

434
21.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"CAMPUS ARAGON"

**"ANÁLISIS TÉCNICO - JURÍDICO DE LA
PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD
REGULADO EN EL ARTICULO 426 DEL
CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE
MEXICO"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

FERNANDO ROJAS AGUILAR

ASESOR DE TESIS:
LIC. GAUDELIO GARCIA ESTRADA

MEXICO

1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios

*Por haberme
dado todo lo que
tengo.*

*A mi Padre :
Luis Rojas Rivera
en In Memoriam*

*Por el ejemplo que
meo, que es el que
me a hecho un
hombre de bien*

*A mi Madre :
Ramona Aguilar
Luna*

*Con todo mi amor
y mi eterno
agradecimiento
por que sin su
apoyo y ayuda no
hubiera obtenido
este importante
logro.*

A la U.N.A.M. :

*Por haberme
alojado en sus aulas
y concederme el
privilegio de formar
parte de su
estudiantado.*

*Por ser una
institución forjadora
de profesionistas
para el servicio de
nuestro país.*

A mi Esposa :

*Lilia Martínez
Juárez*

A mis hijos :

*Rosa Isela, Luis
Fernando y David
Emiliano.*

*Con todo mi amor y
mi eterna gratitud
por aceptarme como
soy y perdonar
constantemente mis
errores.*

*A mis Hermanos :
Teresa, José Luis, Patricia,
Guadalupe, Jesús y Esperanza
Por todo el apoyo que me
dieron a través de los años y
hasta este momento tan
importante en mi vida*

**ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD
REGULADO EN EL ARTÍCULO 426 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO
DE MÉXICO.**

I N D I C E

	Pág
INTRODUCCIÓN.....	1

**CAPITULO PRIMERO
ANÁLISIS DE LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD.**

1.1.- Definición de la patria potestad	5
1.2.- Características de la patria potestad.....	11
1.3.- Sujetos activos y pasivos de la patria potestad	16
1.4.- Consecuencias jurídicas de la patria potestad.....	23
1.4.1- Derechos y obligación de los menores sujetos a patria potestad	23
1.4.2 - Derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad	25
1.4.3 - Efectos jurídicos de la patria potestad respecto de los bienes del menor.....	28

**REGULACION JURIDICA DE LA SUSPENSION, PERDIDA Y
EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.**

2.1 - Diferencia entre suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad.	41
2.2 - Análisis jurídico del artículo 425 del Código Civil.	42
2.3 - Análisis jurídico del artículo 426 del Código Civil.	43
2.4 - Análisis jurídico del artículo 429 del Código Civil.	56

CAPITULO TERCERO

CONSIDERACIONES JURIDICAS RESPECTO A LOS PROBLEMAS QUE TRAE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

3.1.- Respecto a las causas que representan los delitos graves.	61
3.2.- Respecto de las causas de divorcio.	91
3.3.- Respecto de las conductas inmorales que no se tipifican como delitos.	101
3.4.- Respecto al abandono de menores de edad.	104
3.5.- Respecto a la adopción.	104
CONCLUSIONES	107
BIBLIOGRAFIA.....	112

INTRODUCCION

La institución de la patria potestad tiene sus orígenes en las culturas más remotas, como la romana y la griega, caracterizada por las amplias facultades que ejercía el pater-familias sobre todas aquellas personas que constituían su núcleo familiar.

Con el transcurrir del tiempo y con la evolución misma de la ciencia jurídica, esta institución de carácter familiar, como otras tantas, se fue suavizando y humanizando a la vez, para cumplir debidamente los fines con que fue creada dicha figura jurídica.

Las deficiencias jurídicas (en virtud de que son coactivas y normativas a la vez, y su incumplimiento merece una sanción) y legislativas (porque emanan del poder público y el Estado está interesado en que se cumplan) que presenta el vigente artículo 426 del Código Civil para el Estado de México, son heredadas textualmente-sin previo análisis por parte del legislador y sin preocupación alguna por reformarla o modificarla-del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la república en materia federal de 1928, y hoy en día también en vigor, y ésta recogida del artículo 152 de la abrogada Ley de Relaciones Familiares de 1917, expedida por don Venustiano Carranza.

Por consiguiente, las necesidades jurídicas que hoy vivimos ya no se ajustan a estas disposiciones de principios de este siglo, debido

pues, a nuevas reformas y adiciones introducidas a otras legislaciones que tienen estrecha relación con esta materia.

De ahí que se derive nuestro interés para hacer un estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial sobre la vigente regulación que hace el Código Civil para el Estado de México sobre la pérdida de la patria potestad preceptuado en su artículo 426

Concluyendo con ello, con un elenco de propuestas a todas las fracciones que componen legislativamente el artículo 426 del citado ordenamiento jurídico-civil, que hoy en día resulta obsoleto y conflictivo cuando se trata de invocar algunas de esas causales ante los tribunales legales y competentes del Estado de México.

CAPITULO PRIMERO

**ANALISIS DE LA INSTITUCION DE LA
PATRIA POTESTAD**

CAPITULO PRIMERO

ANALISIS DE LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD

- 1.1. Definición de la patria potestad.
- 1.2. Características de la Patria Potestad.
- 1.3. Sujetos activos y pasivos de la Patria Potestad.
- 1.4. Consecuencias jurídicas de la Patria Potestad.
 - 1.4.1 Derechos y obligaciones de los menores sujetos a Patria Potestad
 - 1.4.2 Derechos y obligaciones de los que ejercen la Patria Potestad.
 - 1.4.3 Efectos jurídicos de la Patria Potestad. Respecto de los bienes del menor.

1.1. DEFINICIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

El vocablo patria viene del latín "páter" que significa padre; y potestad también del latín "potestas, potestatis-potis", que significa poder, protección.

Para adentrarnos sobre la definición jurídica de la institución de la patria potestad, haremos una breve nota histórica sobre el derecho romano que incuestionablemente trascendió e influyó en la cultura jurídica de occidente, toda vez que el conocimiento de éste desde cualquier punto de vista así se refleja, si tenemos en cuenta su influencia decisiva en la integración de las instituciones jurídicas de los pueblos centro Europeos, desde su recepción en el siglo XVI. Estas consideraciones nos explican la gran utilidad jurídica del estudio de la legislación romana, que se manifiesta en el estudio y desarrollo de las instituciones jurídicas modernas desde sus orígenes, siguiendo un proceso evolutivo y de perfeccionamiento, para compenetrarnos de su espíritu y estar en aptitud de comprender su valor jurídico que heredo a gran parte de la humanidad.

El ingrediente romano en nuestro patrimonio jurídico presente es muy grande. Nuestro vocabulario, nuestro modo de pensar, nuestro concepto de la esencia y función del derecho, nuestra concepción de la norma del derecho, nuestras categorías jurídicas, proceden en buena medida de las elaboraciones que realizó Roma a través de su Derecho.

Así pues, la patria potestad se adquiría de derecho sobre los hijos procreados en matrimonio legítimo (no sobre los habidos en concubinato, o en otras relaciones sexuales ilícitas); además, en el derecho romano existía un modo artificial de dar origen a la patria potestad por medio de un acto jurídico: este modo era la adopción (*alieni iuris*) cuya finalidad es establecer determinadas relaciones de carácter agnático semejantes a las existentes entre el *paterfamilias* y el de *filiusfamilias*. De esta manera se introduce a la familia y queda bajo la autoridad de su jefe, una persona que en la mayor parte de los casos no tiene ningún tipo de parentesco cognático con él.

La adopción fue frecuente en las familias romanas, y ésta sólo subsistía por el parentesco agnático creado por línea masculina; por tanto, era necesario establecerlo a fin de que la familia no desapareciera. Por otro lado, debido a que la patria potestad sólo se establecía como consecuencia de las *iustae nuptiae*, era necesaria la adopción para la continuidad de la familia.

Por lo que hacía a la *sui iuris* (que era otra forma de adoptar y denominada adrogación), consistía y permitía que un *paterfamilias* adquiriera el derecho de ejercer la patria potestad sobre otro *paterfamilias*, por lo que este acto acarrea la desaparición de una familia con todas las consecuencias que esto implicaba. De este modo el adrogado quedaba bajo la autoridad paterna del adrogante, al igual que las personas que estaban sometidas a dicha autoridad, éste ejercía la patria potestad sobre aquéllos y ejercía además pleno dominio sobre

sus bienes.

La patria potestad pertenecía a jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes; es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano; esa facultad correspondió al paterfamilias.

En las Instituciones de Justiniano ya se decía: *In potestate nostras sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavi mus*, que significa que: están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos de justas nupcias. Este principio es el que influye en forma definitiva la estructura legal de la patria potestad en el derecho romano. De tal suerte, que esas ideas se configuran en una definición como la que se apunta: la patria potestad "es la institución del *ius civitatis*, es el poder que corresponde y ejerce el jefe de familia sobre todos sus descendientes legítimos o legitimados, por vía de varones, e incluso sobre quienes ingresaban a la familia por adopción". ¹

De esta manera, la patria potestad (que es creada para proteger los intereses familiares en todos los sentidos y a través de un jefe "paterfamilias" con plenos poderes para salvaguardar los intereses del

¹ Lemus García, Raúl. Compendio de Derecho Romano. 4a. edición. Editorial Limsa. México, 1979. p. 99.

grupo) en una primera etapa en realidad es únicamente una institución que va a proteger antes que nada los intereses de quien la ejerce. En otras palabras, todos los derechos estaban de su lado y todas las obligaciones del lado de las personas sometidas a él, y este sometimiento no cambiaba por razón de la edad ni por la circunstancia de contraer matrimonio.

En sus efectos, esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre la persona, que iba dulcificando la rudez de las costumbres primitivas, vio también extinguirse lentamente la energía de la potestad paternal.

En este orden de ideas, y por lo que hace a la evolución histórica del derecho civil en nuestra legislación, no se encuentra ninguna definición legislativa sobre la patria potestad en los Códigos Civiles de 1870, 1884, la Ley de Relaciones Familiares de 1917, ni en el Código Civil de 1928 para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal; ni tampoco en el vigente Código Civil para el Estado de México, por lo que recurriremos a la doctrina jurídica para enmendar dicha institución de orden familiar en base a una definición .

En este orden de ideas, para el profesor Edgardo Peniche, la patria potestad es "el poder que tienen los ascendientes sobre la

persona y bienes del menor, en tanto alcanza la edad y discernimiento para conducirse y administren sus derechos".²

Para los tratadistas Edgard Baqueiro y Rasalía Buenrostro, la patria potestad "se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública de aquí que por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período".³

Por su parte, la profesora Alicia Elena Pérez Duarte, dice : que la patria potestad "es la institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes".⁴

Estas definiciones, como otras tantas semejantes, se caracterizan fundamentalmente en señalar la regulación legislativa sobre esta institución, como son los de derechos y obligaciones que nacen tanto para sujetos activos como pasivos, así como la asistencia de los padres para la educación, cuidado personal y de los bienes de los hijos, es

² Peniche López, Edgardo. Introducción al derecho y lecciones de derecho Civil. 16ª edición . Editorial Porrúa. México, 1982. P.127.

³ Derecho de Familia y Sucesiones Editorial Harla, México, 1982. p. 127

⁴ Pérez Duarte, Alicia Elena. Diccionario Jurídico Mexicano. Tómo IV. 6a. edición, Editorial Porrúa. México, 1993. p. 2351.

decir, comprende todas las relaciones originadas de la relación paterno-filiales.

En virtud de lo anterior, resulta completa técnicamente la definición que nos proporciona el tratadista Ignacio Galindo al afirmar categóricamente que la patria potestad "es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. Aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad: ⁵

Por consiguiente, este autor supera definiciones tradicionistas, en el sentido de que la patria potestad dejó jurídicamente de ser "patria", pues ya no es exclusiva del padre, sino de igual forma de la madre, esto es, es compartida. Y tampoco es "potestad", toda vez que esta institución no otorga poder, sino que se manifiesta en el ámbito jurídico por una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben de cumplirse con respecto a los descendientes, por lo que en apoyo a este planteamiento resulta completa la definición que comentamos del citado autor.

⁵ Derecho Civil, 13a. edición. Editorial Porrúa. México, 1994. p. 690.

1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

La Institución de la patria potestad presenta específicas características que la hacen sui géneris, por lo que la doctrina ha coincidido en forma general que son las siguientes:

- a) Es de orden público. Toda vez que los padres tienen la responsabilidad de proteger, educar, alimentar, velar por la salud física e intelectual, y custodia y administración de los bienes de sus hijos, en resumen, se responsabilizan jurídicamente en la formación de los menores de edad.

Por lo que el Estado también está interesado directamente en la formación de los menores de edad por lo que estatuye la patria potestad con ese objeto, y como lo establece la ley civil resulta irrenunciable, es decir, la patria potestad tiene un significado de orden público, de ahí que textualmente se le considere así al tenor de lo que dispone el artículo 430 del Código Civil para el Estado de México en vigor, por lo que el legislador impone el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: traer hijos al mundo. La irresponsabilidad de los progenitores con sus hijos, muy extendida hoy en día con respecto a los padres de los hijos que nacen fuera del matrimonio (como el amasiato, que representa una relación ilícita; o en concubinato si son solteros y después contraen nupcias) y que dejan toda su responsabilidad a la madre, misma que en forma limitada y con dificultades graves puede cumplir con ella, es uno

de los problemas morales y legales que padece la sociedad mexicana de nuestro tiempo.

b). Es irrenunciable. La patria potestad "no puede renunciarse, ya que la naturaleza de la institución es de interés público, los derechos y deberes que la integran están fuera de todo comercio".⁶ Dicha aseveración se deriva de la primera oración del artículo 430 del vigente Código Civil para el Estado de México que dice: "La patria potestad no es renunciable;..." Y es concordante con lo que ordena el legislador en el artículo 6º., del mismo ordenamiento jurídico-civil al expresar que: "Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros". De ahí, que tanto el orden público como su irrenunciabilidad signifique una responsabilidad moral y jurídica. que puedan asumir los padres con los hijos menores edad.

c). Es intrasmisible, debido porque casi todas las relaciones de carácter familiar son de carácter personalísimo, no pueden por ello ser objeto de comercio, porque jurídicamente no es posible e inaceptable, por tratarse de relaciones humanas reguladas por el derecho. Además la patria potestad solamente admite una forma de transmitir la misma, que es la adopción. Lo anterior significa que cuando un menor de edad está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen, bien sean los padres o los abuelos, dan su consentimiento expreso ante el juez de lo

⁶ Soto Alvarez, Clemente. Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. 3ª Edición Grupo Noriega Editorres México, 1992. p. 121

familiar de primera instancia para que el hijo o el nieto sea dado en adopción, transmite directamente a través de este acto jurídico el ejercicio de la patria potestad, que pasa a los padres adoptantes.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado categóricamente lo siguiente:

INTRASMISIBLE, LA PATRIA POTESTAD ES. *Los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad; aunado lo anterior, el carácter de interés o que existe en esos derechos; lo que produce, como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario.*

Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Segunda Parte. Tomo XXIV. p. 381.

d). Es imprescriptible. Debido "a su naturaleza es imprescriptible. Los derechos y deberes derivados de la patria potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo".⁷ Esto significa, que el elenco de derechos y obligaciones que nacen jurídicamente en esta institución no se adquiere ni se extingue por prescripción; así, quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para seguir ejerciéndola. Lo mismo sucedería a contrario sensu, si esta facultad la ejerce quien no siendo ni el padre ni el abuelo,

⁷ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. op. cit. p. 697.

protege y vela por los intereses del menor de edad no emancipado, y no por el transcurso del tiempo adquiere conforme a derecho esa facultad; ésta, solamente es asignada estrictamente por la ley, como son los padres o los abuelos, y no otras personas, a excepción de los padres adoptantes. Por consiguiente, esta obligación y facultad a la vez, no desaparece, sino por mayoría de edad y por contraer matrimonio el menor de edad; o por muerte de uno de ellos o por ambos.

e). Es de trácito sucesivo. Toda vez que el ejercicio de esa facultad es continuado y por el tiempo requerido hasta que como institución se acaba. Se trata, pues, de una prestación que por ningún modo se agota al cumplirse; ya que implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, atención, y guarda de los menores de edad.

f).Es obligatorio. El ejercicio de esa facultad es obligatoria, en atención a los fines tan importantes y delicados que representa la protección de los menores de edad, por lo que los padres de familia no pueden hacer a un lado esta responsabilidad, pues como ya se anotó, es irrenunciable, sin embargo, atendiendo a lo que dispone el artículo 430 del Código Civil para el Estado de México, sólo puede excusarse quien tenga sesenta años cumplidos, o cuando por su mal estado de salud no pueda atender debidamente a su desempeño.

g). Es temporal. El ejercicio de esa facultad es válida únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por lo que dura tanto como la minoridad de los hijos, o bien, cuando contraen nupcias antes de la mayoría de edad. Por lo que dicha característica se refleja en lo que dispone el artículo 425 del Código Civil que dispone: "La patria potestad se acaba: I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II.- Con la emancipación derivada del matrimonio, III.- Por la mayor edad del hijo" . Dicho precepto tiene a su vez íntima relación con los numerales siguientes: La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos (artículo 623), El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. (artículo 624).

h). Es excusable. En este sentido, el legislador autoriza que en ciertas condiciones, los titulares de la patria potestad o quienes por disposición expresa de la ley tengan que ejercer dicha facultad, se excusen de cumplirla, por lo que esas circunstancias se localizan en el artículo 430 del Código Civil para el Estado de México que dice:

"La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse: I. Cuando tengan sesenta años cumplidos; II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente su desempeño"

Esto quiere decir que indudablemente es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber, esto es, se trata de una prerrogativa, que esta en aceptar o no ejercerla, por lo que se caracteriza por tener una

dualidad jurídica: tratarse al mismo tiempo de una obligación y del ejercicio de un derecho; por lo tanto los padres o abuelos pueden seguir ejerciendo la patria potestad a un en estas condiciones o supuestos, cuando se trate de beneficio a los menores de edad no emancipados.

1.3. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Los doctrinarios han señalado eficazmente que el sujeto activo es quien ejerce la facultad de la patria potestad, mientras que el sujeto pasivo es aquél sobre quien se cumple.

Así, los sujetos activos de la patria potestad son : a).- Los padres conjuntamente, o solamente la madre, o sólo el padre; b).- Los abuelos tanto paterno primero, y luego abuelos maternos, unos u otros, o uno sólo de cada pareja. Los sujetos pasivos son únicamente los menores de edad no emancipados o nietos menores de edad. Cuando estos no tengan padres ni abuelos, no estarán sujetos a patria potestad, por lo que se les nombrara un tutor.

En el caso de la adopción, entendida esta institución jurídica como el "acto jurídico que crea entre adoptante y adoptado un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que

resultan de la paternidad y filiación legítimas".⁸ Así, el artículo 401 del Código Civil para el Estado de México dispone que:

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

Es oportuno aclarar para la interpretación de este precepto, que la patria potestad sólo se transmite cuando se da en adopción un menor de edad no emancipado que está bajo la patria potestad, y cuando aquél no está bajo los lineamientos de dicha institución a cargo de alguna persona, entrarán a ejercerla quienes lo adoptan, por lo que jurídicamente no habrá transmisión, sino creación de la patria potestad.

Aquí se presentan dos supuestos hipotéticos en el cómo se cumplirá con el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, y cuando los mismos son habidos fuera de aquella institución.

En el primer modelo hipotético, en cuanto el hijo es de matrimonio, por lo que para este efecto, dispone el artículo 396 del Código Civil para el Estado de México lo siguiente: "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce: I. Por el padre y la madre: II. Por el abuelo y la abuela paternos: III. Por el abuelo y la abuela maternos". Sobre este precepto, comentan los tratadistas Edgard Baqueiro y Rosalía Buenrostro que "esto significa que el ejercicio de la

⁸ Pina, Rafael de y Pina Vera, Rafael de. Diccionario de Derecho 18ª Edición. Editorial Porrúa. México 1992, p. 61

patria potestad sobre los hijos legítimos recae sobre el padre y la madre, y sólo por muerte de alguno o por haber incurrido en la pérdida de la misma, pasa al otro. A falta de los padres la ejercerán los abuelos paternos, y a falta de ellos los maternos, cuando falta uno de los abuelos él otro la tendrá sólo, antes de la pareja que siga en orden".⁹

A pesar de ello, resulta este orden establecido por el precepto en cita un tanto inconveniente, debido a su rigidez, pues ubica a los abuelos paternos en primer término, delegando a los abuelos maternos en un segundo plano, sin atender primeramente a aspectos, por ejemplo, de buena conducta, de solvencia moral y económica para que los sujetos pasivos de la patria potestad sean lo mejor posible beneficiados.

El anterior precepto legal está estrechamente relacionado con el artículo 402 del Código Civil para el Estado de México que ordena lo siguiente:

"Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho."

⁹ Op. Cit. p. 228

En este sentido, el legislador y así concuerdan los doctrinarios no establece por ningún motivo una división de los derechos y potestades inherentes al ejercicio de la facultad de la patria potestad entre los padres (progenitores), ni entre los abuelos paternos y maternos; por lo que dicha institución implica directamente una unidad de acción dirigida al mejor cuidado de la persona y de los bienes del menor de edad no emancipado; por lo que de esta forma se puede explicar dicho orden.

Ahora bien, para los hijos habidos fuera de matrimonio su regulación jurídica se presenta como sigue: expresa el artículo 397 del Código Civil para el Estado de México que: "Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados se observará en lo dispuesto en los artículos 362 y 363".

Por lo que hace al primer párrafo, y atendiendo como fuente de la patria potestad la filiación bien sea biológica o civil, también los progenitores que no estén unidos en matrimonio tienen el deber de ejercerla, en forma obligatoria y personal. Y aquí se plantea la problemática de distinguir entre las instituciones de la custodia cuyo "sentido es precisamente la guarda de una persona con toda diligencia y cuidado".¹⁰ del hijo y la patria potestad sobre el mismo; así, si los padres viven separados y ambos han reconocido al hijo, uno solo de

¹⁰ Contreras Maldonado, María, Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I. Op. Cit. p. 804.

ellos ejercerá la custodia sobre el menor de edad, pero ambos tendrán la patria potestad. Por tanto, todo lo concerniente a la educación, alimentación, y salud de los hijos, serán tomadas por ambos progenitores; y de igual manera colaborarán en todos los gastos que genere su vida biológica hasta el término legal que estipula la ley (dieciocho años), lo cual será en proporción a sus posibilidades económicas. En caso de controversia en lo referente a la custodia y la patria potestad, se pondrá en conocimiento del juzgador para que resuelva conforme a derecho lo que más beneficie al menor de edad no emancipado.

Respecto al segundo párrafo, nos remite a los siguientes artículos del Código Civil para el Estado de México, que transcribimos; así el numeral 362 dice

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

En este sentido, los padres del hijo o los hijos habidos fuera del matrimonio pueden vivir juntos o separados. Si viven juntos se resuelve satisfactoriamente la patria potestad de los hijos. Si viven separados, la patria potestad la ejercen ambos, mientras que la custodia solamente le corresponderá a algunos de los dos.

Preceptúa, en este mismo orden de ideas, el artículo 363 lo siguiente

"En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de primera instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público."

Si los padres de los menores de edad no emancipados que no viven juntos reconocieron separadamente a su hijo o sus hijos, ejercerá la custodia el que primero los haya reconocido, que por regla general es la mujer, por dar alumbramiento a un nuevo ser humano. Y a pesar de ello, los progenitores pueden convenir otra circunstancia o situación, pero el juzgador de primera instancia puede modificar ese convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

Continuando en nuestra exposición respecto al segundo supuesto que analizamos, dispone el artículo 398 del Código Civil para el Estado de México, que

"En los casos previstos en los artículos 362 y 363, cuando por cualquiera circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercer el otro"

El legislador acertadamente, estatuye tanto para los hijos nacidos de matrimonio como para los nacidos fuera de matrimonio, si uno de los progenitores deja de ejercer la patria potestad, el otro la ejercerá por sí sólo; y para cuyo efecto se relaciona estrechamente con el artículo 396 del propio Código Civil para el Estado de México.

Estipula el artículo 399 del Código Civil para el Estado de México que:

"Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuaran ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo".

Esta disposición legal, encuentra su justificación en el sentido de que exista desacuerdo entre los progenitores respecto al ejercicio de la facultad de patria potestad, por lo que solamente el juzgador competente podrá resolver dicha controversia para beneficio de los menores de edad.

Así, dispone el artículo 400 del Código Civil para el Estado de México que:

"A falta de padres, ejercerán la patria posestad sobre el hijo reconocido, los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 396"

Dicho numeral tiene estrecha relación con el citado artículo 396, y cuyo comentario bien vale para el mismo.

1.4. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA PATRIA POTESTAD

Dentro de la regulación legislativa de la institución de la patria potestad, surgen un elenco de derechos y obligaciones tanto para los sujetos activos y pasivos que deben de cumplir conforme a derecho sobre la persona del hijo y sobre los bienes del hijo y que a continuación analizamos.

1.4.1. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD.

Con una norma de carácter ético, ordena el legislador. en el artículo 393 del Código Civil para el Estado de México que: "Los hijos cualquiera que sea su estado, edad condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". Es incuestionable que este deber tiene su fundamento en la moral, que debe regir siempre en las relaciones paterno-filiales, y que por ninguna causa los menores y mayores de edad deben de apartarse de este principio, aunque sea una norma legal de las calificadas por la doctrina "leges minus quam perfectas", porque no es posible que se exija en forma coactiva su cumplimiento, por lo que en este sentido apunta el maestro Rafael de Pina que "en realidad, en este caso, se trata de un deber predominantemente ético, que no se extingue por la emancipación y es,

por lo tanto, consecuencia más bien que de la patria potestad, en sentido específico, de la relación paterno filial, en el sentido amplio".¹¹

Así también dispone el Artículo 403 del Código Civil para el estado de México que :

"Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente."

De este modo los menores de edad no amancipados deben vivir en el domicilio que se les designe quienes ejercen la patria potestad toda vez que una de las preocupaciones del legislador es que se conserve la unida familiar para que se cumplan los demás fines, los derechos del menor sujeto a la patria potestad son la guarda, manutención y educación. El concepto de guarda presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor. Su domicilio legal es el del que ejerce la patria potestad. El mantenimiento implica todas las prestaciones que se señala en la obligación alimentaria, incluyendo la educación según las posibilidades del obligado, a ser representado en actos legales y a que se le administren sus bienes.

¹¹ Pina Rañaci de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. editorial Porrúa IIª edición. México, 1981. P. 377

1.4.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD

Al respecto el artículo 395 del Código Civil para el Estado de México que :

"La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejecución queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con las leyes especiales sobre previsión social en el Estado"

Acertadamente el legislador señala expresamente que de este precepto se derivan responsabilidades para los titulares de la facultad de la patria potestad, en caso de conducirse contrariamente a los fines con que se creo esta institución, por lo que bien puede ser una responsabilidad penal, por ejemplo, delito de lesiones, o en sus bienes, por despojo, robo o fraude. Y por la vía civil, responden por los menores de edad no emancipados y quedan obligados a la reparación por daños y perjuicios ocasionados por hechos ilícitos.

Expresa el artículo 404 del mismo ordenamiento jurídico-civil lo siguiente:

"A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento del presidente municipal o del juez de primera instancia del

lugar donde viva el menor que las personas de que se trata no cumplen esa obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda"

En relación a este deber, que es el de la educación, es de gran importancia y al Estado le interesa que se cumpla satisfactoriamente, por lo que cuando expresa el legislador que "incumbe la obligación de educarlo convenientemente", significa que debe darse educación al menor de edad no emancipado, según su vocación, por lo que comprenden su aspecto físico e intelectual, además del buen ejemplo basado en principios morales y sociales. Por lo que en base a eso, se responsabiliza a los progenitores a formar buenos ciudadanos mexicanos, para integrarse a útiles actividades en la sociedad. En caso contrario, se pondrá en conocimiento del juez de primera instancia y del Ministerio Público para que sea resuelto jurídicamente en beneficio del sujeto pasivo.

Dice el artículo 405 del Código Civil para el Estado de México que:

"Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y castigarlos mesuradamente y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Las autoridades en caso necesario, auxiliarán a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paternal."

Esta facultad siempre ha despertado diversos comentarios doctrinales, en atención al abuso con que se ejerce, abuso que va desde su doble aspecto, tanto física y mental, que en muchos casos origina el síndrome del niño maltratado, pues las lesiones son frecuentes sin que exista sanción alguna en contra de los progenitores, pues se les protege en el sentido de que se tratan de lesiones que sanan en menos de quince días y no ponen en peligro la vida.

Como bien afirma el profesor Rafael de Pina, dicha mesuración "a que hace referencia el Código Civil, en relación con la facultad de corrección y castigo de los hijos, significa que en ningún caso está autorizada con exceso de lo, que en el orden natural de la conducta humana, puede presumirse de quienes ejercen la patria potestad".¹²

Finalmente dice el artículo 406 del Código Civil para el Estado de México que:

"El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez"

Como pilar fundamental de la patria potestad, cuyo objeto es el cuidado de la persona y los bienes del menor no emancipado, no resulta conveniente que dispongan por si mismos en la celebración de

¹² Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Op. Cit. p. 378. - 33

actos jurídicos, por lo que es una medida de seguridad jurídica que el legislador previó, pues toda representación legal recae en los sujetos activos para beneficio de los menores, y no sean objeto de abusos, que aunque tengan capacidad de goce, carecen de capacidad de ejercicio, por lo que dicha representación suple en este caso la incapacidad jurídica de aquéllos.

Ejemplo de ello, es el matrimonio de menores de edad, donde la autorización de los progenitores se hace más notable.

1.4.3 EFECTOS JURIDICOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL MENOR.

Respecto a los efectos jurídicos de la patria potestad en relación a los bienes del menor no emancipado, se presentan los siguientes:

Atento a lo que dispone el artículo 407 del Código Civil para el Estado de México, señala que:

“Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este código”

En este sentido, la patria potestad se ejerce sobre los menores de edad no emancipados, quienes en tanto no alcancen la mayoría de edad (dieciocho años) no pueden disponer libremente de su persona ni

de sus bienes, de tal manera que los progenitores hacen la función de sus representantes legales, para toda clase de actos jurídicos y de administración de sus bienes.

Dice el artículo 408 del Código Civil para el Estado de México que:

"Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los efectos más importantes de su administración".

En este caso, los bienes que obtenga el menor mientras se encuentra sujeto a la patria potestad, se dividen -señala la doctrina- en bienes que se adquieran por su trabajo y bienes que se adquieran por cualquier título, como puede ser la herencia o por un don de la fortuna. Los primeros pertenecen al menor en propiedad, administración y usufructo, y los segundos la propiedad es del menor pero la administración corresponde al ascendiente que ejerce la patria potestad. Los frutos de los bienes obtenidos por medios distintos del trabajo, la ley señala que la mitad corresponden al menor y la otra a quien ejerce la patria potestad, esto es lo que se conoce como usufructo legal. Ahora bien cuando es ejercida por ambos progenitores, los abuelos o los adoptantes, uno de ellos será nombrado por mutuo

acuerdo administrador pero el designado consultará a su cónyuge y requerirá para tal efecto de su consentimiento expreso para los actos de la administración.

Estatuye el artículo 409 del Código Civil para el Estado de México que:

"La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio, pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente"

De la lectura de este precepto se aprecia una medida de seguridad, toda vez que se requiere del consentimiento expreso del otro cónyuge cuando la patria potestad es ejercida por ambos, para terminar un juicio por transacción y en los casos en que la ley lo señale, se necesitará además de autorización judicial.

Por su parte, dispone el artículo 412 del Código Civil para el Estado de México, que :

"En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto

que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto."

En este caso, los bienes que adquiera el menor de edad no emancipado por cualquier título que no sea su trabajo, como una donación o herencia, que obviamente no sea producto de su trabajo pertenecen al sujeto pasivo de la patria potestad, pero la administración de los mismos corresponde a los titulares de la facultad de la patria potestad.

Expresa el artículo 413 del Código Civil para el Estado de México que:

"Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a dudar."

Mientras que el artículo 414 dispone que

"La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo, se considera como donación."

En el primer caso, los progenitores pueden renunciar al derecho sobre el usufructo porque se trata de un derecho privado que no afecta directamente al interés público ni perjudica a terceros; dicha renuncia es irrevocable si se llega a expresar en forma escrita, o bien, en forma temporal, en ciertas circunstancias. En el segundo caso, efectivamente

se trata de una donación, toda vez que tal renuncia se adjudica al patrimonio del menor de edad no emancipado, lo cual directamente tiene un valor económico, que de otra manera no pertenecería a él.

Dispone el artículo 415 del Código Civil para el Estado de México que :

"Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deban gozar la persona que ejerza la patria potestad."

Si bien los que ejercen la patria potestad no han estado en posesión de los bienes y no han realizado respecto de ellos, actos de administración que justifiquen el derecho al usufructo, no tendrán derecho alguno sobre él.

Dice el artículo 416 del Código Civil para el Estado de México que:

"El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo II del título VI, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes: I. Cuando los que ejerzan patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados; II. Cuando

contraigan ulteriores nupcias, III. Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijo."

De esta manera, el legislador ordena que los que se beneficien del usufructo de los bienes de los sujetos pasivos de la patria potestad, tienen la misma obligación de cualquier usufructuario, esto es, de rendir cuentas.

Ordena el artículo 417 del Código Civil para el Estado de México que:

"Cuando por la ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces"

En este caso el menor de edad no emancipado necesita autorización judicial para celebrar cualquier acto jurídico sobre bienes inmuebles, toda vez que no puede por sí solo gravarlos o hipotecarlos, porque se trata de actos de administración extraordinarios, ni puede enajenarlos porque este acto excede de los actos de administración.

Dice el artículo 418 del Código Civil para el Estado de México que:

"Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes"

inmuebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos, y ganados, por menos valor del que se coticie en la plaza el día de la venta; hacer donaciones de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos; ni dar fianza en representación de los hijos"

En este caso hipotético, las facultades de administración que se conceder a los sujetos activos que ejercen la patria potestad tiene como fin último la conservación de los bienes del menor de edad no emancipado; y los actos de disposición son contrarios e ilícitos a este principio; por lo que sólo se podrá actuar a contrario sensu, reuniendo los siguientes requisitos: que exista una absoluta necesidad; que sea de evidente beneficio; y con previa autorización del juez competente.

Dispone en este sentido el artículo 419 del Código Civil para el Estado de México que:

"Siempre que el juez concede la licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición

de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se deposita en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial."

Este precepto legal se caracteriza porque se trata de una limitación y confirma que en el ejercicio de la patria potestad está en un plano relevante el interés particular del menor de edad no emancipado y conjuntamente el interés público, porque al Estado mismo le interesa, ya que se manifiesta en la vigilancia enérgica y estricta del Poder Judicial sobre los actos de administración de sus bienes.

Ordena el artículo 420 del Código Civil para el Estado de México que :

"El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue: I.- Por la emancipación derivada del matrimonio; II. Por la pérdida de la patria potestad; III. Por renuncia".

Por lo que toca a la primera fracción, el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, por lo que al cumplir la mayoría de edad dispone de su persona y de sus bienes. En la segunda fracción, si se pierde la patria potestad por sentencia condenatoria ejecutoriada, el derecho al usufructo sólo se extingue para el sentenciado, pero subsiste jurídicamente para los que continúan ejerciendo la patria potestad. Por lo que hace a la tercera fracción, dicha renuncia sólo se

hará respecto al usufructo como derecho, pero respecto de quien renuncia, en forma personal, y no por ambos progenitores o abuelos, o de quienes la ejercen.

Estipula el artículo 421 del Código Civil para el Estado de México que :

"Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos."

Todo administrador de bienes ajenos, que ejerza o no la patria potestad, tiene la obligación de rendir cuentas de su administración, por lo que pueden pedirlo los sujetos pasivos o la parte interesada, bien puede serlo el juez de primera instancia de lo familiar u otra persona que esté ejerciendo la patria potestad, como los abuelos, al terminar esta facultad, o bien en la emancipación del menor de edad.

Dice el artículo 422 del Código Civil para el Estado de México que:

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

En caso de intereses opuestos entre los sujetos activos y pasivos de la patria potestad, el juez de primera instancia nombrará un tutor

dativo para efectos donde radique la oposición de dichos intereses. Ahora bien, si son dos personas las que ejercen la patria potestad y sólo hay litigio o controversia de intereses con respecto de uno solo, el otro representará al menor de edad; por lo que no será necesario el nombramiento judicial de un tutor dativo.

Expresa el artículo 423 del Código Civil para el Estado de México lo siguiente:

"Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Estas medidas se tomarán a instancia de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso".

El juzgador por disposición expresa de la ley, puede en un momento dado a petición de la o de las partes interesadas decretar medidas, como la de exigir que el administrador rinda en forma específica y clara cuentas de su gestión o bien que decrete la pérdida del usufructo cuando la administración ponga en peligro grave y serio la ruina de los menores de edad.

Por último, dispone el artículo 424 del Código Civil para el Estado de México lo siguiente:

"Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen".

En atención a lo que dispone el artículo anterior y éste, los sujetos activos de la patria potestad están obligados a reparar los daños que causen a los sujetos pasivos, ya sea por la mala administración, o por indicios de que por la mala fe lleven a la ruina los bienes a su encargo, porque indudablemente se apartaría de los fines que se persigue en la institución de la patria potestad.

CAPITULO SEGUNDO

**REGULACION JURIDICA DE LA
SUSPENSION, PERDIDA Y
EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD**

CAPITULO SEGUNDO

REGULACION JURIDICA DE LA SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

- 2.1 Diferencias entre suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad.
- 2.2 Análisis jurídico del artículo 425 del Código Civil.
- 2.3 Análisis jurídico del artículo 426 del Código Civil.
- 2.4 Análisis jurídico del artículo 429 del Código Civil.

2.1. DIFERENCIAS ENTRE SUSPENSIÓN, PÉRDIDA Y EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Respecto a la distinción entre suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad, resulta interesante jurídicamente el análisis que hace el profesor Rafael de Pina al decir que la "patria potestad se acaba cuando, sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir; se pierde, cuando por motivos en que aparece culpabilidad del titular, en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley su privación, y se suspende, cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión".¹³

Mientras que el maestro Edgardo Peniche encuentra la diferencia entre la suspensión y la pérdida de patria potestad en que "la primera el ejercicio de este derecho puede suspenderse transitoriamente cuando el que la ejerce cae dentro de los casos previstos en la ley..., y puede perderse por culpa de quien la ejerce o por disposición de la ley."¹⁴

Por nuestra parte, encontramos las siguientes diferencias, a saber:

¹³ Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Op. Cit. p. 381.

¹⁴ Peniche López, Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Op. Cit. p. 129. 63

a). Por lo que hace a la extinción (artículo 425) se caracteriza por dos hechos jurídicos: la muerte de quien la ejerce (fracción I), y por la mayoría de edad (fracción III), y la otra por la celebración de un acto jurídico (matrimonio) (fracción II); mientras que la suspensión puede presentarse en forma transitoria o definitiva, pues a la luz del artículo 429 del Código Civil para el Estado de México, las causas que originan la suspensión pueden desaparecer: el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio (fracción I); el ausente regresa (fracción II); y las causas de suspensión judicial desaparecen (fracción III). En la extinción se da en forma definitiva, mientras que en la suspensión se presenta en forma temporal.

b). Por lo que hace a la pérdida de la patria potestad, se presenta por conductas graves que ponen en peligro la salud, la seguridad y la moralidad de los sujetos pasivos, y se da en forma definitiva, como en la extinción, pero por diferentes causas, mientras que en la suspensión se presenta en forma transitoria.

2.2 ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 425 DEL CODIGO CIVIL.

Respecto a la extinción de la patria potestad, ordena el artículo 425 del vigente Código Civil para el Estado de México que:

"La patria potestad se acaba: I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II. Con la emancipación

derivada del matrimonio; III. Por la mayor edad del hijo."

Por lo que hace a la primera fracción, el legislador señala limitativamente las personas que pueden ejercer la patria potestad: los dos progenitores y los cuatro abuelos (primeramente los paternos y después los maternos), conjunta o separadamente, por lo que cuando ya no exista ninguna de estas seis personas, nadie más la podrá ejercer, aunque el hijo siga siendo un menor de edad, por lo que en este supuesto, se le nombrará un tutor.

Respecto a la segunda fracción, entendiendo la emancipación como "el acto jurídico que libera al menor de la patria potestad o de la tutela y que le otorga la administración de sus bienes y el gobierno de su persona".¹⁵ Por lo que la emancipación se origina en nuestro Código Civil por el matrimonio y no por habilitación de edad del hijo

En este sentido, la emancipación por matrimonio significa que el menor de edad que contrae nupcias, sale de la patria potestad. Por lo que si su matrimonio se extingue persistiendo la minoría de edad del cónyuge, no regresará a la patria potestad, sino que se le considera emancipado, pero requiere de autorización para volver a contraer nupcias, pues se ha considerado que en su nuevo matrimonio existe un interés familiar. De tal manera, que a pesar de haber adquirido una capacidad menos plena pero que le autoriza a manejar sus asuntos, existe jurídicamente dos limitantes: primero, necesita de un tutor para

¹⁵ Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Op. Cit. p. 262.

atender sus asuntos de orden judicial, incluido el divorcio; y, segundo, requiere autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes inmuebles u otros valuables en dinero,

Por lo que hace a la tercera fracción, la mayoría de edad extingue los efectos de la patria potestad, pues la misma es exclusiva para los menores de edad; pues el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Por otro lado, si la persona que llega a la mayoría de edad está dentro de las circunstancias que señala el artículo 432 del Código Civil para el Estado de México que textualmente dice:

"Tienen incapacidad natural y legal: I. Los menores de edad, II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos; III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir; IV. Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes"

Fuera de la fracción primera, dicha incapacidad de las personas, tendrá que sujetárseles a un juicio de interdicción en el que, por sentencia que causa ejecutoria, se le declare incapaz y, derivada de la misma se le proveerá de un tutor.

2.3. ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 426 DEL CODIGO CIVIL.

El artículo 426 del vigente Código Civil para el Estado de México hace referencia expresa a la pérdida de la patria potestad en los siguientes términos

"La patria potestad se pierde: I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, ó cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 269, III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos; porque los dejen abandonados por más de seis meses o porque acepten ante la autoridad judicial entregarlos a una institución de beneficencia, legalmente autorizada para que sean dados en adopción y ésta los acepte, de acuerdo al procedimiento que establezca el Código de Procedimientos Civiles"

Resulta incuestionable que lo preceptuado por el artículo antes transcrito implica una sanción legal dado que se tratan de conductas totalmente ilícitas de los progenitores o abuelos que tienen la facultad de la patria potestad en contra de los menores de edad, y a su vez

contrario a los deberes y derechos que la propia legislación civil estipula.

En este sentido, nuestro más alto tribunal ha considerado que todas las causas señaladas expresamente en el artículo 426 del Código Civil para el Estado de México son de tal naturaleza graves, que la patria potestad se pierde definitivamente, por lo que dichas causales deben quedar probadas plenamente, por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado lo siguiente:

PATRIA POTESTAD, CAUSALES DERIVADAS DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL, SON DE NATURALEZA GRAVE, PARA LA PERDIDA.- *En virtud de que la sociedad está interesada en la conservación de las relaciones paternofiliales y en que los padres e hijos mantengan los vínculos legales que generan derechos y obligaciones, el juzgador debe ser estricto a fin de que para determinar la pérdida de la patria potestad se presenten claramente las causas que el Código Civil respectivo señale. Por consiguiente si bien las presunciones pudieran ser un indicio de que se presentan las hipótesis legales referidas, y éstas deben estar comprobadas de tal modo que permita concluir que la salud, la seguridad y la moralidad de los menores pudieran comprometerse por las costumbres depravadas de los padres, o por la exposición o abandono que de los hijos hubieran hecho por más de seis meses. Por tanto no baste que no se haya contestado la demanda de pérdida de la patria potestad, por parte de una madre, para tener por comprobados los*

hechos que se le atribuyeron si no hay elemento probatorio alguno que lo corrobore, pues tal ausencia de contestación sólo constituiría un indicio de que se presentaron, pero de ninguna manera la prueba suficiente que se requiere.

Semanario Judicial de la Federación. Informe de 1937. Tomo II. Número 341. p. 243.

Respecto a la primera fracción, encontramos dos causales: la primera en la expresión de que "cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho,..." Aquí cabe señalar que debe de tratarse de una conducta grave de quien o quienes ejercen la patria potestad en perjuicio del o de los sujetos pasivos (menores de edad no emancipados). Esta primera causal es conveniente apuntar que su interpretación es tan amplia que queda al arbitrio del juez de primera instancia decidir y apreciar debidamente las pruebas para dictar su sentencia, pero siempre tomando en cuenta la conducta grave de los sujetos activos de la patria potestad que por su misma naturaleza perjudica a los sujetos pasivos en su desarrollo físico, mental y moral.

Dentro de la misma fracción primera, encontramos otra causal en la expresión legislativa siguiente: "..., o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves". Respecto a la expresión "delitos graves", la doctrina ha afirmado que "las palabras "delitos graves" son imprecisas. La doctrina en esta materia, no es unánime, pues un mismo tipo de delitos puede revestir mayor o menor gravedad según

que el criterio que se siga sea el de la gravedad de la pena que se castigue, la conducta delictuosa, o las circunstancias que concurren, para calificar el grado de delito. Si en realidad debieran clasificarse los delitos en "muy graves" o "gravísimos", "graves" o "menos graves", podría ensayarse el concepto de "delitos graves" del orden común, como el de aquéllos que en su formación, toman en consideración determinado bien jurídico tutelado por el tipo, así como el requisito que en su caso exija el mismo tipo para aumentar la pena, es decir, un delito grave del orden común, vendría a ser un determinado tipo especial o complementado cualificado, lo que significaría que para la configuración del delito grave, se habría de considerar el objeto jurídico y el requisito exigido por el tipo que eleve la penalidad".¹⁶

Atento a lo anterior, no se requiere que los delitos graves sean cometidos en contra del menor de edad no emancipado o en contra del otro progenitor, sino que puede ser cometido en contra de terceros, de la sociedad o contra el mismo Estado, por lo que no necesariamente implica una conducta ilícita en contra de los sujetos pasivos de la patria potestad. Ahora bien, para que proceda esta causal, es requisito sine qua non, que el sujeto o sujetos activos de la patria potestad hayan sido declarados culpables con sentencia condenatoria ejecutoriada por "...dos o más veces por delitos graves".

¹⁶ Porte Petit Candaup, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 14a. edición. México, 1991. p. 271.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado lo siguiente:

PATRIA POTESTAD POR CONDUCTAS GRAVES, PERDIDA DE LA. *La pérdida de a patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre los padres; y consiguientemente las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya quedado probada una de ellas de modo indiscutible, se surtirá su procedencia; sin que puedan aplicarse por analogía ni por mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores.*

Semanario Judicial de la Federación. Informe 1978. Número 108. p. 71.

Respecto a la segunda fracción, ésta nos remite a lo preceptuado por el artículo 269 del propio Código Civil para el Estado de México que dice:

"El cónyuge que diere cause al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración de éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho."

Así también, tiene una estrecha relación el artículo 267 del Código Civil para el Estado de México en su primera parte al decir

"En la sentencia que decreta el divorcio, el tribunal determinará los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad que conservarán cada uno de los cónyuges, respecto a la personas y bienes de sus hijos,... Y en su segundo párrafo dice Los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge no culpable..."

Por lo que la pérdida de la patria potestad de ese derecho afecta a uno de los progenitores que ha sido declarado culpable en caso de un divorcio necesario donde se comprobó plenamente alguna de las causales de divorcio que estipula el artículo 253 del Código Civil para el Estado de México.

De conformidad con lo anterior, se puede presentar un cuadro sinóptico de la siguiente manera:

A). Cuando la causa del divorcio estuviera comprendida en las fracciones I, II, III, IV, VIII, XIV y XV del artículo 253 del Código Civil, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente o no culpable. Si los dos fueran culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiera, se nombrará un tutor.

B). Cuando las causas del divorcio estuviera fundada en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 253, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueran culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad

hasta el fallecimiento o muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer esta. Mientras tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda (abuelos paternos o abuelos maternos), y si no hay quien la ejerza, se les nombrará un tutor.

C). En caso de los supuestos de las fracciones VI y VII del artículo 253 del Código Civil para el Estado de México, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el cónyuge enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes del menor de edad.

Respecto a lo que dispone la tercera fracción, se orienta la pérdida de la patria potestad en tres circunstancias: a). Por costumbres depravadas; b). Por malos tratamientos; y, c). Por abandono de sus deberes, y todas ellas comprometiendo la salud, seguridad y la moralidad de los sujetos pasivos de la patria potestad.

Sin embargo, dicha causal es totalmente impráctica, toda vez que es por demás conflictiva, pues para ello se requiere primero: a). costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, y, b). para que como con secuencia de uno de esos tres elementos, se pudiera comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal. Por lo que el fracaso de esta causal es total, pues baste observar la vinculación de los primeros supuestos como son depravación, malos tratos o abandono de sus deberes, que deben de

tener como generadores cualquiera de las tres consecuencias que se desarrollan, como son comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los menores de edad no emancipados.

Estas causas responder a una conducta destructiva en contra de los sujetos pasivos de la patria potestad, en este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado escasos criterios respecto a diversas hipótesis que se plantean, como son las siguientes:

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR COSTUMBRES DEPRAVADAS. *Para que se actualice la causal de pérdida de patria potestad consistente en que uno de los padres realiza costumbres depravadas, debe incurrir en conductas reiteradamente viciosas, que pueden alterar o corromper la salud mental, la seguridad, la moralidad o la educación del menor, lo que se derive de los conceptos de "costumbre" y "depravada" pues el primero significa "una manera de obrar establecida por un largo uso o adquirida por la repetición de actos de una misma especie" y el segundo "demasiadamente viciada".*

Semanario Judicial de la Federación. Informe 1987. Tercera Sala. Número 335. p. 239.

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LOS DEBERES. *No es correcto sostener conforme al artículo 444 fracción III (artículo 426, fracción III del Código Civil para el Estado de México) que III para que opere la causal de pérdida de la patria potestad, el abandono de los deberes debe ser total y no*

parcial, pues evidentemente la necesidad de percibir alimentos es de tal naturaleza que no puede quedar supeditada a eventualidad de ninguna clase ni a un incumplimiento parcial, de modo que el incumplimiento de la obligación de proporcionarlos es en sí mismo motivo suficiente para considerar que se compromete la seguridad de quien puede recibirlos, máxime cuando se trata de menores que no pueden valerse por sí mismos. En tales condiciones son infundadas las consideraciones de la responsable en ese sentido de que la actora no había acreditado la causal de pérdida de la patria potestad que invocó en la demanda, basándose en que de sus propias manifestaciones se desprendía que no hubo abandono de los deberes en forma total por el padre para con su hija, porque se acreditó que aunque haya sido sólo en algunas ocasiones el pago de la pensión y había preocupado por la salud de la hija. En efecto, de admitirse estos razonamientos se llegaría a autorizar con independencia de la conducta del que realice el incumplimiento, una situación permanente de abandono parcial de las obligaciones y deberes de los padres, para con sus hijos, que no puede ser lógicamente lo que quiso estatuir la ley. Es cierto que la sanción de la pérdida de la patria potestad para el padre incumplido, es muy grave, pero no lo es menos la situación en que se coloca al hijo, cuando lo desatiende en su subsistencia, aun cuando sea parcial. Semanario Judicial de la Federación. A.D. 5039/67. 3 de Julio de 1968. Tercera Sala. p. 358.

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR ABANDONO DE LOS DEBERES. El padre que no demuestra interés alguno para proveer a la subsistencia, cuidado y educación de su hijo, a pesar de tener a su alcance los medios para hacerlo, debe perder la patria potestad sobre él atento a lo establecido en el artículo 444 fracción III (artículo 426 fracción III del Código Civil para el Estado de México), porque su conducta puede poner en peligro la salud o la seguridad del niño; sin que sea óbice a lo anterior, el hecho de que la madre provea a la subsistencia y cuidado del menor, porque la situación de desamparo debe juzgarse según la conducta del progenitor que realiza el abandono, con independencia de la actividad asumida por el otro."

Semanario Judicial de la Federación. A.D. 6509/84. 19 de agosto de 1985. Tercera Sala. p. 714.

Finalmente, con relación a la fracción cuarta, se desprenden varias hipótesis, que específicamente son tres, a saber: a). La exposición que el padre o la madre hacen de sus hijos, b). Porque los padres los dejen abandonados por más de seis meses, y, c). Porque acepten ante la autoridad judicial entregarlos a una institución de beneficencia, legalmente autorizada para que sean dados en adopción y ésta los acepte, de acuerdo al procedimiento que establezca el Código de Procedimientos Civiles.

Por lo que hace a la primera hipótesis, la exposición es el abandono de un recién nacido en una vía pública, o bien, se puede

entender por exposición de un niño, o de parto también se llama, al recién nacido que se deposita en lugar distinto de aquel donde habitualmente se encuentran las personas que tienen la obligación de cuidarlo. Por consiguiente, un menor de edad en estas condiciones no se encuentra en custodia de nadie y que en un momento dado alguien encuentra, rescatándolo de los peligros que pueden afectar su salud.

En la segunda hipótesis, el abandono del menor de edad se traduce en dejar a una persona que, teniendo derecho a recibir cuidando y alimentos, se le priva sorpresivamente de ellos, dejándolo indefenso para su subsistencia, por lo que en ambos casos los sujetos activos de la patria potestad incumplen en sus deberes y obligaciones que les ordena la ley.

Por consiguiente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado el siguiente criterio:

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. SE REQUIEREN PRUEBAS PLENAS E INDUBITABLES PARA SU PROCEDENCIA.- De conformidad con el artículo 454, fracción IV, del Código Civil del Estado de Tamaulipas, es causa para que se pierda la patria potestad: "La exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses". Luego entonces, por no acreditarse el abandono de los hijos por más de seis meses, ante la ausencia de los elementos de convicción indispensables al efecto, es incontrovertible que de ninguna

manera puede tenerse por demostrada la acción correlativa, ya que, invariablemente, para decretar la pérdida de la patria potestad en cuanto relación paterno-filial temporal, es menester la presencia de pruebas plenas e indubitables sobre la necesidad apremiante y excepcional que justifiquen dicha privación. Semanario Judicial de la Federación. Informe de 1986. Tercera Sala. Segunda Parte. p. 90.

Resulta bastante criticable estas dos causales debido a que deben ser probadas indubitadamente y además con el requisito de que pasen "...más de seis meses...." lo cual resulta ilógico dadas las circunstancias y la escasa edad de esos menores que en muchos de los casos no saben ni hablar o simplemente son recién nacidos.

Por lo que hace a la tercera hipótesis, la simple "autorización" que hacen los padres hacia una autoridad judicial o alguna institución legal de asistencia a la niñez para darlos en adopción hace por disposición que se pierda la patria potestad, conforme a lo que regula procesalmente para este trámite el vigente Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

2.4. ANALISIS JURIDICO DEL ARTICULO 429 DEL CODIGO CIVIL

El artículo 429 del vigente Código Civil para el Estado de México estatuye la suspensión de la patria potestad en los siguientes términos:

"La patria potestad se suspende: I.- Por incapacidad declarada judicialmente; II.- Por la ausencia declarada en forma; y, III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión".

Por lo que hace a la primera fracción, se establece o se declara un estado de interdicción por medio de una sentencia que emite el juez de primera instancia, previo dictamen médico que así lo avale. Por lo que en este caso, no se trata de la suspensión de la patria potestad, sino únicamente de la suspensión del ejercicio de aquélla, que ejercerá el progenitor sano, en forma unilateral; o en otro supuesto, alguno de los abuelos paterno ó materno, según sea el caso.

Atento a lo dispuesto en la segunda fracción, el ausente está imposibilitado para ejercerla y se le suspende del ejercicio de la patria potestad, pues resulta claro que si el titular de esa facultad legal esta ausente físicamente resulta imposible que la pueda ejercitar, por lo que ante la incertidumbre de que viva o no biológicamente, se le suspende jurídicamente de ese derecho.

Respecto a la tercera fracción, aun cuando se suspenda el ejercicio de la patria potestad "por sentencia condenatoria..." no es tan drástica o que sea por conductas graves como lo hace el artículo 426 del propio Código Civil para el Estado de México, sino que hace referencia a conductas del sujeto activo o sujetos activos de la patria potestad que, sin ser de extrema gravedad, sí exigen incuestionablemente la suspensión en el ejercicio de la patria potestad,

como pudiera suceder que el progenitor se excediera en el castigo mesurado para corregir a los hijos, en forma grave, que por su negligencia en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones comprometiera la salud, la seguridad y la moralidad de sus hijos.

CAPITULO TERCERO

**CONSIDERACIONES JURIDICAS
RESPECTO A LOS PROBLEMAS QUE
TRAE LA PERDIDA DE LA PATRIA
POTESTAD.**

CAPITULO TERCERO

CONSIDERACIONES JURIDICAS RESPECTO A LOS PROBLEMAS QUE TRAE LA PERDIDA DE, LA PATRIA POTESTAD.

- 3.1 Respecto a las causas que representan los delitos graves
- 3.2 Respecto a las causales de divorcio.
- 3.3 Respecto a las conductas inmorales que no se tipifican como delitos.
- 3.4 Respecto al abandono de menores de edad.
- 3.5 Respecto a la adopción.

3.1. RESPECTO A LAS CAUSAS QUE REPRESENTAN LOS DELITOS GRAVES

Volviendo nuevamente al análisis del artículo 426, fracción I, del Código Civil para el Estado de México, y específicamente en la segunda causal de la pérdida de la patria potestad que ordena textualmente que: "La patria potestad se pierde: I.-..., o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;"

En este supuesto hipotético, el sujeto activo de la patria potestad debió haber cometido un delito, por lo que esta noción jurídica según el máximo representante de la Escuela Clásica Francesco Carrara, es la relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley penal. Agregando, que en el delito se distingue, en consecuencia el sujeto activo o delincuente; y los medios de que se vale, el sujeto pasivo, o sea, la cosa o el hombre sobre los cuales recaen los actos materiales, y el objeto del delito, o sea, el derecho violado.

En este sentido, dice el tratadista alemán Edmundo Mezger que el delito "es la acción típicamente antijurídica y culpable".¹⁷

De este concepto podemos distinguir los elementos que lo integran y la esencia misma del delito, y estos son: a).- Es una conducta humana entendiéndola como el actuar humano en su doble perfil: una acción u omisión, b).- Es típica, o sea, previsto y descrito en

¹⁷ Mezger, Edmundo. **Derecho Penal**. (Traducción al español por G. Figueroa). Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1985. p. 22. 67

la ley penal; c).- Es antijurídica, es decir, contrario al derecho objetivo por ir en contra de un mandato o de una prohibición contenida en la norma jurídico-penal; y, d).- Es culpable, en cualquiera de las formas que manifiesta, como puede ser dolosa, culposa o preterintencional.

Así pues, "...una persona responsable de un delito, no solamente tendrá la pena correspondiente al delito cometido, sino que esta obligado a reparar los daños ocasionados por éste, pero sólo podrá exigirse responsabilidad penal, previa declaración de la existencia de un hecho punible".¹⁸ En este mismo orden de ideas, es responsable aquel sujeto que teniendo las condiciones idóneas psicofísicas realiza un acto tipificado en la ley como delito y que, previamente, por eso contrae la obligación de responder penalmente por él.

Ahora bien, por lo que hace a la expresión "delitos graves" siempre han permanecido indeterminados y sujetos a controversias, y no es sino hasta que el Congreso Local o Federal los determine, orientados hacia la más alta jerarquización del bien jurídico que tutela, según sea el ámbito de competencia.

Y aquí surge nuestra primera consideración, en atención de que la expresión "delitos graves" ya la había empleado el legislador del Código Civil para el Estado de México desde que fue publicado dicho ordenamiento legal el día 29 de diciembre de 1956 en la Gaceta de

¹⁸ González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 23a. edición. México, 1990. p. 12.

Gobierno, por lo que también no enunciaba en forma sistemática cuáles eran, ni tampoco se hacía en forma expresa en el Código Penal para el Estado de México, por lo que el juzgador, se orientaba para calificar un delito como "grave" para efectos de la pérdida de la patria potestad en dos aspectos: a).- la intencionalidad o que se tratará de una conducta ilícita dolosa; y, b).- y la consideración del bien jurídico afectado al sujeto pasivo, por lo que quedaba al libre arbitrio judicial del juzgador, no existiendo para ello un criterio unificado para determinar cuáles eran o lo son.

No es sino a las recientes reformas y adiciones al Código Penal para el Estado de México, publicadas el día 7 de marzo de 1994 en la Gaceta del Gobierno para el Estado de México, donde adiciona el Capítulo Primero Bis, denominado "Los Delitos Graves", con el numeral respectivo de 8 Bis, y que textualmente reproducimos, por lo que dice dicho precepto lo siguiente: "Se califican como delitos graves para todos los efectos legales: el cometido por conductores de vehículos de motor, indicado en el artículo 63, el de rebelión, previsto en los artículos 109 último párrafo, 110 primer y tercer párrafos y 112; el de sedición, señalado en el artículo 115 segundo párrafo; el de abuso de autoridad, contenido en el artículo 140 fracción II; el de peculado, señalado en el artículo 143 fracción II; el de evasión a que se refiere el artículo 161; los cometidos por fraccionadores, señalados en el artículo 193, el de ataques a las vías de comunicación y transporte, contenido en el artículo 199; el de corrupción de menores, señalado en los artículos 210 tercer párrafo y 214; el de lenocinio y trata de personas, previstos

en los artículos 215 y 217; el de lesiones que señala el artículo 238 fracción III; el de homicidio, contenido en los artículos 246 y 248; el de parricidio a que se refiere el artículo 255; el de secuestro, señalado por el artículo 268 primer párrafo y fracciones IV y V, el de robo de infante, previsto en el artículo 269; el asalto a una población a que se refiere el artículo 273 último párrafo; el de violación, señalado por los artículos 279 y 281; el de robo, contenido en los artículos 298 fracción V, 300 y 301; el de abigeato, señalado en el artículo 310 primer párrafo; el de despojo a que se refiere el artículo 320 último párrafo; y el de daños en los bienes, señalado por el artículo 322; y, en su caso, su comisión en grado de tentativa como lo establece este Código, y los previstos en las leyes especiales cuando la pena máxima exceda de diez años de prisión".

Así pues, con esta reciente adición, el legislador sin haber mencionado expresamente una exposición de motivos, únicamente los califica como "delitos graves" un elenco de conductas típicas, antijurídicas y culpables.

Aquí, tenemos otra problemática, que dichos delitos graves únicamente operan en materia penal, y que legislativamente con dicho criterio se aplica para efectos de la pérdida de la patria potestad, a que alude la segunda causal contenida en la fracción I, del artículo 426 del Código Civil para el Estado de México; y por consiguiente son delitos graves para efectos penales y de orden familiar.

De conformidad con lo anterior, estamos en desacuerdo con dicho criterio legislativo, toda vez que ese elenco de delitos calificados como graves son en muchos de los casos inaceptables para efecto de la pérdida de la patria potestad, por lo que haremos un examen somero de cada uno de esos delitos, que en nuestra opinión solamente algunos podrán ser considerados en cuenta y otros no, por tanto, dicho criterio lo sustentamos en el siguiente análisis, que orientados en el grado de culpabilidad y del bien jurídico tutelado por la norma jurídico-penal deben de ser excluidos en materia familiar, más especialmente en lo referente a la relación paterno filial, o adoptivo.

a). El cometido por conductores de vehículos de motor, indicado en el artículo 63, del Código Penal para el Estado de México, que dice

"Cuando el delito culposo se comete en la conducción de vehículo de motor de transporte público local, de personal o escolar y se cause el homicidio de dos o más personas, la pena será de tres a ocho años de prisión y de veinte a doscientos días multa"

Lo que sanciona en este precepto es el grado de culpabilidad, que es la culpa, que "existe cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la propia ley penal".¹⁹ De este precepto se derive que para que exista la culpa se requiere : a). de una conducta voluntaria pero sin intención de

¹⁹Cuello Caló, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Bosch, Casa Editora. 16ª. Edición, 1971. P. 444..

cometer un delito, b). una previsibilidad del resultado ocasionado, omisión de la atención debida, o de precauciones, y, c). una relación de causalidad entre la acción ejecutada y el efecto típico producido. Entonces tenemos que la culpa se presenta cuando el sujeto activo no desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado previsiblemente delictuoso.

Términos del artículo 244 del propio Código Penal para el Estado de México que dice: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro".

En virtud de lo anterior, y en nuestra opinión, no es causa suficiente para ser considerado como delito grave en cuanto hace a la pérdida de la patria potestad, debido que no es delito doloso, que lleve la intención de privar de la vida a dos o más personas. Pues puede presentarse como un lamentable accidente, debido por fallas en el vehículo, o por evitar otro de mayor magnitud.

b). El delito de rebelión, que prevee el artículo 109, último párrafo del Código Penal para el Estado de México, que dice:

"Se impondrán de uno a seis años de prisión y de tres a ciento cincuenta días multa, a los que no siendo militares en ejercicio, con violencia y uso de armas, traten de: I....; II.; III.; Se impondrán de seis a doce años de

prisión y de cien a mil días multa, a los autores intelectuales, a quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros, para cometer el delito de rebelión"

El artículo 110 en su primer párrafo señala:

"Se impondrán de dos a quince años de prisión, y de veinte a doscientos días multa, al que residiendo en territorio ocupado por el gobierno bajo la protección y garantía de éste, proporcione voluntariamente a los rebeldes, hombres para el servicio de las armas, municiones, dinero, víveres, medios de transporte o de comunicación, o impida que las fuerzas de seguridad pública del gobierno reciban esos auxilios".

Mientras que el tercer párrafo de este mismo precepto estatuye lo siguiente: "Se impondrán de dos a quince años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa, a los servidores públicos del Estado y municipios, de organismos auxiliares estatales o municipales y fideicomisos, que teniendo por razón de su cargo documentos de interés estratégico, los proporcionen a los rebeldes".

Mientras que el artículo 112, estatuye que: "Se impondrán de quince a treinta y cinco años de prisión a los servidores públicos, así como a los rebeldes, que después del combate, dieran muerte a los prisioneros".

Así, en los términos de estos preceptos, la rebelión es la sublevación de varias personas contra el régimen político constituido, o bien, el empleo de la violencia para impedir las funciones de la autoridad pública y de sus respectivas instituciones, por personas no militares y con el uso de armas.

El bien jurídico tutelado es el Estado Federativo mismo y la vigencia de su orden constitucional interno.

Se trata de un delito "que se caracteriza por el dolo que consiste en el ánimo hostil al gobierno, con conciencia del levantamiento colectivo y de que éste se dirija contra el gobierno legítimo. Los elementos subjetivos del injusto forman parte de la motivación (concepción motivadora de la culpabilidad) y han de servir a un tiempo para graduar la gravedad de ésta y excluir la posibilidad de una comisión culposa".²⁰

Lo que se califica como grave en este delito son las siguientes conductas antijurídicas: a).- a participación en grado de autoría intelectual (último párrafo del artículo 109); b).- la ayuda voluntaria a los rebeldes con medios idóneos para alterar el orden constitucional (primer párrafo del artículo 112); c).- la proporción de informes a los rebeldes por parte de los servidores públicos (tercer párrafo del artículo 112); y, d). la privación de la vida (delito de homicidio) tanto por parte

²⁰ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho Penal**. Editorial Ariel. 7a. edición. España, 1975. p. 717.

de los servidores públicos como de los rebeldes después de haber concluido el alzamiento.

Ahora bien, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, ¿que objeto o finalidad se perseguiría la invocación de este delito grave para promover la pérdida de la patria potestad?

Por otro lado, aún siendo culpable el sujeto activo de la patria potestad en sentencia condenatoria ejecutoriada, teniendo como causa una ideología política diferente al actual régimen constitucional, y teniendo el apoyo del cónyuge o de sus hijos, e incluso suponiendo que no lo tuviera, ¿qué utilidad tendría invocar este delito cuando la pena de prisión es demasiado severa para seguir ejerciendo la patria potestad? La realidad es palpable es este sentido, pues en casos de rebelión, la familia consiente del titular del ejercicio de la patria potestad esta conducta, debido al lazo consanguíneo o civil, por lo que difícilmente se invoca como cause de la pérdida de este derecho. Por lo que no resulta viable ni en el plano teórico ni práctico, debido a su inoperatividad, como es el caso de Chiapas.

c).- En el delito de sedición, dice el artículo 115, en su segundo párrafo que:

"Se impondrán de dos a doce años de prisión y de veinte a doscientos días multa, a los autores intelectuales, a quienes dirijan, organicen, compelan o patrocinen

económicamente a otros, para cometer el delito de sedición"

La sedición es un delito de orden político (como el de rebelión) que cometen quienes atacan la seguridad interior del Estado Federativo, mediante actos tumultuarios, sin uso de armas y cuyos sujetos no son militares en ejercicio, y que actúan con el propósito abolir o reformar la Constitución Política del Estado o las instituciones que de ella emanan, o impedir la integración y funcionamiento de estas instituciones o de su libre ejercicio; y, separar de sus cargos al gobernador del Estado, a los secretarios de gobierno, al procurador general de justicia, a los diputados de la legislatura local y a los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, en los términos del artículo 119 del Código Penal.

Los elementos fundamentales de este delito son los mismos que en el delito antes examinado, como bien los diferencia la doctrina al establecer que lo "fundamental entre la rebelión por una parte y la sedición por la otra, consiste fundamentalmente en que la primera es el alzamiento violento y con uso de armas por parte de varias personas; en el otro delito existe la actitud violenta, tumultuaria, contra la autoridad, pero sin uso de armas".²¹

Por nuestra parte, corresponden los mismos comentarios hechos al delito anterior, debido a la similitud de las hipótesis legislativas que

²¹ González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. 9a. edición. México, 1989. p. 259.

presentan el último párrafo del artículo 109, y el segundo párrafo del artículo 115.

d).- Respecto al delito de abuso de autoridad, contenido en el artículo 140, fracción II, dispone que:

"Comete el delito de abuso de autoridad con contenido patrimonial, el servidor público que utilice la función que desempeñe para obtener la entrega de fondos, valores o cualquiera otra cosa que no le haya sido confiada, para aprovecharse o disponer de ella en su favor o de alguno otra persona o que obtenga, bajo cualquier pretexto, para sí o para un tercero, parte de los sueldos de un subalterno, dádivas u otros servicios indebidos.

Al que cometa este delito, se le impondrán las siguientes sanciones:...II. De tres a ocho años de prisión, de quinientos a un mil días multa, destitución e inhabilitación de tres a ocho años para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, cuando la cantidad o el valor de lo obtenido exceda de noventa veces el salario mínimo general vigente en la zona económica donde se cometa el delito"

Lo que sanciona la ley es la calidad del sujeto, que es un servidor público, que actúa extralimitando su actividad derivada de una función pública que le ha delegado el Estado por lo que no actúa con honradez, legalidad, imparcialidad, lealtad y eficiencia, cometiendo contrario a ello ilícitos de contenido económico. Incuestionablemente que se trata de

un delito doloso, y cuyo bien jurídico tutelado es la correcta administración del servicio y la administración pública.

Por tanto, es estos casos de abuso de autoridad, lo acumulado económicamente en forma ilícita o producto de la corrupción hecha por el servidor público deshonesto, tiene como destino aumentar su patrimonio familiar, por lo que también difícilmente se podría invocar como cause para la pérdida de la patria potestad, pues obteniendo beneficios de ello el otro cónyuge conjuntamente con sus hijos, resultaría ilógico intentar una acción procesal de esta naturaleza.

e).- Sobre el delito de peculado, señala el artículo 143, fracción II que:

"Comete el delito de peculado el servidor público que disponga en beneficio propio o indebido para terceros, de dinero, rentas, fondos o valores, o sus rendimientos que tenga confiados en razón de su cargo, ya sean del Estado, municipios, organismos auxiliares, empresas de participación municipal mayoritaria, fideicomisos públicos o de particulares.

Incurrir en el mismo delito el servidor que disponga indebidamente con ánimo de lucro, de bienes públicos en beneficio propio o de terceros:....II. De tres a diez años de prisión, de quinientos a un mil días multa, destitución e inhabilitación de tres a diez años, para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, cuando la cantidad o el valor de lo que se haya dispuesto, exceda de noventa

veces el salario mínimo general vigente en la zona económica donde se cometa el delito"

El peculado es un delito cometido por un servidor público que distrae de su objeto para usos propios o ajenos los caudales, u otros bienes, muebles o inmuebles que el Estado le confiere para su administración y custodia, "en todo caso de peculado se observa que existen determinados bienes para con los cuales el servidor público u otra persona, tienen obligaciones específicas de administración, depósito, custodia, o aplicación, y en todo caso la de darles el fin o destino que legalmente les corresponde, y el peculado se presenta cuando el mencionado sujeto desvía, da un fin distinto, utiliza para fines propios o ajenos, pero diversos a los que legalmente le corresponden, esos bienes. El peculado se caracteriza por ser una disposición indebida; toda proporción guardada, este delito en alguna forma tiene similitud con el abuso de confianza".²²

Bien vale, en los mismos términos, los comentarios hechos al delito de abuso de autoridad, referido en el artículo 140, fracción II, del propio Código Penal para el Estado de México.

f).- Sobre el delito de evasión dispone el artículo 161 lo siguiente:

"Se impondrán de cuatro a doce años de prisión y de tres a trescientos cincuenta días multa, al que proporcione al mismo tiempo, y

²² Osorio y Nieto, César Augusto. **La Averiguación Previa**. Editorial Pomúa. 5a. edición. México, 1990. p. 164.

en un solo acto la evasión de varias personas privadas de la libertad por la autoridad competente. Si el inculcado prestara sus servicios en el establecimiento o fuera custodio de los evadidos, quedará además destituido de su empleo y se le inhabilitará para obtener otro similar durante un período de dos a ocho años."

La conducta que sanciona este precepto consiste en favorecer la evasión de un detenido, procesado o condenado, lo que se traduce ayudar o auxiliar a dichos sujetos. La gravedad de este delito es que se fuguen por complicidad de custodios sujetos altamente peligro como narcotraficantes, homicidas, violadores, falsificadores o defraudadores, que ponen en peligro a la sociedad. Por lo que se trata de un delito doloso, y el bien jurídico protegido es la administración de la justicia y la seguridad pública.

Atento a estas consideraciones, consideramos factible que en este caso, sí cabe como cause la pérdida de la patria potestad, en razón del auxilio a delincuentes altamente peligrosos para fugarse de la acción de la justicia, y pone en peligro a la familia, la sociedad y al Estado mismo, debido a la habitualidad reincidencia y hasta una verdadera organización criminal de esos delincuentes, que contravengan la ley penal.

g).- Sobre los delitos cometidos por fracciones, dispone el artículo 193 del Código Penal para el Estado de México que :

"Se impondrán de seis meses a diez años de prisión y de cien a mil días multa, al que trafique ilegalmente con terrenos, los fraccione o divida en lotes, cualquiera que sea su régimen de propiedad, transfiera o prometa transferir la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho, careciendo del previo permiso de la autoridad administrativa correspondiente, o cuando teniéndolo no cumpla con los requisitos prometidos"

En muchos de estos casos, existe la complicidad de ambos cónyuges, que actúan dolosamente, por lo que difícilmente opera como causal para la pérdida de la patria potestad, debido a que es un delito de carácter patrimonial, donde se obtiene ilícitamente fondos económicos.

h).- Expresa el artículo 199, respecto al **delito de ataques a las vías de comunicación y transporte** lo siguiente "

"Se impondrán de quince a cuarenta años de prisión al que, para la ejecución de los hechos de que hablan los respectivos artículos anteriores, se valga de explosivos "

Esta conducta delictiva representa en todos los sentidos un delito grave, primero por la penalidad impuesta, y segundo, por el empleo del medio explosivos producen mayor riesgo a las personas y bienes jurídicos tutelados, lo cual, a su vez, denote una mayor temibilidad del sujeto activo.

Esta conducta ilícita, demuestra el grado de peligrosidad del sujeto activo, por lo que si constituye y se justifica para ser considerada como una cause para la pérdida de la patria potestad.

i).- **En cuanto al delito de corrupción de menores** , dice el artículo 210, tercer párrafo que:

"Se impondrá de cinco a diez años de prisión y de cien a mil días multa, cuando los actos de corrupción se realicen reiteradamente sobre el mismo menor y debido a ellos éste adquiera los hábitos del alcoholismo, uso de sustancias tóxicas u otras que produzcan efectos similares, o que como consecuencia de aquéllos se dedique a la prostitución o a las prácticas homosexuales, o forme parte de una asociación delictuosa"

Mientras que el artículo 214 expresa que:

"Se impondrán de cinco a diez años de prisión y de cien a mil días multa, al corruptor que trafique, consienta o permita el comercio carnal de menores de edad"

Este delito es cometido por quienes realizan actos capaces de provocar la perversión moral del sujeto pasivo a través de prácticas viciosas idóneas, mediante actos de exhibicionismo corporal, actos lesivos, sexuales, lujuriosos o depravados que hacen perder su instinto natural sobre la sexualidad y, después para adquirir una concepción anormal y perversa de esta conducta, y además de adquirir hábitos nocivos que alteran su desarrollo psíquico y sexual a temprana edad.

Lo anterior si se puede considerar a todas luces como cause de la pérdida de la patria potestad.

j).- En cuanto al, delito de lenocinio y trata de personas, expresa el artículo 215 que:

"Se impondrán de tres a ocho años de prisión y de cien a mil días multa, a quien cometa el delito de lenocinio".

Por su parte el artículo 217 expresa que: "

"Se impondrán de cuatro a nueve años de prisión y de cien a mil días multa, al que promueva, facilite, consiga o entregue a una persona para que ejerza la prostitución dentro o fuera del país. Si se emplease violencia o el inculgado se valiese de una función pública que tuviere, la pena se agravará hasta una mitad más"

Podemos entonces considerar que el "lenocinio es la obtención de beneficios económicos de la prostitución ajena, definiéndose entonces la prostitución como la actividad sexual remunerada. Es el lenocinio una actividad caracterizada por la promoción y el aprovechamiento económico de la prostitución ajena. En todo caso las conductas que integran el delito de lenocinio (y trata de personas) deben proyectarse a la comunidad, pues solo así se lesiona la moral

pública".²³

En esta clase de delitos, seda en casos muy discretos o muy disimulados, es decir, que aunque lesionan la moral pública, cuentan con la complicidad de algunas autoridades que dejan o dan ciertos "permisos" para que funcionen estos establecimientos, por lo cual resulta por demás difícil que tenga éxito tanto una denuncia penal de esta naturaleza como la acción civil para la pérdida de la patria potestad. Debido a su inoperatividad, resulta impráctica.

k).- Sobre el delito de lesiones que señala el artículo 238, fracción III, dice que:

"Se impondrán al autor de las lesiones, además de las penas anteriores:...III.- De dos a diez años de prisión y de cincuenta a setecientos días multa, cuando las lesiones produzcan enajenación mental, pérdida definitiva de algún miembro o de cualquier función orgánica o causen una incapacidad para trabajar".

Las lesiones dogmáticamente son "una alteración en la salud o cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo de un hombre, originada causalmente en la conducta injusta y reprochable del otro (que es un ser humano)".²⁴ Por lo que se trata de una conducta con carácter antijurídico y culpable.

²³ Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Op. Cit. p. 118.

²⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 3a. edición. México, 1983. p. 105.

En este caso, si consideramos pertinente que proceda como cause de la pérdida de la patria potestad, debido a que el sujeto activo de esta facultad puede cometerla en contra de su cónyuge, de sus hijos o de terceras personas, pues nuevamente se demuestra la peligrosidad del delincuente.

1). Por cuanto trace al delito de homicidio, dice el artículo 246 lo siguiente:

"Se impondrán de diez a quince años de prisión y de cien a mil días multa, al inculcado de homicidio simple intencional"

Por su parte, expresa el artículo 248 que:

"Se impondrán de quince a cuarenta años de prisión, al inculcado de homicidio calificado".

Por definición legal el delito de homicidio es la privación de la vida de una persona, y obviamente el bien jurídico que tutela es la vida, por lo que el homicidio simple intencional "es aquel hacer o no hacer humano que produce la muerte de una persona, sin que exista en el sujeto activo una reflexión previa respecto a la conducta que va a realizar, ni se presenten situaciones de superioridad absoluta del agresor para con el agredido de manera que aquél no corra riesgo físico alguno, o de sorpresa tal que imposibilite totalmente la defensa o protección del sujeto pasivo, o de violación de deberes de lealtad, fe y seguridad que se considera debiesen existir en razón de determinados

vínculos o circunstancias...Mientras que en el homicidio calificado se presentan además de lo anterior la alevosía, premeditación, ventaja y/o traición las cuales deben ser calificadas".²⁵

Resulta incuestionable esta conducta, por lo que puede operar como causal de la pérdida de la patria potestad, bien sea en contra del cónyuge, con alguno de los hijos, o en contra de terceras personas.

m).- En el delito de parricidio, dice el artículo 255 lo siguiente:

"Se impondrán de quince a cuarenta años de prisión al que dolosamente prive de la vida a cualquier ascendiente en línea recta, teniendo conocimiento el inculpado del parentesco. Se equipara al delito de parricidio y se le impondrá la misma pena al que dolosamente prive de la vida al cónyuge o a cualquier descendiente consanguíneo en línea recta sea legítimo o natural, sabiendo el inculpado el parentesco"

Es tal la gravedad de este delito, primero porque se priva de la vida a un ser humano; segundo, la conducta dolosa, y tercero, por existir el conocimiento de un parentesco, por lo que en los términos del segundo párrafo sin excusa ni pretexto se configura como causal de la pérdida de la patria potestad.

²⁵ Osorio y Nieto, César Augusto. El Homicidio. Editorial Porrúa. 2a. edición. México, 1982. pp. 11-12.

n). Por lo que trace al delito de secuestro, expresa el artículo 268 que:

"Se impondrán de cinco a cuarenta años de prisión y de cien a mil días multa, al que por cualquier medio prive a otro de la libertad, con el fin de obtener rescate o causar daños o perjuicios al secuestrado o a otra persona relacionada con éste. La pena señalada en el párrafo anterior se atenuará o agravará en los términos de las siguientes fracciones: ...IV. Se impondrán de cinco a quince años de prisión y de doscientos a setecientos cincuenta días multa, al que sin haber recibido rescate pusiere espontáneamente en libertad al secuestrado antes de cinco días, cuando le haya causado lesiones de las previstas en las fracciones II y III del artículo 238 de este código o de las que pusieren en peligro la vida, y, ...V. Se impondrán de veinticinco a cuarenta años de prisión, y de trescientos a mil días multa, cuando con motivo del secuestro falleciere el secuestrado o persona relacionada con éste."

Se trata de un delito doloso, con la intención de la privación de la libertad, lo cual constituye el bien jurídico tutelado, y que debido a que el sujeto que ejecuta esta clase de conducta es de alta peligrosidad, debido a que el rescate va acompañado de una suma de dinero, o de otras prestaciones en especie. Por otro lado, existe en la mayoría de los casos concurso de delitos, como son las lesiones y el homicidio mismo. En las respectivas fracciones se agrava la pena, por lo que estimamos que es causa de la pérdida de la patria potestad.

o). Por lo que trace al delito de robo de infante, previene el artículo 269 lo siguiente:

"Se impondrán de cinco a cuarenta años de prisión, a quien siendo un extraño a su familia se apodere de un menor de doce años de edad. Se impondrán de seis meses a cinco años de prisión, cuando el delito lo cometa un familiar que obre con mala fe y no por móviles afectivos.

Se impondrán de tres meses a cuatro años de prisión, si el menor es restituido espontáneamente a su familia, o a la autoridad dentro de tres días y sin causar perjuicio. Se impondrán de seis meses a seis años de prisión, si se causare perjuicio"

El legislador estimó acertadamente que la gravedad de este delito iba en contra de la estabilidad emocional de la familia afectada por el robo de infante, por lo que el número alarmante de este delito fue calificado como grave, por lo que penalizó tanto a las personas extrañas como a familiares del infante menor de doce años. Por lo que constituye este delito causal para la pérdida de la patria potestad.

p). En cuanto al delito de asalto a una población a que se refiere el artículo 273, último párrafo dice:

"Se impondrán de veinte a treinta y cinco años de prisión a los jefes y de quince a treinta años a los demás participantes, si los asaltantes atacaren una población"

Lo anterior obedece a la peligrosidad con que actúan un conjunto de delincuentes para robar, lesionar, e incluso violar, o cometer otros delitos, además de la forma dolosa con que ejecutan dichos ilícitos, por lo que se agrava la pena para el orquesteador o jefe que los dirige, así como los sujetos participantes del mismo. Lo anterior es suficiente, para estimar que sí se trata de una causal para la pérdida de la patria potestad, cuando quien la ejerce actúa como jefe o participante en este delito.

g). Por lo que respecta al delito de violación, expresa el artículo 279 que:

"Se impondrán de tres a ocho años de prisión, y de cincuenta a setecientos días multa, al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta; se impondrán de seis a quince años de prisión y de cien a mil días multa, si la persona ofendida fuere impuber".

Mientras que el artículo 281 expresa que: "

"Se impondrán de cinco a quince años prisión y de cien a mil días multa, cuando en la comisión del delito de violación intervengan dos o más personas"

Este delito de orden sexual, debido a su repulsa siempre ha sido penalizado con severas penas. Por lo que "por violación propia debemos entender, la cópula realizada en persona de cualquier sexo,

por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva".²⁶ Y se agrava la pena cuando el sujeto pasivo es impúber, y también cuando ha sido ejecutada la cópula violenta en forma tumultuaria.

El bien jurídico que tutela, y he ahí su importancia es precisamente la libertad sexual del individuo, para hacer o abstenerse de ejecutar la cópula. De este modo, si se justifica como un delito grave, y como causa para la pérdida de la patria potestad.

r). Dispone por lo que hace al delito de robo, el artículo 298, fracción V, que:

"Al que cometa el delito de robo, se impondrán las siguientes penas:..., V. De seis a doce años de prisión y de seiscientos a un mil días multa, cuando el valor de lo robado exceda de tres mil quinientas veces el salario mínimo".

Expresa el artículo 300 lo siguiente:

"La violencia en las personas sometidas por los ladrones, puede ser física consistente en la utilización de la fuerza material por el activo, sobre el sujeto pasivo, o moral consistente en la utilización de amagos, amenazas o cualquier tipo de intimidación que el activo realice sobre el pasivo para causarle en su persona, en la de otros, o en sus bienes, males graves".

²⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación. Editorial Porrúa. 3a. edición. México, 1980. p. 12.

Se equipara al robo con violencia cuando ésta se ejerza sobre persona o personas distintas a la robada, con el propósito de consumar el latrocinio, o la que el ladrón realice después de consumado el robo para propiciarse la fuga o quedarse con lo robado.

Se impondrán de seis a dieciocho años de prisión y multa de uno a tres veces el valor de lo robado, sin que exceda de un mil días multa, cuando el robo se cometa con violencia".

Mientras tanto el artículo 301, ordena que: "Se impondrán además de la pena que corresponda al robo simple, de seis meses a diez años de prisión y multa de uno a tres veces el valor de lo robado sin que exceda de un mil días multa, a quien se introduzca y robe en el interior de una casa habitación, aposento o cualquier dependencia de ella, comprendiéndose en esta denominación, también los móviles sea cual fuere la materia de que estén construidas.

Se impondrán de nueve a veintiún años de prisión y multa de uno a tres veces el valor de lo robado sin que exceda de un mil días multa, si la conducta antes descrita se ejecuta además con violencia, independientemente del valor de lo robado.

Las sanciones a las que se refiere este artículo, se impondrán sin perjuicio de las que correspondan a otros delitos que concurren.

Se equipara a esta figura y se impondrá igual pena, el robo de cosa que se encuentre en el interior de un vehículo particular".

El propio artículo 295 de este ordenamiento legal define este ilícito de carácter patrimonial en los siguientes términos: "Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella, conforme a la ley".

En las hipótesis transcritas con antelación, la gravedad consiste en la cuantía de lo robado; la violencia empleada; bien sea física o moral así como la introducción a casa habitación y en el interior de un vehículo.

Aunque verdaderamente sí se trata de un delito grave, la praxis demuestra que resulta ineficaz la promoción de este delito ante los tribunales para efecto de la pérdida de la patria potestad, toda vez que puede ser vergonzoso invocarla, o bien que por esta actividad resulte una fuente de ingreso aunque ilícita para el sustento familiar. Por lo que muy a pesar de que sea grave, resulta inoperante, por lo que en nuestra opinión la desechamos.

e). Señala el artículo 310, primer párrafo en lo que trace al delito de abigeato que:

"Comete el delito de abigeato el que se apodere de una o más cabezas de ganado

mayor, sea bovino, equino, mular o asnal, o de tres o más cabezas de ganado menor, sea porcino, ovino o caprino, sin consentimiento de quien legal mente pueda disponer de ellos”.

Consideramos que son aplicables los mismos comentarios que expusimos sobre el delito de robo.

t). Sobre el delito de despojo, dice el artículo 320, en su último párrafo que:

“Se impondrán de seis a doce años de prisión y de cien a un mil días multa, a los autores intelectuales, a quienes dirijan la invasión y a quienes instiguen a la ocupación de la cosa, cuando el despojo se realice por dos o más personas. Si al realizarse el despojo se cometen otros delitos, aun sin la participación física de los autores intelectuales, de quienes dirijan la invasión e instigadores, se considerará a todos éstos, inculpadados de los delitos cometidos”

Debido a la crisis de vivienda, el delito de despojo se ha ido incrementando paulatinamente, de ahí las grandes invasiones de bienes inmuebles. Lo que considera grave la ley es la participación y la autoría intelectual para ejecutar esta conducta antijurídica. Y en muchos de los casos, los mismos participantes son las familias enteras de los mismos provenientes, por lo que resulta impráctico invocarla para efecto de la pérdida de la patria potestad.

v). **Por lo que hace al delito de daños en los bienes**, señala el artículo 322, que:

"Se impondrá prisión de cinco a diez años y de tres a trescientos cincuenta días multa, si el peligro, daño, destrucción o deterioro, se causare por medio de inundación, incendio, bombas o explosivos.

Se impondrán de cinco a diez años de prisión y de tres a trescientos cincuenta días multa, al que ponga en peligro o cause daños a bienes de valor científico, artístico, cultural, de servicio público, bosques, selvas, pastos o cultivos de cualquier género".

Dicho delito, para efecto de la pérdida de la patria potestad, resulta irrelevante, y más en lo referente al segundo párrafo, debido pues, a casos aislados que podrían suceder.

Por otro lado, la parte final del artículo 8 Bis, estatuye lo siguiente: "...y los previstos en las leyes especiales cuando la pena máxima exceda de diez años de prisión". Esas leyes especiales son conocidas también como leyes federales, por lo que son delitos federales los previstos en los artículos 2° a 5° del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de fuero Común, para toda la República en materia de Fuero Federal. y 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y los demás que aparecen consignados en otras leyes federales, a sean aquellas conductas que afectan los intereses fundamentales de la Federación, estructura, funcionamiento y patrimonio. Dado que en nuestro sistema jurídico existe un

considerable elenco de leyes federales y asimismo delitos de esta competencia, mencionar expresamente cuáles son y qué delitos están tipificados y sancionados con penalidad de más diez años de prisión, rebasaría el propósito de nuestro estudio.

En este mismo orden de ideas, resulta una aberración jurídica que en la misma fracción I, del artículo 426 del Código Civil se refiera el legislador que el sujeto activo de la patria potestad "...cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;" Es inconcebible que tenga que esperarse hasta que recaigan dos sentencias condenatorias ejecutoriadas por delito grave para que se invoque la pérdida de la patria potestad, por lo que en nuestra opinión solo bastaría tan solo uno, para que proceda jurídicamente.

Ahora bien, en virtud del análisis elaborado con antelación sobre los delitos graves, no todos son procedentes para efecto de la pérdida de la patria potestad, pero si algunos, a los cuales agregaríamos otros, en razón de que afectan las relaciones paterno-filiales y conyugales, por lo que en mi opinión, la fracción I, del artículo 426 del Código Civil para el Estado de México, que a la letra dice :

Artículo 426.- La patria potestad se pierde :

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

Merece profundas reformas, y por lo tanto, proponemos que quede de la siguiente manera :

Artículo 426. La patria potestad se pierde:

i. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la perdida de ese derecho, o cuando es condenado por un delito grave y que para este efecto son considerados como tales, los siguientes contenidos en el Código Penal

- a) El de evasión a que se refiere el artículo 161;**
- b) El de ataques a las vías de comunicación y transporte, contenido en el artículo 199;**
- c) El de corrupción de menores contenido en el artículo 210, tercer párrafo y 214;**
- d) El de bigamia, contenido en el artículo 222;**
- e) El de abandono de familiares contenido en los artículos 225 y 226;**
- f) El incesto contenido en el artículo 227;**
- g) El de lesiones contenido en el artículo 238, fracción III;**
- h) El de homicidio, contenido en los artículos 246 y 248;**
- i) El de parricidio a que se refiere el segundo párrafo del artículo 255;**
- j) El de secuestro, señalado en el artículo 268, primer párrafo, y fracciones IV y V;**
- k) El de robo de infante, previsto en el artículo 269;**

- l) El de asalto a una población a que refiere el artículo 273 en su último párrafo;
- m) El de actos libidinosos, contenido en el artículo 275;
- n) El de estupro, contenido en el artículo 276;
- o) El de violación, señalado en el artículo 279 y 281; y,
- p) Los que señalen las leyes federales cuando la pena máxima exceda de diez años de prisión".

Por tanto, se han incorporado otros delitos que afectan como ya lo señalamos, las relaciones familiares y que ponen en peligro la estabilidad y moral de la familia.

3.2. RESPECTO A LAS CAUSAS DE DIVORCIO.

Conforme a lo que dispone la fracción II del artículo 426, del Código Civil para el Estado de México, dice que: "En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 269;". Aquí el juzgador determinará cuáles son esas causas de divorcio que operan para efecto de la pérdida de la patria potestad.

Por esta razón, dichas causales están contenidas en el artículo 253 del Código Civil para el Estado de México, por lo que procedemos a hacer todo un análisis en cuanto a su procedibilidad para efectos legales de la materia que nos ocupa.

Dice el artículo 253 del Código Civil para el Estado de México que: "Son causas de divorcio: I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;" El adulterio se conceptúa como la relación sexual ilícita de un hombre o mujer casados con otra diferente a su relación matrimonial; por lo que son relaciones sexuales fuera del matrimonio calificadas como ilícitas. Sin embargo, la prueba plena en la mayoría de los casos resulta imposible debido a la clandestinidad en que actúan los adúlteros, por lo que regularmente se admiten pruebas indirectas, para comprobar la infidelidad conyugal. Debido a ello, sí es justificable que el cónyuge adúltero culpable pierda el ejercicio de la patria potestad.

Expresa la fracción II, que: El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo,"

En este caso, la citada causa implica una conducta desleal de la mujer hacia su futuro consorte al no confesarle su estado de embarazo antes de contraer matrimonio, y por consiguiente, querer atribuirle una falsa paternidad. Respecto a esta causal resulta improcedente la pérdida de la patria potestad, debido a la ilegitimidad del hijo declarada judicialmente.

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

cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer,"

Esta causal implica una conducta inmoral, injuriosa, y en ciertos casos hasta delictiva, pues simplemente la prostitución es la comercialización de las relaciones sexuales, y más grave resulta cuando es propuesta por el marido hacia su cónyuge, como explica el tratadista Manuel Chávez, que "en esta causal se violan muchos valores y características del matrimonio. El deber del débito carnal se vulnera gravemente, no sólo al permitir relaciones sexuales de la mujer con diversos hombres, sino al proponer el marido la prostitución de su mujer, con lo cual también se le obliga a romper con la fidelidad prometida".²⁷

En este sentido, el marido ya presenta cierta patología inmoral, y que no obstante ello, pudiera en un momento determinado de un modo u otro incitar o promover la prostitución infantil con consecuencias nefastas, por lo que estimamos que sí es procedente la pérdida de la patria potestad.

Dice la fracción IV, que: "La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal".

²⁷ Chavez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Tomo II. Editorial Porrúa. 2a. edición. México, 1990. p. 480

En esta causal se puede presentar lo que penalmente se conoce como "consejo de instigación" cuando un cónyuge aconseja al otro a cometer un delito grave, como el de lesiones u homicidio, por ejemplo, para que el cónyuge instigador se aproveche de esa situación. Aunque si no se ha cometido materialmente un delito de esa naturaleza, resulta difícil invocarlo como causa justificable para la pérdida de la patria potestad.

Dice la fracción V, lo siguiente: "Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción".

El término corrupción tiene un sentido tan amplio que caven dentro de él toda clase de conductas inmorales y de miserias humanas cuales son, entre otras: la embriaguez, la fármaco dependencia, la mendicidad, la vagancia, el robo, la prostitución, o la comisión de cualquier otro delito, sea cual fuera su naturaleza.

Por eso, "es indiscutiblemente más amplia la forma como el Código Civil caracteriza el hecho inmoral que consiste en que el padre o la madre lleven a cabo actos para corromper al hijo o la tolerancia su corrupción, siempre y cuando ésta se manifieste en actos positivos y no en simples omisiones, descuidos, o falta de vigilancia del menor. Por otra parte, podría haber esta causal tanto en cuanto a los hijos menores, como respecto a los hijos mayores, en cuyo caso, ya para éstos estaremos en la causal de divorcio que implica un hecho inmoral,

no delictuoso".²⁸ Por consiguiente, esta causal se puede invocar para solicitar la pérdida de la patria potestad.

Expresa la fracción VI, que: "Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio". En realidad este elenco de enfermedades no representa ninguna justificación para efecto de la pérdida de la patria potestad.

Expresa la fracción VII, que: "Padecer enajenación mental incurable". Más aquí estamos en presencia no de la pérdida de la patria potestad, sino de la suspensión definitiva de la misma, basado en los términos de la fracción I, del artículo 429 del Código Civil para el Estado de México.

Preceptúa la fracción VIII lo siguiente: "La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada".

Este precepto no habla sobre el abandono de un cónyuge o sus hijos por el otro, sino únicamente de separación de la casa conyugal, pero dicha separación sin cause justa se traduce en el incumplimiento de varios deberes como las obligaciones inherentes al matrimonio, la paternidad, en este sentido "la separación matrimonial rompe la unidad

²⁸ Rojas Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Editorial Porrúa, 8a. edición, México, 1983, pp. 447-448., 103

y la posibilidad de vida en común dentro del domicilio conyugal... En relación a las obligaciones se falta generalmente, aun cuando no es exigencia para que esta causal proceda, a la obligación de otorgar la pensión alimenticia, al sostenimiento del hogar y a los servicios personales que entre cónyuges están obligados a darse en forma recíproca".²⁹ Por ello, ante la ausencia del sujeto activo, que generalmente es el padre, si no se encuentra físicamente, imposibilita el ejercicio de la patria potestad, por esta razón sí procede para la pérdida de la misma.

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

En esta causal, el cónyuge que abandona la casa conyugal porque ya le resulta insoportable la vida en común, en base a que el otro le ha dado una o varias causas de divorcio, debe demandar el mismo antes de que transcurra un año, y al igual que la anterior causal, existe el abandono también de las obligaciones congruentes al matrimonio, por lo que también es justificable como causal para la pérdida de la patria potestad.

Dice la fracción X, que: "La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que

²⁹ Chávez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Tomo II. Op. Cit. p. 491. 104

no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;"

Tanto el estado de ausencia y el de presunción de muerte del otro cónyuge no opera en forma autónoma como la disolución del vínculo conyugal, sino que el consorte que demanda tiene que probar con la sentencia que declare este estado, la causa de divorcio, pero para ello, en cuanto a dicha presunción de ausencia o de muerte, deben pasar varios años, para cerciorarse de ello. Esta causal de ninguna manera implica la pérdida de la patria potestad, más aquí es causa de que acaba la misma, en los términos del artículo 425, fracción I, del Código Civil para el Estado de México.

Ordena la fracción XI, que: "La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro "

Para efectos de causal de divorcio, la "sevicia consiste en la crueldad excesiva (celos, faltándose al respeto); las amenazas consisten en el atentado contra la libertad y seguridad de los propios cónyuges, al dar a entender, con actos o con palabras, que se quieren hacer mal el uno al otro, poniendo en peligro su vida, su integridad personal o sus bienes. Las injurias graves, consisten en toda expresión o acción ejecutada para manifestar desprecio al otro cónyuge". ³⁰ Esta

³⁰ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Baez, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Op. Cit. p. 166. 106

causal de divorcio resulta irrelevante para el caso de la pérdida de la patria potestad.

Menciona la fracción XII, que: "La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 151 y 152;" Esta causal también resulta irrelevante para efectos legales de la pérdida de la patria potestad, pues se trata del incumplimiento de obligaciones de orden económico entre los cónyuges, para el sostenimiento del hogar y administración de los bienes.

Manifiesta la fracción XIII, lo siguiente: "La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;" La calumnia no es más que la falsa imputación de un delito que hace un cónyuge a otro, bien sea porque el hecho es falso o inocente el cónyuge a quien se le impute, por lo que rebela dicha causal un síntoma de desprecio y odiosidad de un cónyuge hacia el otro. Por consiguiente no es justificable como causa para la pérdida de la patria potestad.

Dice la fracción XIV, que: "Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infame, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años,"

Así pues, para que se pueda configurar esta causal se necesita forzosamente que exista una sentencia que cause ejecutoria en la cual se declare culpable a un cónyuge de un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, independientemente si se trató de un delito grave o no; por lo que quedan fuera de ellos los políticos, como son la rebelión, sedición y el motín.

Aunque con la expresión "...pero que sea infamante...", el profesor Ignacio Galindo afirma que la "naturaleza infamante del delito, es difícil de determinar. En general por infamia se entiende el descrédito en el honor, la reputación, o el buen nombre de una persona. Desde un punto de vista amplio, toda condena penal produce descrédito. Sin embargo debe tenerse presente para calificar la infamia del delito, si por su naturaleza, o por las circunstancias en que se cometió, ponen de manifiesto la notoria depravación o vileza del cónyuge a quien se le imputan esos hechos, como sucedería en el caso de un homicidio perpetrado con brutal ferocidad".³¹ Consideramos que esta causal de divorcio sí es justificable para la pérdida de la patria potestad, solamente por lo que hace si el delito es calificado de grave, como el homicidio, el robo de infante, o el de violación, entre otros.

Señala la fracción XV, que: "Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;"

³¹ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Op. Cit. pp. 626-627. 108

Esta causal requiere para su comprobación, que se junten dos circunstancias: el hábito vicioso y la amenaza de la ruina de la familia, o simplemente el vicio que provoca una constante desaveniencia conyugal. Por tanto, esta causal se caracteriza profundamente porque uno de los cónyuges efectúe juegos de azar, provocando pérdidas económicas para el sostenimiento de hogar, la otra, la embriaguez que hace imposible la convivencia familiar, además de ser una conducta inmoral; y la última, el indebido y persistente uso de drogas enervantes que obviamente alteran orgánicamente a la persona que los consume. En consecuencia de ello, provoca de igual modo la ruina de la familia, en todos los sentidos, tanto moral, social, y económicamente. Por lo que si es viable invocarla como causa de la pérdida de la patria potestad.

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

Aquí estamos en presencia de la comisión de un delito cometido entre cónyuges, como las lesiones, las injurias, difamación o calumnia, entre otros, por lo que pueden optar conjunta o separadamente ambas acciones (penal y civil). Esta causal resulta también irrelevante para efectos legales de la pérdida de la patria potestad, debido pues, a que se da entre cónyuges, en su persona y bienes.

Por consiguiente, y después de este análisis, estamos en posibilidad de proponer la siguiente reforma y adición a la fracción II, del artículo 426 del Código Civil para el Estado de México que a la letra dice :

Artículo 426. La patria potestad se pierde:

I

II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 269;.

Y que dar como se propone.

Artículo 426.- la patria potestad se pierde I... II.- En los casos de divorcio necesario procederá por las siguientes causales en los términos del artículo 253, las siguientes: I, II, III, V, VIII, IX, XIV, y la XV

3.3. RESPECTO A LAS CONDUCTAS INMORALES QUE NO SE TIPIFICAN COMO DELITOS.

Esas conductas inmorales que no son punibles, están expresamente sancionadas aunque no enumerativamente en la fracción III, del artículo 426 del Código Civil para el Estado de México, y de conformidad con el análisis que ya hemos elaborado, resulta tan conflictiva por los elementos que la configuran para su comprobación que resulta inoperante e impráctica ante los tribunales, por lo que haremos una breve referencia acerca de esas conductas inmorales que no son punibles, y que generalmente están caracterizadas por un carácter sexual, y por el otro, de conductas viciosas.

Así pues, dentro de esas conductas inmorales no punibles, se dan las llamadas desviaciones sexuales, que "son una alteración en las formas de comportamiento de la vivencia sexual y de la capacidad de contacto".³² Y éstas pueden presentarse en las siguientes manifestaciones:

- a). Ambisexualidad, que es "la atracción por ambos sexos sin que la inclinación hacia el sexo propio signifique repulsión hacia el sexo contrario".³³
- b). La masturbación depravada, que consiste en la manipulación de los órganos sexuales, realizada por el propio sujeto o por otra persona, para producir el orgasmo.
- c). Homosexualismo, que es una conducta resultante de la atracción sexual hacia personas del propio sexo.
- d). Transvestismo, que es la propensión de algunos hombres a encontrar satisfacción sexual vistiéndose con vestimentas femeninas denotando por consiguiente, deficiencias masculinas.
- e). Exhibicionismo, que es la necesidad depravada de orden sexual "experimentada por el sujeto, por lo común varones, de mostrarse desnudos en forma pública y en especial los órganos

³² Goldstein, Martín. Léxico de la Sexualidad. López Ediciones. España, 1981. P. 80.

³³ *Ibidem* p. 10.

genitales principalmente ante mujeres, ya sean niñas, adultas o ancianas".³⁴

f) **Figoneo**, que es cuando el placer sexual se satisface completamente observando a escondidas a personas desnudas o realizando el acto sexual. Y en esta conducta cavén los espectadores del material pornográfico.

g) **Prostitución**, que es "el comercio habitual que una mujer ejerce con su cuerpo, condicionando a un lucro sus relaciones sexuales".³⁵

Por lo que hace a vicios que son actos inmorales, no punibles, se encuentra el alcoholismo, como una patología de orden orgánico y psicológico, que acaba con la dignidad y personalidad del ser humano. Otros que bien cavén, son los juegos de azar, donde se cruzan apuestas, como barajas, dados, entre otros.

En virtud de lo anterior, y atento al análisis jurídico que he hecho al vigente artículo 426, en su fracción III, y debido a su deficiencia jurídica y legislativa, propongo la siguiente reforma para su mejor aplicabilidad:

³⁴ Gognon, Johen. Sexualidad y Conducta Sexual. Editorial Pax México, 7a. edición. México, 1990. p. 105.

³⁵ Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo II. 2a. edición. Editorial Porrúa, México, 1989. p. 1409. 112

Artículo 426. La patria potestad se pierde: I.; II., III. Cuando por conductas desviadas de orden sexual reconocidas por la medicina en su respectiva especialización y de vicios patológicos de los padres, comprometa el buen desarrollo de sus hijos un cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción del Código Penal;"

3.4. RESPECTO AL ABANDONO DE MENORES DE EDAD

Aquí trataremos lo que respecto a la IV fracción del artículo 426 del Código Civil para el Estado de México, teniendo en cuenta que resulta aberrante jurídicamente que en el abandono de un hijo, y máxime si es de pocos meses de haber nacido o de unas cuantas horas se pierda la patria potestad "...porque los dejen abandonados por más de seis meses,...", lo cual si atendemos a los cuidados que requieren como la alimentación, la asistencia médica, y de cuidados, resulta un tiempo demasiado grande si se atiende a las necesidades que deben de cubrir, a menos que en ese lapso de tiempo hayan quedado al cuidado de alguna persona, siendo familiar o no. Por lo que el tiempo debe quedar más reducido para la mejor aplicación de la ley.

3.5 RESPECTO A LA ADOPCION

En cuanto a la adopción, como un acto jurídico, y como institución del marco jurídico familiar, representa una opción para rescatar a infantes abandonados o expuestos "a su suerte", por lo que en muchas de las veces, el trámite judicial resulta engorroso, y hasta fastidioso, por

lo que hace al procedimiento, por lo que aunque no es materia de nuestro estudio, debería haber procesalmente, una vía más rápida para que la adopción fuera más eficaz en estos casos.

Por tanto, proponemos la siguiente modificación a la fracción IV, del artículo 426 del Código Civil para el Estado de México que a la letra dice:

Artículo 426. La patria potestad se pierde:

I.....

II.....

III...

IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos; por que los dejen abandonados por más de seis meses o porque acepten ante autoridad judicial entregarlos a una institución de beneficencia legalmente autorizada para que sean dados en adopción y ésta los acepte, de acuerdo al procedimiento que establezca el Código de Procedimientos Civiles .

Y que dar como se propone:

Artículo 426.- La patria potestad se pierde I.- ...; II.- ..., III.- ..., IV.- Por la exposición o abandono de sus hijos por mas de quince y menos de cuarenta días, o por que acepten ante autoridad legal y competente entregarlos a una institución de beneficencia autorizada por la ley para que sean dados en adopción y ésta los acepte, de conformidad con lo establecido con el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La doctrina jurídica mexicana ha superado categóricamente el concepto tradicional romano de la patria potestad, toda vez que hoy en día se funda en la responsabilidad paternal que la ley les confiere para cumplir sus deberes y derechos derivados de la relación paterno - filial.

SEGUNDA.- Una de las características más sobresalientes de la patria potestad es que es de orden público, pues el Estado está interesado en que los menores de edad reciban un bienestar en el más amplio sentido, de lo contrario, también la ley estatuye sanciones al respecto.

TERCERA.- De conformidad con lo que dispone el artículo 425 del Código Civil para el Estado de México, la patria potestad se acaba a través de dos hechos jurídicos: por la muerte del sujeto activo quien ejerce esa facultad y, por la mayoría de edad del sujeto pasivo. Por otro lado, mediante un acto jurídico: la emancipación del sujeto pasivo por matrimonio.

CUARTA.- En cuanto a la redacción legislativa que se lee en el artículo 426 del Código Civil, la pérdida de la patria potestad se funda en estricto rigor en una resolución judicial, esto es, en una sentencia emitida por un órgano legal y competente para ese efecto, toda vez que los supuestos hipotéticos que enuncia el legislador son conductas

graves que afectan de manera directa el sano desarrollo del menor de edad.

QUINTA.- Mientras tanto, el artículo 429 del Código Civil para el Estado de México, determine en qué casos se suspende la patria potestad, caracterizándose en que puede presentarse en forma temporal o definitiva.

SEXTA.- Existe una gran confusión por lo que hace a la pérdida de la patria potestad por "delitos graves", por lo que antes de las reformas y adiciones aparecidas en la Gaceta de Gobierno del Estado de México el día 7 de marzo de 1994, se adiciona el artículo 8 Bis para enumerar o calificar cuáles son esos delitos graves, por lo que el juzgador tomó en cuenta el grado de culpabilidad en la especie de dolo, y en aplicar su libre arbitrio judicial para determinarlo así.

SEPTIMA.- Con dicha adición al Código Penal para el Estado de México, resuelve en parte, más no completamente, los delitos graves que son calificados como tales, más no todos son susceptibles de ser aplicados a los supuestos que señala la parte final de la fracción I, del artículo 426 del Código Civil.

OCTAVA.- Resulta criticable que en los términos en que está redactada la parte final de la fracción I, del artículo 426, del Código Civil, proceda la pérdida de la patria potestad en contra del sujeto activo, cuando sea condenado en sentencia ejecutoriada por "dos o

más delitos graves", por lo que en nuestra propuesta es suficiente con uno sólo; y tampoco, no por todos esos ilícitos graves que señala el artículo 8 Bis del Código Penal para el Estado de México, sino por algunos de éstos, y por otros que en nuestra opinión merecen ser calificados como tales

NOVENA.- Respecto a lo que preceptúa la fracción II del artículo 426 del Código Civil, resulta confuso determinar cuáles son esas causales de divorcio que merecen el efecto legal para que proceda la pérdida de la patria potestad, por lo que proponemos en nuestro criterio aquellas, fundadas en el artículo 253 del propio Código Civil, pongan en peligro grave la moralidad y el desarrollo físico e intelectual del menor de edad no emancipado.

DECIMA.- Atento a lo que expresa la fracción III del artículo 426 del Código Civil, resulta impráctica, conflictiva y deficiente dicha causal, por lo que en nuestra propuesta es preferible que el legislador enumere esas conductas inmorales que no son punibles de acuerdo a la ley penal, para que exista un verdadero ámbito de aplicabilidad, y no tenga que estar etiquetada como letra muerta en la propia ley civil.

DECIMA PRIMERA.- Resulta fuera de toda lógica, lo que dispone la parte inicial de la fracción IV, del artículo 426, del Código Civil para el Estado de México, en lo que hace al término de la pérdida de la patria potestad por la exposición o abandono que hacen los padres de sus hijos "por más de seis meses", por lo que es demasiado tiempo, si

tomamos en cuenta las necesidades más urgentes que requieren, como son la alimentación, la seguridad y atención tanto personal como médica; de tal modo que se propone un término más reducido, debido a la situación de emergencia que presentan los menores de edad no emancipados en estas circunstancias tan especiales.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFIA

1. Baqueiro Rojas, Edgard y Buesrostro Báez, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México, 1995 p.p. 193
2. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Bosch, Casa Editorial. 16a. edición. España, 1971. p.p. 488
3. Chávez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Tomo II. Editorial Porrúa. 2a. edición. México, 1990. p.p.317.
4. Gognon, Johen. Sexualidad y Conducta Sexual. Editorial Pax-México. 7a. edición. México, 1990., p.p. 281
5. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa. 13a. edición. México, 1994. p.p. 790
6. Goldstein, Martín. Léxico de la Sexualidad. Lóquez Ediciones. España, 1981. , p.p. 208
7. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 23a. edición. México, 1990. p.p. 469
8. Lemus García, Raúl. Compendio de Derecho Romano. Editorial Limsa. 4a. edición. México, 1979. p.p. 309

9. Mezger, Edmundo. Derecho Penal. (Traducción al español por G. Figueroa). Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1985. p.p. 150
10. Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. 5a. edición. México, 1990.. p.p. 407
11. Osorio y Nieto, César Augusto. El Homicidio. Editorial Porrúa. 2a. edición. México, 1982. p.p. 525
12. Pavón Vasconcelos, Francisco. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 3a. edición. México, 1983. p.p 357
13. Peniche López, Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa. 16a. edición. México, 1982. p.p. 322
14. Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Editorial Porrúa. 11a. edición. México, 1982. p.p. 380
15. Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 14a. edición. México, 1991. p.p. 308

16. Porte Petit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación. Editorial Porrúa. 3a. edición. México, 1980. p.p. 143
17. Rodríguez Davesa, José María. Derecho Penal. Editorial Ariel. 7a. edición. España, 1975. p.p. 407
18. Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Editorial Porrúa. 6a. edición. Mexico, 1983. p.p. 509
19. Soto Alvarez, Clemente. Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. Grupo Noriega Editores. 3a. edición. México, 1992. p.p. 390

LEGISLACION

1. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de México
2. Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

1. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I. Carreras Maldonado, María. Editorial Porrúa. 6a. edición. México, 1993.
2. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV. Pérez Duarte, Alicia Elena. Editorial Porrúa. 6a. edición. México, 1993.

3. **Diccionario de Derecho Procesal Penal.** Díaz de León, Marco Antonio. Tomo II. Editorial Porrúa. 2a. edición. México, 1989.
4. **Diccionario de Derecho.** Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de. Editorial Porrúa. 18a. edición. México, 1992.
5. **El Código Penal Comentado.** González de la Vega, Francisco. Editorial Porrúa. 9a. edición. México, 1989.
6. **Semanario Judicial de la Federación.**
7. **Gaceta del Gobierno del Estado de México.** Tomo CLVII. Número 45. Publicado el día 7 de marzo de 1994.