoridades judiciales que van a aplicar el derecho, como para autoridades

administrativas y de cualquier otra índole que pretendan rebasar la esfera jurídica del gobernado.

En este sentido se puede afirmar que los elementos esenciales y las formalidades de todo juicio deberán reunir en su desarrollo los requisitos de que todo afectado deba conocer primeramente que en su contra se haya iniciado una instancia, y ante que autoridad; así mismo que se le de a conocer el contenido de la cuestión debatida y los hechos que la sustentan y que en cada momento del desarrollo del procedimiento el afectado tenga los medios de defensa idóneos para contrarrestarlos; que los hechos en que se funda el derecho que se reclama y de los que deriva toda sentencia se prueben, se acrediten en el curso del procedimiento, de tal suerte que quien sostenga una cosa la demuestre y quien sostenga la contraria acredite su verdad a fin de que la autoridad resuelva con la mayor equidad; que dentro del procedimiento se les conceda a las partes el que argumenten y condensen sus argumentos y pruebas (conclusiones y alegatos) y por último que dicho procedimiento concluya con una resolución (sentencia o laudo) fijándose la forma para cumplir la resolución.

4.- la decisión de un órgano jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes.

Esta cuarta garantía específica de seguridad jurídica estriba en que el fallo o resolución culminatorio del juicio o procedimiento deberá de pronunciarse conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho que constituya la causa del acto de privación.

Al respecto nos permitimos anotar que la citada garantía corrobora el contenido del párrafo primero del artículo en estudio, que en su parte conducente señala " A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna...", que se traduce en la irretroactividad de la ley.

Esta garantía se enfoca a proteger al gobernado, impidiendo que cualquier autoridad conculque los derechos de éste y aplique para resolver una controversia, el contenido de leyes que no tengan vigencia al tiempo de sucedidos los hechos en que se funden la suspensión.

Siguiendo el análisis del referido artículo 14 Constitucional, encontramos dentro del contenido del cuarto párrafo la garantía de Legalidad al señalar que:

"...En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho..."

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

Como ya se observó la garantía consagrada en el párrafo en estudio, no solo se debe constreñir a la sentencia definitiva que la autoridad jurisdiccional emita al resolver una controversia, sino que, cualquier resolución deberá estar fundada en una norma jurídica aplicable. Ahora bien, tratándose de sentencias que vengan a resolver una cuestión controvertida en materia civil, deberá ser conforme a la letra de la ley, esto es, que la costumbre no tendrá cabida para influir en una determinación judicial, aclarándose que no deberá confundirse con la interpretación que de la misma se haga por la autoridad, en virtud de que esta última a diferencia de la primera, consiste en una extracción del contenido gramatical de la norma, sin que nos lleve a cometer equívocos o conclusiones contrarias o confusas, para ello, es que la legislación a interpretar deberá ser clara, de tal suerte que nos permita determinar su sentido, extensión o alcance.

Al respecto el maestro Carlos A Cruz Morales siguiendo los lineamientos de Ignacio Burgoa, señala que la interpretación de un precepto jurídico deberá seguir un método lógico, entendiéndose como tal el hecho de no apartarse de la recta razón y de que la norma a interpretar se encuentre vinculada con otras normas que se interrelacionen. Señalando que la interpretación nos debe llevar a descubrir el sentido que el

legislador quiso darle, para estar en posibilidad de determinar el bien jurídicamente protegido por la norma.

Por último y en lo referente al empleo de los Principios Generales del Derecho, se origina por la necesidad de la autoridad que vaya a resolver un acto de suspensión, dado que existe la problemática de que, no todas las soluciones que se plantean en un conflicto jurídico se encuentran contenidas en una norma jurídica, dado que dentro de las diferentes legislaciones existe lo que se conoce como lagunas de la Ley y ante tal problemática, muchas controversias quedan sin solución, de ahí que la Constitución en el párrafo en estudio prevea tal eventualidad, y permita que la autoridad decisoria de un derecho en conflicto acuda a los principios generales del derecho, entendiéndose por éstos últimos las reglas de aplicación general que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales, cuyas lagunas u omisiones han de llenar, y que son resultante de la aplicación que la ciencia del derecho hace del método inductivo para establecer verdades jurídicas, indiscutibles y de carácter general de tal suerte que el juez o la autoridad que emitan una resolución, la emitan de tal manera que sea la misma que el legislador hubiera dado estando presente.

ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL

El estudio del contenido del presente artículo es sin duda uno de los principales asientos de nuestro tema de investigación, pues como se anotó al referirnos a la garantía de legalidad en el presente capítulo, es sin duda el artículo que mayor protección ofrece al gobernado, dado que limita el accionar del Estado ante cualquier acto tendiente a rebasar la esfera jurídica de este y los derechos que por la Constitución le han sido reconocidos, tratándose de nuestro sistema jurídico.

Aún cuando ya nos hemos referido someramente a parte de su contenido, creemos necesario, hacer del señalado artículo un análisis más profundo, estimando conveniente referirnos exclusivamente a los aspectos que interesan a nuestro tema de investigación, así tenemos que el artículo 16 de la Constitución señala en su primer párrafo:

" Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento..."

Como se desprende de la lectura del citado párrafo al destacarse el hecho de que nadie podrá ser molestado sin duda engloba a toda persona, sin distinción de raza, color, sexo, culto o credo religioso, dado que el alcance de dicho termino implica ninguna persona, con ello el constituyente pretendió proteger a todo gobernado a diferencia de otras legislaciones. Respecto al alcance de lo que se debe entender por " molestia ", esta se debe traducir en toda afectación o perturbación que sufra el gobernado por alguna autoridad Estatal en sus bienes jurídicamente tutelados por la Constitución, por ello es que todo acto de autoridad necesariamente debiera estar revestido de las exigencias contenidas en el artículo en comento, bien sean actos materialmente administrativos, jurisdiccionales siendo penales o civiles dentro de los que se comprenden mercantiles, administrativos, del trabajo, familiares y cualquier otro acto que implique una privación de cualquier índole.

Por otra parte, el párrafo en estudio tutela como bienes jurídicos, a la persona no solo en cuanto a su individualidad física o psicológica, sino a la capacidad otorgada y reconocida por la ley para adquirir derechos y contraer obligaciones, englobándose dentro del concepto persona a las personas morales, cuando éstas se ven afectadas o limitadas en el ejercicio de su actividad social; otro bien

juridico tutelado son los derechos de familia del gobernado entendiéndose por tales, todos los que conciernen a su estado civil, situaciones paterno-filiales, etc. y no en los integrantes de la familia del gobernado como erróneamente pudiera suponerse; otro de los bienes tutelados es el domicilio, entendiéndose como tal, aquel en el que el gobernado resida y tenga establecida su casa habitación tratándose de personas físicas y en cuanto a las personas morales, su domicilio para efectos del artículo 16 de la Constitución será el lugar en donde se halle establecida su administración, con la salvedad en el primer caso de que si el gobernado careciera de residencia definitiva, será considerado su domicilio el lugar donde tenga establecido su centro principal de negociaciones y en el segundo de los casos en donde tengan establecidas sucursales; otro de los bienes tutelados es el de los papeles del gobernado, entendiéndose por estos no en el sentido del significado de su acepción literaria, sino aquellos documentos que contengan la constancia escrita de algún hecho o acto juridico, que pudieran servir de base para provocar un perjuicio al gobernado (como podrian ser el acta de nacimiento, de matrimonio, declaraciones ante autoridad judicial, contratos privados, declaraciones de hacienda, entre otros), por parte de alguna autoridad; por último se tutela la posesión que el gobernado ejerza sobre bienes muebles e inmuebles, en cuanto a que, cualquier molestia en tal sentido deberá estar ajustada

rigurosamente a las exigencias del artículo en análisis, dado que la legitimidad o derecho del gobernado para ostentar y ejercitar actos posesorios deberá deducirse mediante otros procedimientos o vías.

El párrafo en estudio, señala que la molestia que se cause al gobernado deberá estar respaldada por un mandamiento escrito, esto es, que deberá concederse al gobernado el derecho a su defensa y para ello resulta indispensable, que la autoridad especifique en un documento escrito las causas que la motivaron a ejecutar tal o cual acto, a fin de que el afectado se encuentre en posibilidad de realizar su defensa. Se destaca el hecho de que dicho mandamiento únicamente lo podrá dar la autoridad competente, esto implica, que la ley le haya conferido facultades bien determinadas a la autoridad, para que ésta ejercite ciertas atribuciones, no se debe confundir la ilegitimidad de una autoridad con la falta de competencia ya que la primera se da cuando se otorga un nombramiento a una persona que no reúna los requisitos necesarios previstos por la Constitución para desempeñar ciertas funciones, es decir, que se estaría frente a una falsa autoridad, poniendo como ejemplo, el hecho de que a una persona se le nombre juez, sin tener el título de licenciado en Derecho, ni la experiencia requerida para serlo; mientras que la competencia se traduce en la facultad que la

legislación otorga a las autoridades para el desempeño de ciertas atribuciones, en ese entendido, el gobernado podría recibir la molestia de alguna autoridad ilegítima siendo competente y ante este supuesto cabe el recurso de amparo.

La garantía de legalidad que se encuentra implícita en el párrafo primero del artículo en estudio y que condiciona a todo acto de molestia, se contiene en la expresión fundamentación y motivación, es decir, que todo acto que origine una molestia para el gobernado debiera basarse en una disposición normativa general que prevea la acción de la autoridad y que exista una ley que lo autorice, pues de lo contrario se tendrían que padecer hechos arbitrarios por parte de la autoridad, conculcatorios de la garantía consagrada por el ordenamiento en estudio, ya que los mismos carecerían de legalidad. Ahora bien, debemos señalar que la fundamentación que la autoridad debe hacer de una molestia, implica que dentro del mandamiento escrito que sirva de apoyo a esa perturbación, deberán citarse con toda precisión la ley y los preceptos en que se apoye tal o cual acto, para que este pueda reputarse fundado y justificado, toda vez, que la Constitución establece que las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les confiere la ley.

Por su parte la motivación de que habla el párrafo en estudio implica primeramente, la necesidad que tiene la autoridad de adecuar un caso específico a una norma general, fundatoria del acto de molestia, dado que si la norma o el caso en concreto no encajan entre sí, se estaría violando la garantía de legalidad del gobernado. Ahora bien, no basta que la norma fundatoria prevea el acto de molestia y que exista adecuación entre uno y otro para señalar que legalmente dicho acto de autoridad está motivado, pues es obligación de esta, incluir en el mandamiento escrito en donde pretenda apoyar sus actos perturbativos, aducir los motivos que lo justifiquen, es decir, señalar los hechos, circunstancias y modalidades del caso, con el objeto de que el afectado pueda conocerlos y estar en condiciones de producir su defensa.

Es necesario anotar por otra parte, que la ley otorga a las autoridades administrativas y judiciales facultades "discrecionales", que se traducen en el hecho de que no siempre el acto de la autoridad se adecua exactamente a lo previsto por la norma, y ante este evento, en forma mesurada la autoridad debe estimar bajo su más estricta apreciación el caso concreto para encuadrarlo bajo la hipótesis normativa. Pero cuando esa facultad se ejercita en una forma arbitraria y caprichosa (como en muchas ocasiones suele suceder) o se alteran las circunstancias o simplemente el razonamiento de los motivos

expuestos en el mandamiento resultan absurdos e ilógicos, y en este caso se podrán combatir mediante un juicio de amparo.

Podemos concluir entonces que las condiciones de validez que señala el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución, para considerar legalmente válido un acto de molestia, deberán de concurrir y estar satisfechos dos requisitos: el de fundamentación y el de motivación, por lo que en el acuerdo, orden o resolución que emita una autoridad se deberá citar las disposiciones legales que se consideran aplicables y los motivos que presidieron su emisión; y el segundo de los requisitos es que los motivos invocados sean reales, ciertos y suficientes conforme a la norma legal para provocar el acto de autoridad.

4.- LA CONSTITUCION Y EL ESTADO DE DERECHO.

En el presente capítulo, dedicamos un apartado especial para referirnos a lo que es la Constitución y su supremacía, advirtiendo que en toda estructura jurídica de un Estado es considerada como ley fundamental de la que dimanar otras normas secundarias, que se encuentran supeditadas a ella, señalándose entre otras cosas, que es ésta quien debe condicionar a todo ordenamiento jurídico y que en el Constitucionalismo Mexicano se ratifica, al señalar en el

artículo 133 de la Constitución de 1917, que dicho ordenamiento será la ley suprema, cúspide de todo ordenamiento legal que forman y conforman nuestro sistema jurídico Estatal, de manera que los jueces de cada estado se arrojaban a dicha Constitución, Leyes y Tratados que de ésta emanen y que hubieren sido aprobados por el Congreso de la Unión.

Ahora bien, tomando en cuenta que la Constitución marca el inicio de un sistema de gobierno y régimen jurídico que un pueblo decide darse, se da por sentada la existencia de un Estado de Derecho, que a su vez viene a ser de acuerdo a la definición del Licenciado Feliciano Calzada Padrón en su obra intitulada Derecho Constitucional, "como el resultado de la expresión soberana de una Nación, manifestada a través del pacto social emitido por el poder constituyente", esto es que el Estado de Derecho es el producto de la voluntad del pueblo, que por mediación del Poder Constituyente siendo éste el único que tiene la facultad de crear y señala de manera inequívoca las normas y principios mediante los cuales han de conformarse los órganos del Estado, así como sus limitaciones y las garantías que esta obligado a proporcionar a todos los ciudadanos, a través de la Constitución.

Así entendido, el Estado de Derecho en nuestro territorio se encuentra regulado por la Constitución, de tal

suerte que su contenido no podrá ser quebrantado, por ello es que existe la obligatoriedad de toda autoridad de proporcionar a los ciudadanos la seguridad de respetar sus principios, ya que de lo contrario estaríamos frente a una anarquía, es por ello que la Constitución previendo tal situación, limita la función de los órganos estatales, quienes en ningún momento podrán rebasar las funciones que les han sido dadas por dicha Constitución, ya que el hacerlo implicaría en perjuicio del gobernado el quebrantamiento del Estado de Derecho.

De todo lo anterior se puede afirmar que todo texto constitucional en forma o esencia no puede permitir por ninguna causa o justificación alguna la violación del mismo, pues como ya se señaló, ello equivaldría a desconocer el Estado de Derecho que la misma Constitución consagra, sin embargo, en el caso de la Constitución Mexicana existe la virtual posibilidad de suspender la observancia de las garantías individuales cuando alguna situación desestabilice al Estado o a la sociedad, así encontramos que dentro del artículo 29 de la Constitución se establece tal posibilidad, con la finalidad de salvaguardar el Estado de Derecho, pero tal suspensión siempre será temporal, debiendo restablecerse su observancia en tanto la perturbación de la paz pública o el peligro de conflicto cese para sus pobladores.

C A P I T U L O

III

LA PATRIA POTESTAD

- 1.- CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD
- 2.- LA PATRIA POTESTAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SER UN DERECHO NATURAL
- 3.- ASPECTOS JURÍDICOS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD
 - a) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIENES LA EJERCEN
 - b) EFECTOS HACIA LAS PERSONAS SUJETAS A LA PATRIA POTESTAD
 - c) EFECTOS SOBRE LOS BIENES DE LA PERSONA SUJETA A LA PATRIA POTESTAD
- 4.- SUSPENSIÓN Y PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

LA PATRIA POTESTAD

1.- CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

La Patria Potestad es una institución establecida por el derecho con finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados, ya sea hijos nacidos de matrimonio, hijos habidos fuera de el o hijos adoptivos.

Así pues dentro del concepto de patria potestad se encuentran algunos autores que la han definido, entre ellos están:

Colin y Capitant define a la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley le concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados (10).

Planiol la define como el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre o a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales (11).

(10) COLIN Y CAPITANT, *Derecho Civil, personas, familia, filiación*, - editorial Porrúa, México, 1962, págs. 100.

(11) PLANIOL, *op. cit.* (obra citada de derecho civil), - págs. 11 - 12 y 13.

Para Sara Montero Duhalt en su libro Derecho de Familia señala que la patria potestad es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga y le impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad.

Se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación, cuidado de sus dependientes de que sea un conjunto de derechos y deberes y obligaciones conferidas por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde su nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes o los representen en dicho periodo (12).

De Diego señala que la patria potestad es el deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos (11).

HERNÁNDEZ ROMÁN, LIBIA.- Derecho de Familia y Sucesiones.- Editorial Harla.- México 1990, pág. 117.
EL CASADO, ANTONIO, JOSÉ.- Derecho Civil Español.- Tomo V.- México 1990.- pág. 204.

En su acepción etimológica la patria potestad viene del latín *Patrius*, lo relativo a padre, y *potestas*, potestad.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que la definición que más se apega al concepto de lo que debemos entender por patria potestad es la del Dr. Galindo Gartias porque incluye a cualquier ascendiente que puede ejercer la patria potestad y porque dicho ejercicio comprende el dirigir la educación y procurar la asistencia del menor; o a diferencia de las otras doctrinas su ejercicio no se sitúa exclusivamente en los progenitores, sino que va más allá incluyendo a cualquier ascendiente del menor en quien pueda recaer, ajustándose a la conceptualización que hace la legislación vigente sobre la patria potestad y quien debe ejercerla.

Por otra parte ésta definición describe el objeto y último fin que tiene el ejercicio de la patria potestad, pues señala concretamente que se encuentra encaminada a proporcionar al menor asistencia, que va desde la alimentación, vestido, habitación, hasta la educación que implica una formación del menor para que llegada la edad adulta sea útil a la Sociedad, donde se vaya a desarrollar.

2.- LA PATRIA POTESTAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SER UN DERECHO NATURAL.

Una vez que se ha definido el concepto de patria potestad, hemos considerado oportuno hacer una reflexión en forma breve de como se concibe a la patria potestad desde el punto de vista de ser un derecho natural, para ello es necesario citar algunas definiciones de lo que es el derecho natural en si, siendo éstas las que a continuación se citan:

El derecho natural para Rafael Preciado Hernandez en su libro Lecciones de Filosofía del Derecho lo define como el conjunto de criterios y principios racionales, supremos, evidentes, universales, que presiden y rigen la organización humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre y establece las bases de selección de las reglas, para realizar la finalidad del hombre en un mundo social histórico.

Para Eduardo Novoa Moural el derecho natural es un derecho anterior y esta por encima del derecho positivo, constituido por normas jurídicas adecuadas a los hombres; mas no dictadas por los hombres en función de legislador, capaz de dar un contenido propio a las nociones de lo justo e injusto y

de señalar derechos y obligaciones preconstituidos por la condición misma de los hombres (14).

Para Ricardo Azpurua Ayala en su libro Sobre el problema actual del derecho natural, considera que el derecho natural es la suma de normas básicas superiores e independientes de todo derecho positivo, los cuales no derivan su dignidad de un establecimiento arbitrario, sino que por el contrario, legitima su fuerza obligatoria.

De las anteriores definiciones expuestas, se desprende en sí lo que en forma personal se debe considerar lo que es el Derecho Natural, pues en nuestro concepto debe entenderse como tal al conjunto de criterios y principios naturales, dados al hombre por la naturaleza a través de su razón, basados en el bien moral y común, en la justicia, equidad y seguridad encaminados a proporcionar el bienestar humano.

Por otra parte se debe de tomar en cuenta que el derecho natural y el derecho positivo, no son dos sistemas paralelos, sino dimensiones que se encuentran íntimamente ligadas entre sí, esto es, que si el derecho natural se da en la existencia de los seres humanos, las relaciones de justicia entre ambos serán normas de derecho natural y normas de derecho positivo, pues mientras que el primero, refiriendonos al dere-

(14) ROSALES BORRERO, EMERSON.- Que cosa es el Derecho Natural.- Editorial de Patrocinio Borrero. México, 1977. p. 100.

cho natural requiere de un análisis racional, por parte del hombre para determinar la noción de lo justo y lo injusto y señalar derechos y obligaciones preconstituidos por la condición misma de los hombres, mientras que el derecho positivo para que pueda ser aplicado en determinado territorio, debe obligar en consecuencia al hombre.

Por otra parte mientras que el derecho natural debe su origen a la naturaleza misma, y la razón del derecho positivo es creado en base a la razón de lo que el legislador considera justo e injusto, para una sociedad dictaminada, de ahí, que estas dos formas de concebirse el derecho vayan íntimamente ligados.

Así entendido el derecho natural, se debe situar dentro de éste a la Patria Potestad, como el ejercicio de la facultad dada al hombre en dos concepciones a través de su razón, para ejercer en sus menores hijos, derechos y obligaciones que de acuerdo a los conceptos de la justicia, igualdad, moralidad y libertad le han sido dados por la naturaleza, para y en beneficio de sus menores hijos.

A la luz del Derecho natural la patria potestad se concibe como un derecho que le pertenece a los ascendientes

o padres y que se extiende a todos los descendientes de un mismo tronco común, por lo que su alcance solo estará limitado al número de hijos que cada persona tenga, independientemente de con quien los tenga, pues es dado desde el momento de la concepción del nuevo ser, de igual manera la patria potestad a la luz del derecho natural se concibe como un derecho imprescriptible, pues los derechos adquiridos aún cuando se llegaran a interrumpir no se extinguen, mientras exista la relación entre padres e hijos, independientemente de la edad alcanzada por éstos últimos.

Sin embargo el ejercicio de la patria potestad quedara extinguida a la muerte del hijo o de cualquiera de los padres de éste; a diferencia del Derecho Positivo en donde la patria potestad esta sujeta a que el menor de edad, cumpla dieciocho años o se emancipe para que de ésta manera quede extinguida la misma.

Por otra parte es necesario señalar que la tendencia que el hombre tiene de cumplir la Ley Natural dependerá de la fuerza natural de su razón, en ese entendido a diferencia del Derecho Natural, el Derecho Positivo tiene normas que se establecen conforme a los hábitos o costumbres de una comunidad, de lo moral, de libertad, de obligatoriedad, de derechos, de necesidades, etc., que son plasmadas en un cuerpo normativo por designio del legislador y que deberá ser acatadas

en forma obligatoria por los integrantes de una comunidad determinada, caso contrario, en el Derecho Natural, como ya se dijo anteriormente la obligatoriedad o tendencia que el hombre tiene que cumplir con la Ley Natural, depende esencialmente de la fuerza de su razón, ante éste supuesto, se debe advertir que si bien es cierto el hombre se diferencia de otros seres vivos por su capacidad de raciocinio, no es menos cierto que cada hombre dentro de su capacidad de entendimiento, tendrá una conceptualización propia de los valores, tales como la justicia, la equidad, la moral, la libertad, etc., y que por ello es difícil plasmar dentro del ejercicio de la patria potestad, cuales son los derechos y obligaciones que la Ley Natural contempla, sin embargo se podría considerar, que dentro de éstos derechos que pueden ser comunes a todos los hombres, está el derecho que tiene el menor a la vida a ser protegido, a ser alimentado, a ser libre, a ser respetado, mismos que se podrían englobar dentro de los derechos naturales universales.

De aquí que la patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno-filiales, independientemente de que estas nazcan del matrimonio o fuera de él.

3.- ASPECTOS JURÍDICOS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Antes de entrar al estudio de los derechos y obligaciones de quienes ejercen la Patria Potestad es necesario disipar la duda de ¿ quiénes la pueden ejercer ? ; así pues a través de la historia se ha contemplado que la patria potestad la ejerce el padre primeramente y posteriormente la madre y a falta de alguno de ellos la ejerce el hermano mayor o un pariente en línea colateral o sea un tío.

Actualmente la patria potestad la ejercen sucesivamente el padre y la madre, a falta de éstos los abuelos paternos y a falta de éstos los abuelos maternos.

En el caso de que se trate de un hijo nacido fuera del matrimonio o fuere reconocido por los dos progenitores y vivan juntos, ambos la ejercerán, en caso de que no vivan juntos convendrán quien la ejercerá y en caso de no ponerse de acuerdo el juez de lo familiar del lugar resolverá quien de los dos progenitores la ejercerá. Tratándose de hijo adoptivo ejercerá la patria potestad únicamente la persona o personas que lo adopten.

a) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIENES LA EJERCEN

Hablar de los derechos y obligaciones personales resultantes del ejercicio de la patria potestad, es expresar que éstos crean responsabilidades para los padres y derechos para hacerlos efectivos, correlativamente se crean obligaciones y deberes para los hijos, en virtud de que entre padres e hijos existe una relación jurídica capaz de obligarlos recíprocamente, independientemente de que dicha relación se da entre sujetos de los cuales uno no tiene la plena capacidad, pero esto no es óbice para que la relación jurídica se de.

Como se ha expresado existe una correlatividad de deberes y obligaciones entre padres e hijos, que nace de la relación jurídica del ejercicio de la patria potestad, sin embargo en el apartado que nos ocupa solo trataremos las facultades y derechos que tienen aquellas personas que ejercen la patria potestad y que son:

1.- Los padres contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, su alimentación y a la de sus hijos, así como la educación de éstos. (se encuentra regulado en el artículo 164 del Código Civil).

2.- Tendrán la obligación de dar alimentos a los hijos, a falta de los padres, ésta obligación recaerá en los

otros ascendientes(se encuentra en el artículo 303 del Código Civil)

3.- Los alimentos deben ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos, mismos que determinados por convenio o por sentencia, recibirán un aumento de acuerdo al incremento que sufra el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.(se encuentra regulado en el artículo 311 del Código Civil).

4.- El padre que ejerza la patria potestad y goce de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si esta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad,(se encuentra regulado en el artículo 319 del Código Civil).

5.- La patria potestad se ejercerá sobre la persona y bienes de los hijos, procurando la guarda y educación de los menores(se encuentra regulada en el artículo 413 del Código Civil)

6.- Tiene la obligación de educar a su hijo convenientemente (se encuentra en el artículo 422 del Código Civil).

7.- Tienen la facultad de corregir a sus hijos, así como de observar buena conducta que les sirva de ejemplo a

los menores (se encuentra regulada en el artículo 423 del Código Civil).

8.- Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes del que esta bajo ésta, teniendo la la administración legal de los bienes que le pertenecen al menor. (se encuentra regulado en el artículo 425 del Código Civil).

9.- Cuando sean dos los que ejerzan la patria potestad, esto es, padre y madre, el administrador de bienes será nombrado por mutuo acuerdo, y el administrador deberá consultar todos los negocios a su consorte, requiriéndole su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración. (se encuentra regulado en el artículo 426 del Código Civil)

10.- Los que ejerzan la patria potestad representaran también a sus hijos en juicio, y no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autoridad judicial, cuando la ley lo requiera (se encuentra regulado en el artículo 427 del Código Civil).

11.- Al padre que ejerza la patria potestad le corresponderá la administración y la mitad del usufructo de los bienes del menor que éste hubiere adquirido por cualquier título, (se encuentra regulado por el artículo 430 del Código Civil).

12.- El padre puede renunciar a su derecho de la mitad del usufructo, haciendolo constar por escrito o por cualquier otra forma que no deje lugar a dudas, (regulado en el articulo 431 del Código Civil).

13.- Los padres que ejerzan la patria potestad no podran enajenar, ni gravar de ningun modo los bienes inmuebles que correspondan al menor, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio para el menor y previa la autorización del juez competente, (se encuentra regulado en el articulo 436 del Código Civil).

14.- Tendrán la obligación de responder de los danos y perjuicios causados por actos de los menores que estén bajo su patria potestad, y cesara esa obligación cuando los actos que cometa el menor, se ejecuten bajo la responsabilidad y vigilancia de otras personas como por ejemplo el director de una escuela o de un taller, y en este caso serán ellos los que asuman la responsabilidad del menor, (se encuentra regulada en los articulos 1919 y 1920 del Código Civil).

15.- Tiene la obligación de dar cuentas de la administración de los bienes de sus hijos, (se encuentra regulada en el articulo 439 del Código Civil).

16.- Deben entregar a sus hijos cuando estos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, los bienes y frutos que le pertenecen, (se encuentra regulado en el articulo 442 del Código Civil).

17.- El padre o la madre aunque pierdan el ejercicio de la patria potestad, quedaran sujetos a las obligaciones que tienen para con sus hijos, (se encuentra regulado por el artículo 285 del Código Civil).

b) EFECTOS HACIA LAS PERSONAS SUJETAS A LA PATRIA POTESTAD

La relación jurídica que se da entre padres e hijos, no exige la plena capacidad jurídica por parte de los hijos, esto es, que para ser sujeto de derechos y obligaciones, no es necesario que tenga dieciocho años de edad, pues en tales circunstancias el ejercicio de la patria potestad cesaria.

Podría pensarse erróneamente, que las personas sujetas a la patria potestad carecen de derechos y obligaciones por estar sometidos a una potestad paterna, sin embargo la ley les faculta de una serie de derecho y deberes que debe acatar, y que van en relación a los derechos, facultades y obligaciones de los padres, y a los cuales ya nos hemos referido, así tenemos que estos deberes y derecho del menor son los siguientes:

1) El sujeto a la patria potestad debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, cualquiera que sea su edad, estado o condición, (se encuentra reglamentado en el artículo 411 del Código Civil)

2) No podrá abandonar la casa de los que ejercen la patria potestad sobre él, sin el permiso de éstos o por decreto de la autoridad competente, (se encuentra regulado en el artículo 421 del Código civil).

3) El hijo sujeto a la patria potestad puede adquirir bienes, mismos que se dividen en dos tipos: los que adquiere por su trabajo, los cuales le pertenecen al hijo en propiedad, administración y usufructo; y los que adquiere por cualquier otro título, de los cuales le pertenece al hijo, tanto la propiedad como el cincuenta por ciento del usufructo y tanto la administración de esos bienes, como el cincuenta por ciento restante del usufructo, le pertenecen a la persona o personas que ejercen la patria potestad. En tratándose de una herencia, legado o donación, si el testador o donante dispone que la totalidad del usufructo sea para el hijo o se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto por la voluntad del testador o donador, (se encuentra regulado por los artículos 428, 429 y 430 del Código Civil).

4) El hijo sujeto a la patria potestad, no podrá comparecer en juicio alguno o contraer obligación alguna, sin el consentimiento expreso del que o los que ejercen la patria potestad, (se encuentra regulado por el artículo 424 del Código Civil)

5) El hijo menor de dieciocho años, no podrá contraer matrimonio, si no es con el consentimiento de su padre

o de su madre, a falta de ellos los abuelos paternos, ambos o el que sobreviva, a falta de éstos últimos, los abuelos maternos, a falta de los anteriores los tutores, y a falta de todos será el Juez de lo Familiar de la residencia del menor, (se encuentra regulado en los artículos 149 y 150 del Código Civil).

6) Los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia, (se encuentra regulado en el artículo 165 del Código Civil).

7) El hijo reconocido por sus padres tiene derecho a llevar sus apellidos, a ser alimentado y a recibir la porción hereditaria, incluyendo en su caso los alimentos que le fije la ley, (se encuentra regulado por el artículo 389 del Código Civil).

8) Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres, a falta o por imposibilidad de éstos, la obligación recaerá en los ascendientes más cercanos en grado, (se encuentra regulado por el artículo 304 del Código Civil)

c) EFECTOS SOBRE LOS BIENES DE LA PERSONA SUJETA A LA PATRINA POTESTAD

Quienes ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes de los hijos, como ya se ha

estudiado, estos últimos aún cuando no tengan plena capacidad legal, pueden ser titulares de derechos y propietarios de bienes, careciendo de la capacidad de ejercicio que les impide administrar y disponer de ellos, por lo que requieren de la representación legal. es por esta razón que la facultad de administración se confiere por ley a los que ejercen la patria potestad, se trata de una administración en nombre e interés de los hijos, sin que medie contrato alguno, pues dichas facultades se basan por un lado, en la propia naturaleza de la relación paterno-filial y por el otro en la ley, siendo esta el principal fundamento para señalar y reconocer a los que ejercen la patria potestad como administradores de los bienes de sus menores hijos no emancipados.

Una vez que se ha dejado de manifiesto que los padres que ejercen la patria potestad sobre sus menores hijos serán los que administren los bienes que pueda tener el menor, pasaremos al estudio de los efectos de la administración de bienes del menor.

Los bienes que tenga el menor sujeto a la patria potestad se dividen en dos clases: los que adquiere por su trabajo y los que adquiere por cualquier otro título.

Los bienes que son adquiridos por el trabajo del menor le pertenecerán en propiedad, administración y usufructo; en éste tipo de bienes cuando por voluntad del padre o de la ley el hijo tenga la administración de ellos, se le

considerara como emancipado respecto de la administración con la restricción para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Los bienes que son adquiridos por el menor por cualquier otro título, como serian por fortuna, herencia, donación, la propiedad y la mitad del usufructo serán para el menor y la administración y la otra mitad del usufructo será para el padre que ejerce la patria potestad.

Se entiende por usufructo paterno el derecho que tienen los padres que ejercen la patria potestad a disfrutar los bienes de los hijos sometidos a ella, estamos ante un usufructo legal que comprende toda clase de bienes y derechos, esto es, cosas corporales como son los bienes muebles e inmuebles y las incorporales como son los derechos reales y personales; cuando recae sobre cosas materiales se ejerce la apropiación de los frutos o productos; cuando recae sobre derechos la apropiación es sobre los beneficios.

Este usufructo es una institución del derecho de familia y por eso adquiere características peculiares que lo hacen diferente al usufructo ordinario, su destino es la familia, la promoción y el sostenimiento de la misma, de tal suerte que las características de este tipo de usufructo son que por estar inherente al ejercicio de la patria potestad esta fuera del comercio, no puede considerarse como un derecho patrimonial de quien ejerce la patria potestad sino en beneficio de la familia; comprende todos los bienes y derechos

del menor a excepción de los que adquiere por su trabajo; por constituirse sobre bienes y derechos del menor, otorgado únicamente a quienes ejercen la patria potestad, no puede enajenarse ni gravarse; asimismo no puede embargarse el usufructo pero sí los frutos de este.

El usufructo de la mitad de los bienes del sujeto a patria potestad lleva consigo las mismas obligaciones que tienen los usufructuarios por cualquier otro título: hacer un inventario y avalúo antes de entrar en el disfrute de los mismos, no alterar su forma ni sustancia, usarlos para el objeto que estén destinados, devolverlos cuando se extinga el derecho.

Se exceptúa el deber de otorgar fianza pues el legislador concede crédito a los que ejercen la patria potestad ya sea padre o abuelo, por la justificada suposición de que a estas personas les mueve normalmente el afecto y el interés hacia sus descendientes más que el suyo propio, sin embargo la ley exige que se otorgue garantía en los tres siguientes casos:

- 1.- Cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra o estén concursados.
- 2.- Cuando contraigan nuevas nupcias.
- 3.- Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos.

III

El que ejerce la patria potestad podrá renunciar al usufructo que le corresponda por la administración de los bienes del hijo que esta bajo su potestad, debiéndolo hacer por escrito, o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda, la renuncia del usufructo hecha en favor del hijo y se considerara como donación.

Antes de proseguir en el tema es necesario aclarar que si son dos las personas que ejercen la patria potestad, esto es, padre y madre, de entre los dos se nombrara de mutuo acuerdo al administrador, pero el designado consultara en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración. Lo anterior puede dar lugar a dificultades en la contratación con terceros, debe haber algún documento en el que conste quien es el administrador, pero siempre deben participar ambos en cualquier acto jurídico, toda vez que se requiere el consentimiento de quien no administra, por tanto en la practica deberán participar siempre ambos y el tercero debera exigir que firmen ambos, para hacer constar en esa forma la consulta y consentimiento del que no administra.

La facultad de quienes ejercen la patria potestad no se limita solo a un poder general para administrar bienes en los terminos del contrato de mandato, por tratarse de

una administración legal comprende, adicionalmente el poder general para pleitos y cobranzas y también para ejercer actos de dominio, esto es se trata de una representación legal que nace de la relación paterno-filial y no de un contrato; quienes ejercen la patria potestad para el cumplimiento de su responsabilidad tiene la facultad de administrar los bienes, la facultad de dominio con ciertas limitaciones y la facultad de representar a los hijos que comprende a su vez, las facultades para pleitos y cobranzas, por tanto pueden representarlos tanto dentro como fuera de juicio, reconocer obligaciones, hacer transacciones, enajenaciones siempre que no requieran autorización judicial, disponer del dinero, aceptar para sus hijos herencias y donaciones.

Ahora bien existen limitaciones dentro de las facultades para administrar los bienes de los menores sujetos a la patria potestad, que realizan los que la ejercen, y dichas limitantes son:

Para realizar enajenaciones o gravámenes sobre bienes inmuebles y muebles preciosos que correspondan al menor, solo podrá hacerse previa autorización del juez competente y comprobando la absoluta necesidad o el evidente beneficio para el hijo, (el gravamen a que nos referimos comprende la prenda y la hipoteca); para la cancelación del registro de gravámenes hechos en favor de los hijos se requiere también sentencia

judicial, en este caso solo basta acreditar que ya no es necesario conservar el gravamen.

Otras de las limitantes de administrar los bienes que tienen los que ejercen la patria potestad es el no poder celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, no recibir la renta anticipada por más de dos años; no podrán vender valores comerciales, industriales, acciones, frutos, ganado por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta, no podrán hacer donaciones de los bienes de los hijos, ni perdonar deudas en favor del menor, no pueden dar fianza en representación de los bienes de los hijos; la remisión voluntaria de los derechos de los hijos; contratar con los hijos menores, pues contraría el espíritu de la administración paterna.

Cualquier acto jurídico que se realice contraviniendo los límites o prohibiciones antes señalados producirá la nulidad relativa del acto, es relativa la nulidad en virtud de que el menor puede convalidar las operaciones prohibidas que el padre hubiera hecho.

4.- SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Continuando con nuestro estudio sobre los aspectos de la patria potestad, nos resta hacer referencia a la suspensión y pérdida del ejercicio de la patria potestad, esto

es, señalar cuando y porque se puede suspender y perder el ejercicio de la patria potestad, también es conveniente señalar cuando se termina el ejercicio de esta.

Así pues tenemos que el ejercicio de la patria potestad se acaba cuando, sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando los acontecimientos por los cuales debe concluir, como son:

a).- Con la muerte de quien ejerza la patria potestad, siempre y cuando no haya otra persona en quien recaiga dicho ejercicio.

b).- Con la emancipación del menor derivada del matrimonio que contraiga este.

c).- Por la mayoría de edad que adquiera el menor sujeto al ejercicio de la patria potestad.

Por otro lado se tiene la suspensión de la patria potestad que no es más que una medida preventiva que no implica necesariamente, como en el caso de la pérdida de la patria potestad, una sanción al padre o a la madre, sino que se trata de evitar que el hijo carezca de una adecuada asistencia y representación jurídica.

La suspensión de la patria potestad se da cuando por razón de alguna incapacidad del que la ejerce, le impide

seguirla ejerciendo o cuando se le imponga una pena o por haber sido sentenciado a la suspensión de la patria potestad.

De acuerdo a la ley se puede suspender temporalmente en los tres casos siguientes:

a).- Por incapacidad declarada judicialmente en virtud de que, el que debe ejercerla debe ser una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de otra, en este caso al que se le declare incapacidad judicial se le deberá nombrar a su vez un tutor que actuara en su nombre, y se le suspenderá en el ejercicio de la patria potestad, que pasara a ejercer el conyuge sano, pero conservara el enfermo todos los deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad. Para el caso de que recuperara la capacidad legal, o superada ésta, aquel que se le suspendió en el ejercicio de la patria potestad podrá recuperarla si se da dicha circunstancia, conforme a lo establecido por el artículo 44/ tracción 1, del Código Civil.

b).- Por la ausencia declarada en forma del que ejerce la patria potestad, es decir, ante autoridad judicial, si no se sabe donde esta, se ignore su paradero y exista la incertidumbre de si aun viva o no, el declarado ausente no podrá ejercer ninguno de sus derechos incluyendo el del ejercicio de la patria potestad, como lo senala el artículo 44/ en su tracción II del Código Civil.

c).- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión, puede ser que la conducta del que ejerce la patria potestad sea considerada por el Juez de lo Familiar, como inconveniente a los intereses del menor, por múltiples razones, dentro de las cuales y a manera de ilustración podemos citar: las actitudes del padre o de la madre que sin ser de extrema gravedad exigen la suspensión del ejercicio, consistentes en la excesiva dureza en las amonestaciones, conducta notoriamente negligente comprometiera la salud, seguridad, honorabilidad de los hijos etc., en este caso, como sanción temporal se le condenara a la suspensión de su ejercicio como lo refiere el artículo 44/ fracción III, del Código Civil vigente.

Estas tres formas de suspender el ejercicio de la patria potestad se pueden extinguir, en el primer caso, cuando el incapaz recobre esa capacidad de ejercicio, en el segundo caso, cuando el ausente regrese y en el tercer caso, cuando al sancionado se le extingue su condena; para que se recobre de nueva cuenta la patria potestad se requiere de la intervención judicial, para que sea esta la que declare y determine que a quien se le había suspendido en su derecho ha recobrado de nuevo el ejercicio de la patria potestad.

Por último nos resta señalar las causas por las que se pierde el ejercicio de la patria potestad, se considera

que la patria potestad se pierde por motivos en que parece la culpabilidad del titular en el cumplimiento de sus deberes la ley dispone su privación, el hecho de perder la patria potestad implica una sanción legal cuando la conducta ilícita de quien la ejerce esto es de los padres contraría los contenidos sustanciales de los deberes y derechos inherentes a ella, como sanción se impide su ejercicio, algunas causas son preventivas y otras son consecuencia directa de la acción ejecutada en contra del conyuge o del menor. La pérdida de la patria potestad es un asunto de gravedad extrema, dado que la sociedad esta interesada en la conservación de las relaciones paterno filiales y en que los padres e hijos mantengan los vinculos legales que generan derechos y obligaciones, por lo tanto las causales que se invoquen para su pérdida deben quedar debidamente probadas, esto es, que el juzgador que vaya a determinar si procede o no poner fin al ejercicio de la patria potestad como condena para alguno de los progenitores, no deba basarse en forma alguna en meros indicios o presunciones para emitir su resolución, sobre este punto la Suprema Corte de Justicia de la Nación a sustentado la siguiente tesis jurisprudencial:

" PATRIA POTESTAD. PARA DECRETAR SU PÉRDIDA REQUIERE DE PRUEBA PLENA.- Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretar en los casos

excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plena e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificacion de la privacion.- Amparo directo 4362/76 Gabriel Lopez Flores.- 13 de abril de 1977.- Cinco votos.- J. Ramon Palacios Vargas.

Por otra parte elCodigo civil del Distrito Federal claramente establece las causales por las que se podra determinar la perdida de la patria potestad, siendo estas las siguientes:

a).- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la perdida de ese derecho, en esta causal no se especifica si la conducta es originada por alguna actuacion en contra del conyuge, en contra del menor o en contra de un tercero, por tanto queda al arbitrio judicial el decidir , pero siempre tomando en cuenta la actuacion grave y perjudicial para el menor sobre quien se ejerza la patria potestad, esto de acuerdo al criterio sustentado por el Maestro Rafael Rojina Villegas en su libro intitulado La Familia en el Derecho (15); Cuando es condenado dos o mas veces por delitos graves, aqui no se requiere que los delitos sean en contra del menor o en contra del conyuge, sino que se trata de una medida preventiva, pero se sanciona con la perdida de la patria potestad, al respecto es necesario anotar, que creemos que el espiritu del -

(15)ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- LA FAMILIA EN EL DERECHO.- EDIT. FOROUM, MEXICO 1990.-PAGS. 278 Y 279.

legislador al plasmar en el citado artículo el párrafo " Cuando el que ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho...", quiso dar a entender que debe mediar una resolución judicial para poner fin al ejercicio de la patria potestad, para considerar que un progenitor perdió dicho ejercicio.

b).- En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código en estudio, esto es que el juez de lo familiar en sentencia de divorcio resolviera sobre la patria potestad, y su pérdida dentro de otras cosas, otorgándole la ley amplias facultades para ello. Debido a que el citado artículo y su inconstitucionalidad de la facultad que le otorga al juez de lo familiar, para determinar lo conducente a la pérdida de la patria potestad es el objetivo del presente tema de investigación, hemos dedicado un capítulo especial para su estudio, motivo por el cual únicamente nos limitamos a citarlo como una de las causales citadas por el código civil para perder el ejercicio de la patria potestad.

c).- Se pierde la patria potestad cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes se pueda comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, en el primer caso la intención del legislador sin duda es conservar la moralidad de los hijos y por consiguientes la salud mental de estos, que en

la actualidad es más difícil controlar, pues creemos que no basta que los progenitores despliequen una conducta depravada con el objetivo principal de corromper a los menores a su cargo, sino que en muchas ocasiones se da la omisión y tolerancia de los progenitores para consentir tales actos, citemos solo un ejemplo al respecto: el que cotidianamente se da dentro del seno familiar cuando los progenitores o los menores por descuido de estos permiten la transmisión de películas pornográficas no aptas para menores, mejor conocidas como "XXX", siendo este un medio idóneo para deformar la conducta del menor y despertar en este sentimientos de lujuria, sin embargo pocas o casi nulas veces se denuncian tales situaciones, por darse la mayoría de ellas dentro del seno familiar. Respecto a los malos tratamientos y abandono de deberes como ya se señaló en un subtítulo especial dentro del presente capítulo, dentro de las obligaciones que tiene los padres para con sus hijos es el de corregirlos (mesuradamente) esto es que por ningún motivo se podrá consentir el maltrato al menor, bien sea física o moralmente, en este sentido la legislación actual a querido proteger al menor y su integridad física, sin embargo el Estado pocas veces repara en solucionar los problemas que enfrentamos día a día, cuando en el andar cotidiano encontramos en nuestras calles de la Ciudad a menores de edad que son obligados a trabajar por sus padres y en muchas ocasiones mutilados, golpeados, drogados o alcoholizados, y sin

embarco dichos padres siguen gozando del ejercicio de la patria potestad sobre sus infortunados hijos; así mismo en un apartado especial se trataron y se señalaron las obligaciones de los padres para con sus hijos, dentro de las cuales podemos mencionar la obligación de proporcionar alimentos, que incluye el vestido, la comida, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad, por tanto conforme al Código Civil cualquier omisión en este sentido, es causa suficiente para decretar la pérdida del ejercicio de la patria potestad.

d).- Será causa de la pérdida de la patria potestad la exposición que el padre o la madre hicieron de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses, el análisis de esta causal nos lleva a señalar que la exposición se refiere el abandono que hacen los dos progenitores de sus deberes para con sus hijos, teniendo estos el derecho a recibir cuidados y alimentos, sin embargo no basta que el padre o la madre se ausenten del lugar en donde permanecen sus hijos para señalar que han abandonado sus deberes, puesto que puede darse el caso y de hecho se da, que los padres podrán permanecer donde se encuentren sus hijos pero abandonar sus deberes familiares y el caso en que, encontrándose lejos del lugar en donde permanecen los menores, se cumpla con sus obligaciones para con estos. Por esta razón es que no estamos de acuerdo en que deban transcurrir seis meses en que los padres hayan

abandonado a sus hijos menores, para que se de la perdida de la patria potestad, ya que, basta unicamente la exposicion que de ellos se haga, entendiendose por exposicion el que los menores se encuentren en peligro, esto es, cualquier riesgo que atente contra la seguridad fisica y mental del menor para caer en la causal que se invoca. Como se senalo en su momento al citar la tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nacion, todas estas causales deberan estar probadas plenamente ante un juez de lo familiar para que este en base a dichas pruebas determine si procede o no decretar su perdida.

C A P I T U L O

IV

LA FACULTAD DEL JUEZ DE LO FAMILIAR CONCEDIDA POR EL ARTICULO 283 DEL CÓDIGO CIVIL, PARA DECRETAR LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y SU INCONSTITUCIONALIDAD.

1.- ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL ARTICULO 283 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

- a) EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y SU AUTONOMÍA RESPECTO DEL DIVORCIO.
- b) EXTRALIMITACIÓN DEL JUZGADOR PARA DETERMINAR LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, COMO FACULTAD CONCEDIDA POR EL LEGISLADOR.
- c) DESINTERES DEL JUZGADOR PARA VALORAR LOS ELEMENTOS DEL JUICIO, EN LA DETERMINACIÓN DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

2.- LA INCONSTITUCIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DEL JUEZ DE LO FAMILIAR, PARA DECRETAR LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, CONCEDIDA POR EL ARTICULO 283 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

1.- ANALISIS DEL CONTENIDO DEL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

El presente capítulo lo hemos dedicado al análisis del contenido y alcance del artículo 283 del Código Civil vigente en el Distrito Federal principalmente en lo relativo a la inconstitucionalidad del mencionado artículo, dado que es éste el tema central y objetivo primordial del presente trabajo de investigación.

El citado artículo dentro de su contenido señala " la sentencia de divorcio fijara la situación de los hijos"... en este primer párrafo se destaca la intención del legislador de resolver en que situación quedan los menores hijos habidos dentro de un matrimonio, cuando por sentencia se resuelve dar término al vínculo matrimonial y como consecuencia de ello, el rompimiento de los lazos afectivos entre una pareja que constituye la base del núcleo familiar y dentro de nuestra sociedad considerada su principal pilar. Por ello es que, al darse el rompimiento del matrimonio y con la finalidad de que los hijos no queden expuestos a sufrir un detrimento en su salud, seguridad y estabilidad emocional, dentro del Código Civil para el Distrito Federal se encuentran contenidos los

lineamientos legales que deberán servir al juez de lo familiar para resolver la situación de los hijos, y que prevén los artículos 164, 165, 303, 311, 319, 413, 421, 422 del ordenamiento legal citado, los cuales ya han sido analizados en el capítulo que antecede. Podemos mencionar que dentro de las situaciones que deberán resolverse en una sentencia de divorcio, se encuentra el de determinar a quien corresponderá la custodia y el cuidado de los menores, el domicilio donde los menores deberán permanecer durante el trámite del divorcio y después de consumado éste, además, la manera en que los progenitores deberán de proporcionar alimentos a los menores habidos en matrimonio y la forma de asegurarlos, todo ello bajo la supervisión y aprobación del Agente del Ministerio Público como representante de los intereses de la Sociedad y los del menor.

En otro orden de ideas el citado artículo señala textualmente: "... 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".... del análisis del párrafo anterior se desprende, que el legislador al conceder al juez de lo familiar amplias facultades para resolver lo relativo a la patria potestad, su pérdida suspensión o limitación, omitiendo señalar cuales son esas

facultades y sus límites, hecho este, que en nuestro concepto deja abierta la posibilidad, de que el juzgador al pretender resolver un aspecto tan delicado como lo es la situación de los menores ya víctimas de un divorcio entre sus progenitores, se exceda en sus determinaciones, pudiendo causar con ello un perjuicio a los intereses en primer término a los hijos habidos en matrimonio, y en segundo término de alguno de sus progenitores y a la vez divorciantes, maxime cuando la sentencia de divorcio de que habla el estudiado artículo, en estricto derecho viene únicamente a resolver el estado civil en que se hayan dos personas.

Otro de los párrafos señala la obligatoriedad del juzgador de obtener los elementos del juicio necesarios para emitir la determinación de la pérdida, suspensión o limitación del ejercicio potestativo sobre los menores habidos en matrimonio, sin embargo la práctica en la mayoría de las veces contraviene lo preceptuado en el citado párrafo, dado que en la mayoría de los juicios de divorcio necesario, esto es, cuando alguno de los conyuges invoca algunas de las causales contenidas en el artículo 267 del Código Civil, para solicitar se decrete el divorcio en su favor, la controversia versa por una parte en que el conyuge divorciante que invoca cualquiera de las causales contenidas en el citado artículo, mediante ciertos elementos de prueba tiende a demostrar ante el juzgador sus afirmaciones y por otra parte el conyuge demandado o

presunto culpable en las mas de las veces se esfuerza por demostrar la falsedad de los argumentos vertidos por su contraparte, con la finalidad de que al resolverse dicha controversia no se logre el proposito que llevo a la misma, es decir la disolucion del vinculo matrimonial. Luego entouces, creemos que, para que el juez de lo familiar pueda resolver en una sentencia de divorcio respecto de la suspension, perdida o limitacion del ejercicio de la patria potestad, en perjuicio de alguno de los conyuges y de los menores habidos en matrimonio, debe mediante la via incidental, resolver sobre tal cuestion, valorando en forma exhaustiva los elementos invocados por alguno de los conyuges, o el riesgo inminente en que se encuentre la seguridad, integridad fisica, psiquica y moral de los menores, sin que para ello influya el valor del contenido de las pruebas ofrecidas dentro de un juicio de divorcio necesario, para su obtencion.

En el último párrafo el artículo en estudio señala: " ..El juez observara 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."

Debemos recordar que la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, la ejercen primeramente el padre y la madre, a falta de estos los abuelos paternos y a falta de éstos últimos los maternos, a falta de todos ellos o por impedimento

para ejercitarla, el juez nombrará, según el caso, a un tutor. Como se observa del análisis del citado párrafo, el legislador obliga al juzgador a estarse al cumplimiento de los lineamientos legales contenidos en el Código Civil, para hacer la designación en su caso, de quien deberá ejercer la patria potestad, cuando uno de los cónyuges es condenado a su pérdida, suspensión o limitación, velando por los intereses del menor.

a) EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y SU AUTONOMÍA RESPECTO DEL DIVORCIO.

Como ya se señaló en todo juicio donde se ventila un divorcio necesario se dilucida dentro del mismo, lo concerniente a la pérdida, suspensión o limitación del ejercicio de la patria potestad, situación ésta con la que no estamos conformes, en virtud de que, como se verá, ambas figuras son independientes, tan es así, que el Código Civil para el Distrito Federal las regula en capítulo especial cada una, y que tal independencia se encuentra fundada en las razones que a continuación se expondrán.

Debemos distinguir que la figura del divorcio en el derecho mexicano, constituye el rompimiento por un mandato

judicial del vinculo matrimonial existente entre dos personas, y que viene a constituir a la vez la resolucíon del estado civil que guardaban dos personas entre sí. De ahí que para darse tal rompimiento el Código Civil para el Distrito Federal diferencia entre lo que puede constituir un divorcio administrativo, voluntario y necesario, siendo este último el que mayor repercusión y complejidad implica para los involucrados llamense cónyuges e hijos en la mayoría de los casos.

Así tenemos que el divorcio administrativo que se encuentra regulado en el Código Civil por el artículo 212, se da, cuando los cónyuges convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si es que se encontraban casados bajo ese régimen, debiendo acudir para ello ante el (indebidamente llamado) Juez del Registro Civil, del lugar de su domicilio conyugal, ante quien manifestaran su voluntad de divorciarse, debiendo ratificar dicha voluntad ante el citado funcionario, quien levantara el acta respectiva y declarara disuelto el vinculo matrimonial.

Por su parte el divorcio voluntario que también se encuentra regulado por el artículo 212 último párrafo del mismo ordenamiento legal, se dará cuando los cónyuges por mutuo consentimiento han decidido poner fin al contrato matrimonial que los une, diferenciándose del divorcio administrativo, en

que en este caso existen niños habidos en matrimonio, por lo que los conyuges divorciantes deberan de acudir con una solicitud de divorcio y un convenio que contendra entre otras cosas: a quien se le encomendara la custodia de los menores habidos en el matrimonio, el domicilio que servira de guarda y custodia de los menores durante el procedimiento y despues del mismo, el modo de subvenir a las necesidades de los hijos, la cantidad que a titulo de alimentos se proporcionara a estos, su aseguramiento, y la forma en que se administraran los bienes de la sociedad conyugal, si bajo ese regimen se hubieren casado y por ultimo la forma de liquidación de la misma; ante el juez de lo familiar quien citara a los conyuges en dos ocasiones a las llamadas juntas de avenencia (cuya finalidad es conciliar a las partes), a fin de que ante su presencia y una vez convencidos de su pretension, la ratifiquen o se desistan, concluidas las comparecencias y aprobado que sea el convenio presentado por los divorciantes tanto por el representante Social, esto es, el Ministerio Público y por el Juez de lo Familiar, este último en resolución judicial declarará disuelto el vinculo matrimonial.

Respecto del divorcio necesario y sus causales se encuentra regulado por los articulos 267 del citado Código Civil para el Distrito Federal, quien prevé que sera procedente el divorcio necesario cuando concurren alguna de las siguientes causales:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

II.- El hecho de que la mujer de a luz un hijo declarado ilegítimo y concebido antes de consumado el matrimonio.

III.- La propuesta que haga el marido para prostituir a su mujer, directa o indirectamente, si para este último caso se ha recibido dinero o cualquier otra remuneración, con el objeto de que su mujer tenga relaciones carnales con una tercera persona.

IV.- La incitación a la violencia por alguno de los cónyuges hacia el otro, para la comisión de algún delito.

V.- Los actos inmorales de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos o la tolerancia en su corrupción.

VI.- El que alguno de los cónyuges padezca sífilis, tuberculosis o alguna enfermedad crónica o incurable, contagiosa y hereditaria, e incluso la impotencia sexual.

VII.- Que alguno de los Cónyuges padezca enajenación mental incurable, una vez declarado incapaz por interdicto.

VIII.- La separación del hogar conyugal sin causa justificada por más de seis meses de alguno de los cónyuges.

IX.- La separación del hogar conyugal por más de un año con causa bastante para ello, si el cónyuge que se separó no entabló una demanda de divorcio en ese tiempo.

X.- La declaración de ausencia de alguno de los cónyuges.

XI.- La sevicia (crueldad excesiva, malos tratos), amenazas o injurias graves contra su cónyuge.

XII.- La negativa de alguno de los cónyuges de contribuir al gasto familiar y alimentación de los hijos.

XIII.- La acusación calumniosa que un cónyuge haga del otro, por delito que merezca pena corporal mayor de dos años.

XIV.- La comisión de uno de los cónyuges de delito cuya pena sea mayor de dos años de prisión.

XV.- Los hábitos de juego, embriaguez, uso de drogas o enervantes que uno de los cónyuges haga y que ello constituya un motivo de desavenencia conyugal.

XVI.- Que alguno de los cónyuges cometa contra el otro o los bienes del otro, algún acto castigado por la ley por una pena mayor a un año de prisión.

XVII.- El mutuo consentimiento (aclarando que esta es una causal de divorcio a la que no deberá considerarse como necesaria, por lo que el Código Civil designa un artículo especial que es el 272 y que ya se ha mencionado).

XVIII.- La separación de los conyuges por más de dos años, sin importar la causa o motivo de separación.

Cualquiera de las causales antes señaladas puede ser invocada por alguno de los conyuges, si existe razón para ello, y deberá hacerlas valer ante un Juez de lo Familiar, teniendo la necesidad de presentar un escrito de demanda en donde se narren los hechos donde se funda la pretendida acción de divorcio y la causal o causales invocadas, y una vez que el cónyuge demandado sea llamado a juicio, se iniciara así un procedimiento tendiente a resolver las controversias si las hubiera, y en donde a ambos cónyuges se les dara la oportunidad de acreditar su dicho, debiendo aportar para ello los elementos de prueba que consideren oportunos, a fin de que el juez de lo familiar conceda o niegue la disolución del vinculo matrimonial, no sin antes resolver sobre el aseguramiento de los menores hijos habidos en matrimonio, incluyendo sobre en cual de los conyuges recaerá la guarda y custodia de los menores, y en las mas de las veces el determinar la perdida, suspensión o limitación del ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, no debemos pasar por alto que algunas de las causales de divorcio que se encuentran contenidas en el artículo 267 del Código Civil, y que ya se han señalado, podrian estimarse como graves y de influencia negativa para el desarrollo físico y mental de un menor, sin

embargo creemos que aun cuando la causal de divorcio invocada por alguno de los conyuges sea de tal gravedad que atente contra estos, no por ello se deberá de resolver al dictar la sentencia de divorcio sobre la suspensión, limitación o pérdida de la patria potestad, dado que el propósito del juicio de divorcio, como ya lo hemos anotado, es el de poner fin al vínculo matrimonial, y dada la importancia que reviste el ejercicio de dicha potestad sobre los menores, es que se debería de ventilar por cuerda separada, en donde la finalidad primordial sería resolver sobre dicha cuestión, valorando los elementos probatorios que se pudieran aportar por las partes en conflicto y la gravedad del hecho que diera como resultado el solicitar la pérdida de la patria potestad, considerando además las repercusiones psíquicas, físicas y morales que dichas causas provoquen en los menores, el impacto psíquico, físico y moral que ocasione en los menores la condena a la pérdida del ejercicio de la patria potestad a uno de sus progenitores, debiendo para ello someter oficiosamente a los afectados a valoraciones psicológicas minuciosas que pudieran determinar el daño causado a los menores y el probable daño que se les causaría.

Debemos recordar que cuando nos referimos a las causas por las que se pierde el ejercicio de la patria potestad y que ya se han estudiado en el presente trabajo de investigación, se menciona como una de ellas la que señala: "

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 "...", cuando que del estudio del señalado artículo se desprende que éste es omiso para describir en que casos o bajo que condiciones debiera decretarse la pérdida de tal derecho, a diferencia de su antecesor, esto es, el artículo 283 del Código Civil de 1928, hasta antes de su reforma del 27 de diciembre de 1983, pues en el se determinaba claramente en cuales casos de divorcio el conyuge culpable debería ser condenado a la pérdida, suspensión o limitación de tal derecho dependiendo de la gravedad de la causal invocada, de tal suerte que aquel cónyuge que se encontrara culpable de haber incurrido en la violación de las causales señaladas con las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267 del Código Civil, sería condenados a su pérdida; así mismo aquel cónyuge que se encontrara culpable de haber violado las causales señaladas con las fracciones de la IX a la XIV se suspendería en el derecho de ejercitar la patria potestad, pudiendo recobrar tal derecho una vez muerto el cónyuge inocente; tratándose de las causales señaladas con las fracciones VI y VII el cónyuge que se encontrare enfermo o incapaz, se le limitaría en tal ejercicio, pero conservaría todos los derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

b) EXTRALIMITACION DEL JUZGADOR PARA DETERMINAR LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, COMO FACULTAD CONCEDIDA POR EL LEGISLADOR.

Debemos de entender primeramente que la expresion extralimitación se refiere a ir mas alla de lo justo, excediendose en el uso de un derecho o autoridad, en este sentido la practica litigiosa en problemas familiares, nos ha llevado a observar el comportamiento que algunos funcionarios publicos denominados jueces versados en dicha materia y facultados para el ejercicio de la misma, constantemente al resolver la situacion conyugal de una pareja y conceder el divorcio, se exceden en las facultades que les han sido otorgadas, y conculcando las garantias consagradas por la constitucion, llegan a afectar derechos del individuo reconocidos por esta, de tal suerte que en las mas de las veces deben recurrir a una instancia superior con el objeto de que la afectación de la que han sido objeto les sea restituida, circunstancia que se podria evitar si el impartidor de justicia se ajustara a los limites concedidos por la ley y no se excediera en sus funciones.

Aunado a lo anterior y bajo las concesiones que le concede el legislador en el articulo 283 delCodigo Civil al juzgador, éste abusando de los atributos concedidos, decide

poner fin al ejercicio de la patria potestad en tratándose de divorcios, bajo el argumento de gozar de las más amplias facultades para decidir sobre el particular, es por ello que inconformes con el uso indiscriminado de tal facultad, nos hemos abocado a su estudio, obteniendo del mismo los argumentos que a continuación se exponen:

Al entrar al análisis del contenido de los artículos 14 y 16 constitucionales, hemos señalado que, toda afectación que sufra el gobernado deberá de estar fundada en un precepto legal expedido con anterioridad al acto de suspensión o afectación y en esa circunstancia, la pérdida del ejercicio de la patria potestad, que determina el juez de lo familiar al resolver un divorcio, se encuentra fundada en el contenido del artículo 283 del Código Civil, y no por ello deberá considerarse ajustada a derecho, pues basados en los razonamientos expuestos por el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela en su obra Las Garantías Individuales, (19) podemos afirmar retomando sus conceptos que el hecho de que exista una norma jurídica que faculte a la autoridad para realizar un acto de afectación al gobernado, no significa que dicha norma se ajuste al concepto de legalidad a que se refieren los artículos 14 y 16 de la constitución, ya que de existir una norma que impida al gobernado el derecho a su defensa, por esa circunstancia

(19) O.C.H., págs. 591 a 593.

debera considerarse inconstitucional y en el caso que nos ocupa el legislador al concederle al juez de lo familiar amplias facultades para poder determinar todo lo referente a la patria potestad, su perdida, suspension o limitacion en un juicio de divorcio, le impide al conyuge condenado a ello, el derecho a su defensa, partiendo del razonamiento de que el punto nuclear de la controversia es sin duda, el determinar si la causal invocada por el conyuge que promueve se ajusta o no a los requisitos establecidos por elCodigo Civil para resolver sobre la disolucion del vinculo matrimonial.

Por otra parte cuando nos referimos al estudio de la garantia de legalidad del articulo 16 constitucional, senalamos que todo acto de autoridad que origine una molestia al gobernado, debera de estar basado en una disposicion normativa que prevea la accion de la autoridad para que dichos actos sean considerados como legales, sin embargo el articulo 283 delCodigo Civil, aun cuando prevé la acción del juzgador para resolver en un juicio de divorcio lo relativo a la suspension, limitacion y perdida de la patria potestad, dicha facultad resulta ser arbitraria, dado que el legislador indebidamente se olvida de poner limites a la misma, pues al senalarse en el citado articulo que el juez gozara de las mas amplias facultades para resolver sobre dicha cuestion, misma que se entiende como un poder concedido al juzgador sin limite

alguno, es decir, que por esa capacidad que se le concede, y en ejercicio de la misma, el juzgador extiende su poder en tal forma, que no le importa conculcar los derechos de un gobernado, tomando determinaciones arbitrarias en perjuicio de la relación paterno-filial.

c) DEFINICIONES DEL JUZGADOR PARA VALORAR LOS ELEMENTOS DEL JUICIO, EN LA DETERMINACIÓN DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Para adentrarnos en este tema, creemos necesario exponer brevemente lo que se debe entender por elementos del juicio y por el juicio en si, para ello hemos recurrido a los conceptos que nos señalan algunos autores:

Al respecto el maestro Cipriano Gomez Lara en su libro el Derecho Procesal Civil lo define como " el mecanismo del razonamiento mediante el cual llegamos a la afirmación de una verdad a través de un proceso". (16)

(16) GÓMEZ LARA Cipriano.-Derecho Procesal Civil.-2a.Edición, Editorial Trilida, México 1989.-
Pag.13,14, 31 y 31.

Para el maestro Gomez Negro el juicio " es la disputa entre dos o mas ciudadanos sobre la persecucion de un derecho o castigo de un crimen, que termina por la sentencia o declaracion del juez, la cual, en caso de ser condenatoria, se lleva a efecto". (1)

Para Escriche el juicio es " La controversia y decision legitima de una causa, ante y por el juez competente". (2)

Miguel I. Romero afirma "que el juicio es una especie de proceso integrado por la serie de actuaciones que se practican de oficio o a instancia de parte, para que el juzgador dirima una contienda juridica, declarando el derecho". (3)

Consideramos que de las definiciones que se han dado, la que se apega más al concepto de juicio es la del autor Miguel I. Romero, ya que el objetivo de un juicio es el de resolver una contienda existente entre dos o mas partes, a través de un procedimiento que permita el esclarecimiento de los hechos controvertidos a fin de aplicar el derecho en la solución del mismo.

(1) Palacios, Edmundo. - Diccionario de Derecho Procesal Civil. - Edición editorial Porrúa.-México 1961.- pag. 400

(2) Ibid.- pag. 401

(3) Ibid.- pag. 402

Una vez definido el concepto de lo que se debe de entender por juicio, es necesario señalar cuales son los elementos que lo componen, por ello es que debemos recordar que al adentrarnos en el estudio del artículo 14 constitucional señalamos, que la garantía de seguridad jurídica contenida en el párrafo segundo del mencionado artículo señala que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, párrafo éste del cual ya se hizo un análisis exhaustivo, sin embargo debemos destacar que el gobernado solamente podrá verse afectado en su esfera jurídica, si para ello concurrió un juicio previo en donde se le permitió el ser oído para preservar sus derechos, la ocasión para ofrecer pruebas para demostrar los argumentos de su defensa, que el juicio se siga ante Autoridad competente bajo ciertas formalidades procesales que le permitan tal defensa y que se encuentren debidamente establecidas dentro de un ordenamiento legal, luego entonces, cuando hablamos de que el juzgador muestra desinterés para valorar aquellos elementos del juicio, nos referimos a que en la práctica cotidianamente se da el caso de que al resolver un divorcio necesario, el juzgador en ejercicio de la facultad que

le concede el artículo 283 del Código Civil del Distrito Federal, condena en su sentencia al conyuge culpable a la perdida de la patria potestad sobre sus menores hijos, en caso de que los hubiera, valora los elementos que motivaron la acción de divorcio, sin valorar a fondo los elementos que se requerirían para poder determinar la perdida del ejercicio de la patria potestad, y no obstante ello, empleando aquellos elementos de juicio que determinaron la disolución del vínculo matrimonial, determina así mismo la perdida de tal ejercicio.

De ahí, que la facultad discrecional que le concede al juzgador el artículo 283 en estudio, se emplee arbitrariamente en perjuicio del conyuge culpable, conculcando con ello la garantía de legalidad de la cual ya se ha hablado.

Creemos pues, que la legislación debería de establecer que las cuestiones relativas a la suspensión, limitación y perdida de la patria potestad tratándose de divorcios necesarios, debería ventilarse via incidental, con el proposito de estudiar a fondo las probables causas que motivaron a solicitarla, y en donde el juzgador se adentre en el estudio de las mismas, realizando así mismo, un examen escrupuloso y una evaluación razonada de todos los elementos necesarios para emitir una determinación de tal magnitud, que no permita caer en resoluciones anárquicas, alejadas de la justicia y del derecho, que pudieran ser, a fin de cuentas, conculcatorias de las garantías individuales.

Ante estas consideraciones, se evitaría la práctica viciosa en los litigantes de solicitar en una demanda de divorcio la pérdida de la patria potestad, apoyados en una causal de divorcio y contando con que el juzgador en uso de la facultad que le concede el artículo 283 del Código Civil, pueda fallar favorablemente en ese sentido.

2.- LA INCONSTITUCIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DEL JUEZ DE LO FAMILIAR, PARA DECANTAR LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, CONCEDIDA POR EL ARTÍCULO 283 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

Entraremos ahora al estudio del tema principal que motivo la realización de la presente investigación, no sin antes mencionar que las consideraciones que se han venido exponiendo en el desarrollo del mismo, constituyen la base que nos ha llevado a reflexionar que el referido artículo resulta ser inconstitucional, para sostener tal afirmación expondremos a continuación los argumentos en que se sustenta la presente tesis.

Si tomamos en cuenta que la garantía de seguridad jurídica se traduce en la protección que tiene el gobernado de su esfera jurídica y que dicha garantía consiste en el hecho de que toda molestia o privación de los derechos a

la vida, libertad, posesiones, propiedades y derechos que pretenda cualquier autoridad ejercitar sobre un gobernado, unicamente se podrá dar, si previo a la privación medio juicio ante autoridad competente en donde se cumplieron todas las formalidades de un procedimiento, caemos en la cuenta de que el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, es violatorio de dicho principio, ya que indebidamente en un juicio de divorcio necesario se resuelve la cuestión de la suspensión, limitación o pérdida del ejercicio de la patria potestad, cuando que la cuestión controvertida se hace consistir unicamente en disolver el vínculo matrimonial existente entre dos personas, sirviendo de base alguna de las causales contenidas en el artículo 267 del referido Código Civil.

Ahora bien, como ya se señaló oportunamente al entrar al análisis del artículo 14 constitucional, dentro de la garantía de seguridad jurídica que tiene el gobernado, esta el de ser oído y vencido en juicio, esto es, que se le permita producir su defensa, ofrecer pruebas en defensa de sus argumentos, ante la autoridad que conozca del caso, a fin de que esta se allegue elementos necesarios para resolver con la mayor equidad y conforme a derecho, sin contravenir disposición alguna que se traduzca en la conculcación de las garantías consagradas por la constitución, pues según el viejo aforismo "probar es vencer" porque probar es persuadir de la verdad de

los hechos, de la misma manera que alegar es persuadir de la tesis de derecho, podemos afirmar que la ley que haga imposible la prueba, es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa.

Creemos que el artículo 283 que se estudia impide la intervención en defensa de sus derechos del presunto condenado a la pérdida de la patria potestad, al no tener la posibilidad de rendir pruebas que acrediten los hechos en que se podría fincar su defensa, debido a que por la facultad discrecional del juzgador que le concede el citado artículo, al dictar sentencia de divorcio, el juzgador determinará la situación de los hijos habidos en matrimonio, y en relación a la patria potestad su suspensión, limitación y en el peor de los casos su pérdida, cuando que debiera resolver exclusivamente sobre el divorcio y la situación de los hijos, entendida ésta como el aseguramiento de los alimentos, el aseguramiento de sus bienes hasta en tanto se resuelva quien los administrara, la habitación de los menores y su custodia. Por tanto afirmamos que el referido artículo es inconstitucional, toda vez de que va en contra de la garantía de seguridad jurídica, contenida en el artículo 14 constitucional, ya que no establece en su contenido las formalidades procesales esenciales a que se refiere el párrafo segundo del citado artículo, y que al entrar en su estudio se

señalaron, dentro de las cuales podemos mencionar, el derecho que tiene el presunto afectado de conocer que en su contra se haya iniciado una instancia, el nombre de la autoridad ante quien se inicio, que se le de a conocer el contenido de la cuestión debatida, que en este caso sería la suspensión, limitación o pérdida de la patria potestad, los hechos en que se sustenta la pretensión, que se le permita al afectado dentro del procedimiento exhibir u ofrecer los elementos o medios de defensa idóneos, a fin de que cada una de las partes demuestre sus afirmaciones, para proveer al juzgador de los elementos necesarios que le permitan concluir con una resolución o sentencia apegada a derecho. En el caso de artículo 283 del Código Civil únicamente se reúne como formalidades, el hecho de que el presunto afectado, en este caso el presunto conyuge culpable, conoce la pretensión, pues como lo hemos mencionado comúnmente, cuando se presenta una demanda de divorcio el conyuge que lo solicita incluye dentro de la misma, la solicitud de la pérdida del ejercicio de la patria potestad de su contraparte en relación con sus menores hijos, sin embargo la cuestión debatida consiste en que el que promueve o inicia el procedimiento debiera demostrar las causales de divorcio que invoca en su demanda y el presunto conyuge culpable o demandado a su vez deberá demostrar la improcedencia de las causales que se invocan si es que existe controversia al respecto, y en caso de no existir allanarse, es decir, aceptar las causales que se

le imputan; de tal suerte que, las pruebas que se ofrezcan dentro de un procedimiento de divorcio tienen la tendencia de demostrar los hechos controvertidos a fin de alcanzar la disolución del vínculo matrimonial en uno de los casos y por otra parte la resistencia a que dicho vínculo matrimonial persista, de ahí que, los requisitos formales para resolver sobre la pérdida de la patria potestad no se den, ya que para éste fin se deben de acreditar tenacientemente las causales a que se refiere el artículo 444 del Código Civil, es decir, que el cónyuge que solicita la pérdida de la patria potestad deberá probar ante la autoridad judicial:

1.- Que el presunto cónyuge culpable fue condenado dos o mas veces por delito grave.

2.- Que por las costumbres depravadas del presunto cónyuge culpable se pudiera comprometer la moralidad de los hijos.

3.- Que por los malos tratamientos se pudiera comprometer la salud de los menores.

4.- Que por el abandono de sus deberes del presunto cónyuge culpable pudiera comprometerse la salud y seguridad del o los menores.

5.- Que por la exposición (peligro) que del menor haga el presunto cónyuge culpable.

6.- Por el abandono que haga cualquiera de los padres sobre sus hijos por mas de seis meses.

Aun cuando las causales de divorcio señaladas en las fracciones V, VIII, XI, XII, y XV del artículo 267 del Código Civil, tienen relación con las causales que pudieran dar origen a la pérdida de la patria potestad, no por ello, el juzgador complacientemente deberá decretar su pérdida, dado que como se ha mencionado el ejercicio de la patria potestad, el matrimonio y el divorcio son figuras jurídicas distintas, razón por la cual requieren para su tratamiento de una instancia especial.

Otro razonamiento que es necesario analizar, se deriva de la facultad que le concede al juez de lo familiar el legislador en la reforma al artículo 283 del Código Civil, de fecha 27 de diciembre de 1983, pues como ya lo hemos referido lejos de aliviar la situación de los hijos, la vino a complicar, pues ahora resulta que en uso de dicha facultad, se determinan sin el menor escrúpulo resolver sobre la pérdida de la patria potestad, en donde el principal fundamento para decretarla en un juicio de divorcio es una facultad discrecional concedida por el legislador al juzgador, en donde este de acuerdo a su "criterio", la niega o la concede.

Debemos recordar que al analizar el contenido del párrafo primero del artículo 16 de la Constitución que señala: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento

escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento", y al referirnos a lo que se debe conocer como competencia de una autoridad, señalamos que esta se traduce en la facultad que la legislación otorga a las autoridades para el desempeño de ciertas atribuciones, ante este razonamiento creemos que el artículo 283 es violatorio de la garantía de legalidad que consagra para el gobernado el párrafo en comento, ya que indebidamente se le faculta ampliamente para resolver lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación al resolver una controversia de divorcio, debido a que no establece límites para el desempeño de tales facultades, lo que a dado origen en la práctica a que sus resoluciones sean conculcatorias de la garantía a que se ha hecho referencia, puesto que, si se condena al cónyuge culpable de una acción de divorcio a la pérdida de la patria potestad, en uso de la facultad que concede el artículo 283, dicha molestia carece de fundamento legal, dado que no existe en su contenido la disposición normativa general que prevea tal acción, esto es, que el artículo 283 del Código Civil no establece en que supuestos de divorcio debiera de resolverse sobre la suspensión, limitación o pérdida de la patria potestad, por ello es que si partimos de la base de que el derecho mexicano es estrictamente un derecho escrito y la ley no prevé el supuesto jurídico para una afectación, esta no debe

darse, pues de lo contrario estaríamos ante un abuso de autoridad por el ejercicio arbitrario y caprichoso de la indebida facultad que le concedió el legislador al juzgador provocando en el cónyuge afectado un estado de indefensión, al no poder producir su defensa.

Sabemos que cuando un gobernado ha sido afectado en su esfera jurídica por alguna autoridad, tiene en su defensa el recurrir al juicio de amparo con la finalidad de que la autoridad federal restituya a éste las garantías que le han sido violadas, sin embargo consideramos que en el tema que nos ocupa no sería necesario recurrir a dicha instancia, si se legislara y modificara el contenido del artículo 283 en el siguiente sentido:

"La sentencia de divorcio fijara la situación de los hijos, y para resolver lo relativo a la suspensión, limitación y pérdida de la patria potestad, ésta se deberá ventilar y resolver por medio de incidente. El juzgador para resolver lo relativo a la misma, deberá observar que el caso en particular se ajuste estrictamente al contenido de los artículos 444 y 447 de éste código, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello. El juez observara 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".

CONCLUSIONES

1.- El ejercicio de la patria potestad en Roma, se ejerció de manera absoluta por el padre de familia, con la facultad de ejercer sobre los hijos cualquier acción que iba desde su venta hasta su muerte; por lo tanto el hijo sujeto a la patria potestad no tenía capacidad jurídica para decidir sobre su persona, únicamente podía decidir en ciertos casos sobre los bienes que adquiriera por su propio esfuerzo, los cuales podía administrar sin la intervención del padre.

2.- El matrimonio entre los Aztecas, era considerando ,la base de la familia aún cuando la tendencia se inclinaba hacia la poligamia. A diferencia que en el derecho Romano el ejercicio de la patria potestad estaba a cargo del padre para la educación de los varones y de la madre para la educación de las mujeres, esta educación era en cierto modo rígida y en algunos casos hasta cruel, sin embargo los progenitores no tenían el derecho de privar de la vida a sus hijos, practica que en Roma fue muy usual; aún cuando los castigos en cierto modo eran excesivos, se debe destacar que la educación en esta época era básica para la formación de hombres y mujeres artesanos que gracias a esas tradiciones aún subsisten.

3.- La Llegada de los Espanoles, a territorio mexicano, marco el fin del derecho consuetudinario y las relaciones familiares se regularon por la Ley de las Siete Partidas. De ahí y hasta nuestros dias el ejercicio de la patria potestad se ha venido regulando por el derecho escrito, en el Código Civil del Distrito Federal, estableciendose los derechos y obligaciones inherentes a tal ejercicio, todo ello con el proposito de hacer mas justo el trato hacia el menor, velando por su desarrollo fisico y mental, de tal suerte, que cuando por alguna circunstancia se atente contra esos derechos del menor, el juzgador podra limitar, suspender o prohibir el ejercicio de la patria potestad si es que tal violacion proviene de aquellos a quienes se les ha encomendado. Por ello, es que, la Legislacion Mexicana y concretamente la Ley de Relaciones Familiares en su momento y posteriormente el Código Civil para el Distrito Federal, hasta nuestros dias haya sufrido reformas tendientes a proporcionar al menor mayor proteccion, estableciendo limitaciones al ejercicio de la patria potestad, y las causas por las que se puede perder su ejercicio.

4.- La Constitucion de 1917, establece dentro de sus primeros veintinueve articulos, las garantias individuales de que todo gobernado goza, que se traducen en la garantia que

el Estado otorga a sus habitantes para la protección de sus derechos a la vida, la propiedad, libertad, igualdad y de seguridad jurídica.

El análisis del contenido de los artículos 14 y 16 de la Constitución, nos lleva a concluir que la garantía de seguridad jurídica contenida en los mismos, representa la mayor protección que el gobernado tiene en relación con los actos del estado, debiendo limitarse éstos últimos a la observancia y cumplimiento del contenido de tales preceptos, pues de lo contrario los actos de la autoridad que contravengan sus disposiciones serán considerados inconstitucionales.

5.- La valoración de lo que representa el ejercicio de la patria potestad para dirigir la educación y procurar la asistencia del menor, a través de la conceptualización del derecho natural y del derecho positivo, aunado al alcance de las obligaciones y los derechos previstos por el Código Civil vigente en el Distrito Federal, nos lleva a comprender, cuan indispensable resulta en nuestros días que el menor reciba de sus progenitores la guía que les permita reencontrar los valores dentro de los cuales se pueden mencionar a la honestidad, equidad, respeto, etc..., a fin de procurar en los menores un desarrollo físico y psicológico que les permita alcanzar satisfacciones personales y convertirse en

parte de una nación progresista con bases sólidas que le permitan ver por el bien común.

6.- El estudio del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal que actualmente nos rige, nos lleva a concluir en la intolerancia de su aplicación, a resultas del uso indiscriminado que el Juzgador en Materia Familiar a venido empleando a fin de determinar dentro de un juicio de divorcio la pérdida de la patria potestad para el conyuge culpable, en ejercicio de una supuesta facultad discrecional otorgada por el legislador en contra del contenido de los artículos 14 y 16 de la Constitución. Facultad de referencia, que rebasa los límites de su competencia y lo que es más grave que se le concede sin limitación alguna y que las más de las veces es conculcatoria de la garantía de seguridad jurídica que toda autoridad deberá observar hacia el gobernado.

Lo anterior nos lleva a sugerir lo indispensable que resulta para el derecho de familia y particularmente para las relaciones paterno-filiales, la reforma al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, en donde se le impida al Juzgador exceder las facultades que su competencia le permiten y donde no se afecten derechos de terceros llamense menores o progenitores, que se traduzcan, finalmente, en la violación a sus garantías individuales. Reforma que debiera contener el derecho del gobernado a su defensa, conforme a las formalidades

que en ejercicio de la garantía de seguridad jurídica prevé la
Constitución.

BIBLIOGRAFIA

- Baquero Rojas Edgar.- Editorial Harla.- Derecho de Familia y Sucesiones.- 1990.
- Baliza Rodolfo.- Editorial Porrúa.- Las Fuentes del Código Civil de 1928.
- Burgoa Orinuela Ignacio.- Editorial Porrúa.- Las Garantías Individuales.- 1981.
- Burgoa Orinuela Ignacio.- Editorial Porrúa.- Las Garantías del Gobernado en el Constitucionalismo Mexicano.- 1985.
- Calzada Padrón Feliciano.- Editorial Harla.- Derecho Constitucional.- 1990.
- Castan Tobias Jose .- Editorial Reus.- Derecho Civil Español.- 1985.
- Cruz Morales Carlos A.- Editorial Porrúa.- Artículos 14 y 16 Constitucionales.- 1977.
- Galindo Garras Ignacio.- Editorial Porrúa.- Derecho Civil.- 1985.
- Gómez Lara Cipriano.- Editorial Trillas.- Derecho Procesal Civil.- 1985.
- Mendieta y Nuñez Lucio.- Editorial Porrúa.- Derecho Precolonial.- 1937.
- Montero Duhaít Sara.- Editorial Porrúa.- Derecho de Familia.- 1992.

- Novoa Monreal Eduardo.- Editorial de Palma.- Que Queda del Derecho Natural.- 1967.
- Orozco y Berra Manuel.- Historia Antigua y de la Conquista de México.- 1816.
- Pallares Eduardo.- Editorial Porrúa.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.- 1981.
- Pérez Duarte y N Alicia Elena.- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.- Derecho de Familia.- 1991.
- Petit Eugene.- Editorial Selectas.- Tratado Elemental de Derecho Romano.- 1982.
- Ponsa De la Vega de Miguens Ninna.- Editorial Lemer.- Manual de Historia de Derecho Romano.- 1979.
- Rojina Villegas Rafael.- Editorial Robredo.- Derecho Civil Mexicano, Tomo II.- 1980.
- Sanchez Medel Ramón.- Editorial Porrúa.- Derecho de Familia.- 1979.
- Tena Ramirez Felipe.- Editorial Porrúa.- Derecho Constitucional.- 1985.

LEGISLACION

- Código Civil vigente para el Distrito Federal.- Editorial Delma.- 1995.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.- Editorial Trillas.- 1993.
- Ley de las Siete Partidas de 1847.- Tomo III, Volumen III, 5a. Partida.- Alfonso el Sabio.
- Ley de Relaciones Familiares.- 1917.- Venustiano Carranza.

REVISTAS

- Arias Rangel y Arias Bonnet J.- Revista de Derecho Privado.- Derecho Romano II.- Madrid 1975.
- Bonfante Pietro.- Revista de Derecho Privado.- Derecho Romano.- Madrid 1944.
- Castan Vázquez José María.- Revista de Derecho Privado.- La Patria Potestad.- Madrid 1960.