



417
21

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PÉRDIDA
DE LA PATRIA POTESTAD POR
MALOS TRATAMIENTOS.**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIA DE LOURDES RIVERA SERRANO.

ASESOR : LIC. ROSA MARÍA VALENCIA GRANADOS

México

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 la existencia
y la capacidad para culminar
esta meta.

A MIS PADRES:

DON ANTONIO Y DOÑA MARY,
a quienes dedico este
trabajo; por su cariño,
su ejemplo y su amor infinito,
porque su presencia siempre
vivirá en mi corazón y se
que en este momento se
encuentran conmigo porque
donde hay amor no existe
olvido. LOS QUIERO.

A MIS HERMANOS:

Por haberme brindado su apoyo
y comprensión desinteresada en
cada paso de mi vida, porque a
pesar de todo somos una gran
fraternidad.

A MI GRAN COMPAÑERO:

Porque más que nadie sabe lo que significa esta meta, gracias por estar conmigo en los momentos difíciles y por brindarme tu cariño que en ocasiones es el pilar que me mantiene de pie.

A MI ASESORA:

LIC. ROSA MARIA VALENCIA GRANADOS. Gracias por su gran apoyo, paciencia y confianza no sólo en el presente trabajo sino en mi formación personal y profesional.

A LA U.N.A.M.

Que me permitió forjarme en sus aulas, así como a todos sus profesores que de alguna forma contribuyeron a mi formación profesional y que hacen de ésta la máxima casa de estudios.

INTRODUCCION.

La razón que me llevó a elegir el presente tema, es la preocupación de aquellos niños que viven en hogares en donde en lugar de recibir protección y cariño, sólo encuentran un rutinario maltrato que los va a marcar para toda su existencia, ya sea en el ámbito físico o emocional; estos menores son víctimas silenciosas de quienes esperan el mayor afecto y apoyo, obteniendo solamente golpes, insultos y amenazas, siéndole muy difícil a los menores delatarlos, ya sea por los lazos que los unen, por intimidación o porque en ocasiones son tan pequeños que aún no pueden defenderse.

Creo que este tema es de gran importancia, pues para solucionar los problemas de cualquier sociedad es necesario atacar a éstos desde su raíz, en este caso sería cuidar a la niñez para lograr una juventud sana, en razón de que no se puede lograr un desarrollo integral si una parte fundamental de la sociedad, como lo es la niñez, se encuentra oprimida por quienes ejercen la patria potestad sobre ellos.

Deseo además, que quienes lleguen a leer esta investigación, obtengan de ella alguna utilidad porque sé que habrá personas que como yo, se han encontrado o se encontrarán con este tipo de niños, por lo que deseo que traten de comprender el por qué de sus comportamientos y se les brinde apoyo, comprensión y cariño, en lugar de recriminarlos o castigarlos como muchas veces se hace,

ya que como se verá en el presente trabajo los menores maltratados retienen una gran carga de agresividad o una depresión excesiva.

Es de fundamental importancia se apliquen los preceptos protectores del menor, ya que si bien se ha obtenido un gran logro con crearlos, injusto es para los menores que no se lleven a la práctica en favor de éstos.

Por lo antes expuesto, en la presente tesis denominada análisis jurídico de la pérdida de la patria potestad por malos tratamientos, se abordarán en el primer capítulo, temas relacionados a la patria potestad, quien la ejerce, como se adquiere, suspende y pierde; en el segundo capítulo se planteará qué son los malos tratos, quienes intervienen en ellos, así como sus consecuencias físicas, psicológicas y sociales; en el último capítulo se abordarán temas tales como la Declaración Internacional de los Derechos del Menor, los organismos nacionales encargados de vigilar el trato hacia los menores, la custodia, y como propuesta personal una crítica a la inobservancia de la pérdida de la patria potestad por malos tratamientos.

INDICE

INTRODUCCION.....	I
INDICE.....	III
CAPITULO I. LA PATRIA POTESTAD.....	1
A) CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.....	6
B) SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA PATRIA POTESTAD	
1. SUJETOS QUE PUEDEN DETENTAR LA PATRIA POTESTAD.....	16
2. SUJETOS QUE PUEDEN ESTAR BAJO LA PATRIA POTESTAD.....	18
C) FORMAS DE ADQUIRIR LA PATRIA POTESTAD.....	20
D) CAUSAS POR LAS QUE SE SUSPENDE LA PATRIA POTESTAD.....	24
E) CAUSAS POR LAS QUE SE PIERDE LA PATRIA POTESTAD.....	26
CAPITULO II. EL MALTRATO AL MENOR EN EL SENO FAMILIAR.....	34
A) CONCEPTO DE NIÑO Y DE MENOR.....	38
B) ALGUNOS ANTECEDENTES SOBRE EL MALTRATO AL MENOR EN	
DIVERSAS CULTURAS.....	41
C) CONCEPTO DE MALTRATO.....	45
D) TIPOS DE MALTRATO.....	52
1. FISICO.....	53
2. PSICOLOGICO.....	57
E) CARACTERISTICAS DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL MALTRATO	
1. SUJETO PASIVO.....	58
2. SUJETO ACTIVO.....	59

F) CONSECUENCIAS DEL MALTRATO

1. FISICAS.....	60
2. PSICOLOGICAS.....	62
3. SOCIALES.....	63

CAPITULO III. INOBSERVANCIA DEL ARTICULO 444 FRACCION III DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN CUANTO A LOS MALOS TRATOS.

A) DECLARACION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	68
B) ORGANISMOS NACIONALES ENCARGADOS DE VIGILAR EL BUEN TRATO HACIA LOS NIÑOS.....	74
C) ELEMENTOS REALES Y SOCIALES DE LA NO PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.....	82
D) DIFERENCIAS ENTRE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA CUSTODIA.....	84
E) LA NO OBSERVANCIA DEL ARTICULO 444 FRACCION III Y LA CONVENIENCIA DE SU APLICACION.....	88
CONCLUSIONES.....	95
BIBLIOGRAFIA.....	100
LEGISLACION.....	103
OTRAS FUENTES.....	104

C A P I T U L O I

LA PATRIA POTESTAD.

CAPITULO I

LA PATRIA POTESTAD.

El Derecho es un instrumento que el propio hombre creó para que exista armonía, protege los intereses supremos de cada sociedad, por lo tanto no podría dejar sin regular a la base de dicha sociedad, es decir a la familia; una de las más importantes relaciones que se dan dentro de la familia es la del padre e hijo, sin embargo dentro de esta relación las partes no son iguales ni física ni mentalmente por lo que uno de los propósitos del Derecho es tratar de lograr la igualdad entre las partes, para lo cual se debe establecer la protección de los menores a través de la figura jurídica llamada patria potestad, buscando el beneficio no sólo de los menores sino a la larga de toda la sociedad, porque si un niño desde pequeño es agredido aprende que la agresión es el único camino, y sobre todo si esa agresión la recibe de quienes espera apoyo y cariño ya que los padres son los primeros seres humanos con los que nos relacionamos incluso hasta antes de nuestro nacimiento; por lo tanto al sentir el niño el rechazo de sus propios padres se trastorna su personalidad y no puede después aceptar el afecto de otras personas.

Al respecto podemos citar las ideas de Cambeceres, un revolucionario francés que sintetizó en su proyecto de Código Civil el ideario de la Revolución Francesa, la dignidad del ser humano: "el hombre nace débil... nace con derechos y facultades... pero no puede reclamar ni sus derechos ni ejercer

sus facultades y es este estado de infancia, de debilidad, tanto física como moral, lo que se conoce como minoridad. En este estado, el hombre necesita de apoyo; ...los primeros años de su vida están confiados al cuidado de aquellas personas que le dieron la vida".1

Por lo tanto una de las preocupaciones de la sociedad debe ser la protección de los menores, a través de la patria potestad la cual como parte del Derecho de Familia ha sufrido a través del tiempo diversos cambios, algunos sociólogos opinan que en las sociedades primitivas debido a que existía la promiscuidad, la paternidad de los menores era atribuida a la comunidad en general y éstos formaban parte de la tribu, posteriormente se determinaba el parentesco en base a la mujer (matriarcado), debido a que existía la poligamia por lo tanto en la mayoría de las ocasiones no se sabía quién era el padre, además de desconocerse la función masculina en la fecundación por lo que se determinaba el parentesco sólo hacia la madre.2

Posteriormente en los pueblos antiguos como Grecia y Roma, la patria potestad era un poder absoluto y despótico, en esta época cada familia era como un pequeño Estado donde el jefe de familia tenía atribuciones sobre las personas y las cosas que conformaban su casa sólo ocupaba este cargo el padre, no se reconocía la potestad de la madre, ya que ésta se encontraba sujeta

1. Citado por Sánchez Cordero, Jorge. La Autoridad Familiar. Derechos de la Niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. México. 1990. pág. 57.

2. Cfr. Chávez Ascencio, Manuel. La Familia en el Derecho. 2a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993. pág. 276 y 277.

al poder o la tutela de su esposo o de su padre. La patria potestad era un poder vitalicio, sólo desaparecía con la muerte del padre o con un favor de éste, además todo lo que adquirieran los hijos formaba parte del patrimonio del padre.

Un claro ejemplo de lo anterior, es la familia romana en donde se tenían bases económicas y religiosas, el jefe de familia era en ocasiones el sacerdote, el juez, el legislador, y podía hasta vender o matar a sus hijos, la familia o *domus* se conformaba con las personas y cosas que estaban bajo el poder del padre por ejemplo sobre su esposa tenía un poder llamado *manus*, sobre sus esclavos la *potestasdominica*, sobre las cosas *dominium* y la *patria potestad* sobre los descendientes por vía de varón; entre los romanos sólo podían tener la patria potestad los hombres libres y *sui iuris* es decir las personas que no estaban bajo la autoridad de otro, era en su casa el único que ejercía un dominio absoluto consistente en educar a sus hijos, disciplinarlos, otorgarles el consentimiento para contraer matrimonio, e incluso tenía el *ius vitae et necis*, es decir, el derecho sobre la vida y muerte sobre ellos, en cuanto a los hijos naturales, sólo podían estar bajo el poder del padre si eran legitimizados por éste, en caso contrario eran *sui iuris*, esta figura en Roma era: "el poder que tiene el 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, sino una institución del Derecho Civil que sólo puede ejercerla el ciudadano romano sobre sus descendientes también ciudadanos romanos... en ella se encuentra

no la protección del hijo sino el interés del jefe de familia".3

Entre los germánicos el padre tenía la **munt** sobre sus hijos que era un poder y un deber de protección, en este Derecho la patria potestad no es vitalicia, sino que terminaba cuando el hijo era económicamente independiente, en esta cultura el padre tenía facultades para corregir a sus hijos hasta la pena de muerte "si el padre sorprende bajo el techo paterno en adulterio a su hija, puede hacer de ella lo que quiera. La hija no puede contraer matrimonio sin consentimiento del padre quien puede venderla".4

En la familia Nahua el hombre era el jefe de familia, aunque jurídicamente el hombre y la mujer eran iguales, generalmente el hombre castigaba a los niños y la madre a las niñas, si el padre llegaba a morir, el hermano de éste heredaba los derechos de la patria potestad siempre que se casara con la viuda, de lo contrario cualquiera de los parientes podía ser tutor de los hijos.

En el Derecho Alemán se le reconocía la patria potestad también a la madre pero hasta que moría el padre; el padre podía administrar el patrimonio del hijo como si fuese un tutor pero sin ninguna limitación, la patria potestad no era de naturaleza vitalicia, sino que el hijo sale de ella cuando comienza una economía independiente y la hija cuando se casa.

3. Oderigo, Mario. Sinopsis de Derecho Romano. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1958. pág. 531.
4. Zannoni, Eduardo. Derecho de Familia. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1978. pág. 677.

En España influye el Derecho Germánico respecto a la patria potestad, por lo que se ejerce con cierta suavidad paterna, no obstante que el Derecho Romano influye también en el Derecho Español.

Actualmente ya no se habla de un poder como en la antigüedad sino de un conjunto de derechos y obligaciones en beneficio del menor, por lo que hace a nuestro país la legislación civil tiene como antecedente el Derecho Romano, en el Código Civil de 1870 la patria potestad se ejercía primero por el padre y después por la madre que sólo la podía ejercer en caso de muerte, interdicción o ausencia del primero; después de la madre le correspondía el ejercicio al abuelo paterno y posteriormente al materno y al final, a la abuela paterna o materna, teniendo los abuelos la facultad de renunciar a ella por su edad y en bien de sus descendientes, además no se maneja la intromisión de extraños, salvo el ministerio público que debía intervenir en caso de renuncia, en su capítulo final regulaba los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

En el Código Civil de 1884 sólo se establecían algunas modificaciones de forma, pero en el fondo seguía siendo igual. En el Código Civil actual se establece que el poder paterno es algo natural y que los padres les tienen amor a sus hijos por lo que procuran su bienestar, por lo que se requiere obediencia del hijo y autoridad del padre; la patria potestad se clasifica en onerosa y útil, la onerosa es el conjunto de obligaciones que

la ley y la naturaleza les asignan a los padres y la útil los derechos que tiene el padre sobre los bienes del hijo, en esta legislación se reitera el deber de los hijos a respetar a sus padres y ascendientes, y estar sujetos a la autoridad de éstos siempre que sean menores no emancipados. En este Código ya se establece que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre, por los abuelos paternos y por los abuelos maternos, teniendo la obligación de educar, corregir y representar al menor.

Como podemos observar la patria potestad ha tenido un desarrollo tendiente a proteger cada vez más a los menores aunque en realidad se desconoce el origen de esta figura jurídica, últimamente se cree que sus raíces son áticas y no sólo romanas, sin embargo es en Roma donde se regula esta institución de una manera sólida y con características que se desarrollaron posteriormente.

A) CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

En el Derecho romano "la patria potestad fue uno de los cuatro poderes reservados para una persona libre y *sui iuris*, capaz, llamado *pater familias*; la patria potestad viene del latín *patrius*, lo relacionado al padre y *potestas*, potestad, poder".⁵

En el Derecho francés se tiene la concepción de que la patria

⁵. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI. Editorial Omeba. Buenos Aires, Argentina. 1978.

potestad está a cargo del padre y de la madre para lograr la educación, protección y manutención de los hijos, el autor Marcel Planiol opina que la expresión patria potestad "nunca ha sido exacta en Derecho francés, por lo que corresponde a los padres es más bien una tutela es decir, una carga, más que una potestad, además que ella ya no pertenece solamente al padre, como la romana, sino que también la ejercita la madre".⁶ En este Derecho la patria potestad es considerada una obligación a cargo de los padres en favor de los hijos, cuyo objeto es la protección de éstos, en general el Derecho moderno tiene una tendencia a controlar cada vez más las facultades paternas debido a la disgregación familiar y al debilitamiento de las relaciones entre padres e hijos, este control se tiene desde la aplicación de sanciones civiles y penales por el incumplimiento de los deberes paternos, así como la creación de legislaciones específicas al respecto.

En algunos Códigos se ha suprimido el término patria potestad, por ejemplo la legislación Soviética en 1918 hablaba ya de derechos y deberes respectivos de los hijos de los padres, así como en el Derecho francés; en nuestro Código Civil vigente no se establece ningún concepto acerca de la patria potestad sin embargo la doctrina la define como: "la asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres, determina la adscripción de aquéllos al núcleo familiar e implica

6. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Traducidos de la 12a. Edición francesa por José Cajica. Editorial Cajica. México. 1946. pág. 251.

reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines que obedece; primordialmente la formación integral de los hijos".⁷

Con la anterior definición nos podemos dar cuenta que en la actualidad se ve a la patria potestad ya no como el poder otorgado al padre, sino como una función que deben cumplir quienes la ejercen pero para cumplir dicha función los padres deben tener cierta autoridad limitada sobre los menores.

Para el doctor Galindo Garfias "la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia en la medida en que su estado de minoridad lo requiere".⁸

En esta definición también se establece la función específica de asistir y formar a los menores, para lograr su desarrollo, sin embargo en esta definición creo que se establece un marco de libertad y de cuidado a la vez, ya que se menciona que debe ir en medida del estado de minoridad de la persona, por lo que los padres están obligados a ir modificando el trato con los menores, pero siempre de acuerdo a las necesidades de éstos, pienso

7. Zannoni, EGUARDO. Derecho de Familia. Op. cit. pág. 677.

8. Galindo Garfias, IGNACIO. Derecho Civil. Primer Curso. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980. pág. 667.

que lo planteado por Galindo Garfias es una ley natural que todos los padres debían comprender y aunque el Estado no lo regulara, los padres de una manera natural debían dar a sus hijos lo que ellos necesiten.

En el mismo sentido De Diego la conceptua como "el deber y derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos".⁹

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que:

"la patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y la custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc."¹⁰

En general podemos afirmar que la patria potestad "desde el punto de vista del Derecho Positivo, es el conjunto de deberes y derechos que la ley acuerda a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos menores. El conjunto de estos deberes, consagrados en la mayor parte de las legislaciones podemos agruparlos en deberes y derechos referidos a la persona del hijo, como el de guarda, dirección y representación, y los referentes

9. Citado por Chávez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Op. cit. pág. 276.
10. Amparo Directo 2078/74, 15 de agosto de 1975. Por unanimidad de votos.

a los bienes del mismo ya que los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos menores que están bajo su patria potestad".11

Como podemos observar la patria potestad ha sufrido una serie de modificaciones, desde la antigua Roma, posteriormente con la Revolución Francesa se establece un deber de protección a los menores, y en la actualidad se conserva ese deber de protección, cada vez son más las legislaciones que procuran convertir a la patria potestad en una figura jurídica favorable para el menor y no para quien la ejerce. Creo que la patria potestad está integrada por un conjunto de derechos y obligaciones concedidos a los padres o abuelos para lograr el desarrollo integral de los menores, debido a la incapacidad que tienen dichos menores, pero sin establecerse privilegios para los que la ejercen, este conjunto de derechos y deberes deben establecerse en función de las necesidades de los hijos (como opina De Diego) de acuerdo a su edad.

Para comprender mejor lo que es la patria potestad analizaremos ahora sobre su naturaleza jurídica, aunque no existe uniformidad en los autores en relación a este punto, las opiniones más sobresalientes son:

a) Institución.- Para Galindo Garfias la patria potestad es una institución que establece el Estado para la protección de los menores y para la integración de la propia familia; pudiendo

ser los menores nacidos de matrimonio, hijos nacidos fuera de matrimonio o hijos adoptivos, se considera a la patria potestad una institución jurídica por que la Ley la disciplina para lograr la armonía entre la familia.¹²

b) Derechos y obligaciones.- Para algunos otros autores la patria potestad la conforman un conjunto de derechos y deberes tanto para los que la ejercen como para los menores, para facilitar el sostenimiento, alimentación, educación a que están obligados los que la ejercen, por lo que podemos decir que a cada deber del padre corresponde un derecho del hijo y viceversa a cada deber del hijo corresponde un derecho del padre.¹³

c) Poder.- Se dice que la patria potestad es un poder conferido por el Estado a la autoridad paterna y materna, con el fin de que se proteja y eduque al menor; es decir debe entenderse que no es un poder en favor de los padres sino para que los padres cumplan con su deber y lo hagan de una manera eficaz, es otorgado a los padres debido a su estado de superioridad física e intelectual comparándolos con los menores y para protegerlos de los terceros.

d) Reconocimiento de una facultad natural.- Este reconocimiento se hace por el Estado para otorgar a los padres el arma necesaria para cumplir con su misión que es el desarrollo integral del menor, se dice que se reconoce una facultad natural, porque la filiación que es "la relación de parentesco

12. Cfr. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Op. cit. pág. 667.

13. Cfr. De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980. pág. 373.

entre la prole y sus progenitores"¹⁴, es un hecho netamente natural, ya que los padres tienen más posibilidades, sólo se les reconoce la facultad sobre el hijo para brindarle la atención necesaria.

e) Función.- Esta concepción nace en la Revolución Francesa donde se propaga que la patria potestad sólo es una función temporal de los padres otorgada por el Estado y por la propia naturaleza con ciertos deberes y derechos limitados para los padres, lo cual ha sido adoptado por la mayoría de las legislaciones Civiles actuales, aunque no lo manifiesten expresamente.

f) Derecho humano.- Desde este punto de vista la patria potestad es una facultad que corresponde a los progenitores y oponible a terceros, por ejemplo los padres tienen el derecho a educar a sus hijos y elegir qué tipo de educación quieren darles; en esta época afortunadamente han tomado gran importancia los derechos humanos, en diversos ámbitos, por lo que hace a la patria potestad se considera que cualquier niño que sea legítimo o ilegítimo tiene derecho a los beneficios de esta figura, es decir el procrear a un niño lleva inherente la obligación de protegerlo y hacer de él una persona digna.¹⁵

Las opiniones de los autores sobre la naturaleza jurídica de patria potestad la manejan en general como una figura jurídica

14. De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. 17a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1991.

15. Cfr. Chávez Ascencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Op. cit. Pág. 281 y 282.

en beneficio del menor y no como un poder en favor del padre, e incluso algunos doctrinarios han propuesto el cambio del nombre de esta figura porque ya no existe dicha potestad o poder.

La patria potestad no es un poder sobre la persona y sus bienes ya que en sentido estricto poder es el dominio y autoridad que se tiene para hacer algo o para ordenar que se realice algo, y en este caso los menores están protegidos por la ley para lograr la igualdad jurídica, por lo que no se puede decir que es un poder. Tampoco la considero una institución porque no es creada o fundada por el Estado; tampoco es el reconocimiento de una facultad natural porque no sólo es reconocida sino regulada y vigilada por el propio Estado, de ahí su carácter de considerarse de orden público.

Estoy de acuerdo en ver a la patria potestad como una función regulada (no creada) por el Estado para lograr el desarrollo de los niños sin marcar distinción entre ellos sean éstos de matrimonio, adoptivos o naturales, es llevada a cabo por los padres y abuelos y se integra por un conjunto de derechos y obligaciones que se derivan de un hecho natural, es una función temporal de los padres o abuelos, en nuestro Código Civil se toma como una actividad que deben realizar los padres a favor de los hijos, ya que dado su estado de minoridad es necesario que alguien se encargue de su sostenimiento, guarda y educación, podemos concluir que la patria potestad "es una función de orden público que dentro de la relación jurídica paterno-filial desempeñan los padres o

abuelos en sustitución de aquéllos para la custodia, formación integral del menor y administración de sus bienes".¹⁶

Ahora analizaremos las características de la patria potestad tomando como base lo que establece el autor Manuel Chávez Ascencio en su citada obra:

a) Personal.- No puede ejercerse a través de personas ajenas o por mandatario, sino que la deben ejercer aquellas personas a las que la ley les confiere este deber aunque pueden auxiliarse de terceros para desempeñar su función.

b) Obligatoria.- Debido al papel que juega la patria potestad dentro de la sociedad, las que la ejercen no pueden renunciar a ella, es decir su carácter es obligatorio para los padres o abuelos, sólo pueden renunciar en caso de que se tengan sesenta años cumplidos o por tener continuo mal estado de salud.

c) Representación Total.- Se dice que es total porque comprende la representación tanto del menor en su persona como en sus bienes, en cuanto a la administración de su patrimonio con ciertas limitaciones que establece la ley.

d) Temporal.- En sus inicios la patria potestad era vitalicia, actualmente los padres sólo la ejercen hasta que el hijo llegue a la mayoría de edad o hasta que se casa o en caso de la muerte de los que la ejercen sino existe otra persona que la pueda ejercer o por la muerte del menor.

e) Irrenunciable.- Esta característica se debe a que la figura

¹⁶ Chávez Ascencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Op. cit. pág. 284.

es de orden público y la ley establece que sólo se puede renunciar a los derechos privados, se considera que es de orden público porque es de interés general tanto para el Estado como para la propia sociedad ya que si se pudiera renunciar a ella habría muchos niños abandonados.

f) Intransmisible.- Los derechos y obligaciones que implica la patria potestad estan fuera del comercio, es decir no se pueden enajenar aunque algunos autores opinan que existe una transmisión de la patria potestad por parte del Estado cuando existe una adopción; si en algún caso se llegara a comerciar con la patria potestad esto sería completamente nulo.

g) Imprescriptible.- Las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad no se extinguen con el paso del tiempo sino que deben estar vigentes hasta que termine la propia figura.

h) De Tracto Sucesivo.- Su ejercicio es sucesivo no se acaba aún cuando se cumplan las obligaciones una sola vez, sino que es continua porque sólo así se obtendrán los fines a los que está destinada esta figura.

i) Orden Público.- Es de orden público debido al interés que tiene el Estado en esta figura tan es así que diversos funcionarios intervienen cuando no se cumple debidamente con las obligaciones por ejemplo el ministerio público, los consejos locales de tutela, el juez de lo familiar, además de la designación de un tutor cuando uno o ambos padres tengan un interés opuesto al hijo.17

17. Cfr. Chávez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Op. cit. págs. 284 - 290.

B) SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA PATRIA POTESTAD.**1. SUJETOS QUE PUEDEN DETENTAR LA PATRIA POTESTAD.**

En la antigüedad la patria potestad se ejercía por una sola persona (el padre), en nuestro país en el Código Civil de 1870, se reconocía ya la patria potestad a la madre, después del padre, posteriormente a los abuelos y al final a las abuelas; en el artículo 414 sobre los hijos de matrimonio:

- I. El padre y la madre;
- II. El abuelo y la abuela paternos;
- III. El abuelo y la abuela maternos.

Como podemos notar el artículo nos habla de un ejercicio conjunto, se maneja el ejercicio de la patria potestad en común, por ser más conveniente para el menor, sin embargo se pueden delegar algunas funciones a una de las partes, aunque esta delegación no es plena porque sería como una renuncia, un ejemplo de esta delegación es en cuanto a la administración de los bienes del menor.

Cuando exista desacuerdo entre los que ejercen la patria potestad se debe acudir al juez de lo familiar para que solucione el desacuerdo, también pueden intervenir terceros por ejemplo en la administración de los bienes del menor, pero deben contar con la aprobación de los padres o abuelos.

En cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, si los dos padres los reconocen y viven juntos, ambos ejercerán la patria

potestad, según lo establece el artículo 415 del Código Civil, si no viven juntos pero ambos reconocen al niño, entonces ellos podrán decidir quien ejerza la custodia, o en su caso lo señalará el juez de lo familiar, (artículo 380 del Código Civil), si el reconocimiento es sucesivo, la custodia la ejerce el primero que lo reconozca, salvo que exista un convenio entre ambos padres (artículo 381 del Código Civil), cuando los padres viven juntos y se separan, la patria potestad la ejercen ambos, y si existe desacuerdo resolverá el juez de lo familiar según convenga al menor. Cuando faltan los padres la patria potestad la ejercen los abuelos, estableciendo el juez de lo familiar el orden para ser llamados a ejercerla.

Por lo que hace a los hijos adoptivos, ejercen la patria potestad sólo las personas que lo adopten, sin embargo en este aspecto la ley tiene una laguna ya que no se menciona si los abuelos paternos o maternos pueden ejercerla a falta de los padres adoptivos, de no poder hacerlo se deja a los menores sin protección cuando ya no existan sus padres adoptivos.

Los menores de edad que estuvieran bajo la patria potestad y sean padres, ejercen ésta sobre sus hijos sin necesidad de contar con la aprobación de sus padres, nuestra legislación no aclara nada al respecto; se puede dar el caso de que la patria potestad la ejerza uno sólo debido a la condena de pérdida o suspensión de la patria potestad, aún cuando exista matrimonio.

2. SUJETOS QUE PUEDEN ESTAR BAJO LA PATRIA POTESTAD.

El artículo 412 del Código Civil establece que los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley, el artículo 413 de la misma legislación establece que la patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos, su ejercicio consiste en la guarda y educación de los menores. En nuestro derecho se considera a la minoría de edad hasta los 18 años, aunque en algunos Estados de la República ésta varía hasta los 16 años.

En la patria potestad existe un conjunto de derechos y deberes recíprocos de ambas partes para procurar el bienestar del menor, ya que los deberes para los padres son obligatorios e irrenunciables; en la legislación francesa se determinaban los derechos y obligaciones de la patria potestad en:

1. El derecho a la guarda y las obligaciones correlativas de la educación y el mantenimiento.
2. El derecho de corrección.
3. El disfrute legal de los bienes del hijo.
4. La administración legal.
5. El derecho a la tutela legal.
6. El derecho de consentir el matrimonio así como la adopción.
7. El derecho de emancipar al hijo.
8. El derecho del padre o la madre superviviente para designar un tutor testamentario.

9. El derecho para reclamar la nacionalidad francesa para el hijo de menos de 16 años, y de autorizar a que el hijo la reclame entre los 16 y 18 años".18

En general las obligaciones y deberes son recíprocos, a cada derecho del que ejerce la patria potestad sobreviene una obligación del que está bajo la patria potestad y viceversa, aunque todo esto esta encaminado a lograr el beneficio del menor; las principales obligaciones de los que ejercen la patria potestad son otorgar al menor cuidado, custodia, educación, darle su nombre al menor, otorgar alimentos, administrar correctamente sus bienes y representarlo en todos los asuntos, a su vez el menor tiene el deber de vivir en el domicilio familiar, respeto, obediencia, llevar el apellido de los progenitores, retribuir los alimentos en caso de que los padres o abuelos los necesiten posteriormente, aceptar la representación de sus padres o abuelos.

Las obligaciones y derechos son como lo hemos mencionado recíprocos para las partes y a cada derecho sobreviene un deber de la otra parte.

La patria potestad se ejerce en relación a la persona y bienes del menor, en cuanto a los bienes si los padres o abuelos ejercen una mala administración se pueden generar daños, aunque el que ejerce la patria potestad tiene la obligación de dar cuentas

18. FlanóI, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Op. cit. Pág. 223.

y entregar los bienes al menor cuando éste salga de la patria potestad, no existe sanción en caso de mal manejo, existe la pérdida de la patria potestad pero no se compensan los daños, esto debía tipificarse e indemnizarse como si fuese un daño moral, lo que originaría una indemnización monetaria en favor del menor.

C) FORMAS DE ADQUIRIR LA PATRIA POTESTAD.

En la antigua Roma las formas de adquirir la patria potestad era por *justae nuptiae*, siendo mas trascendental si la unión se realizaba con *manus*, los hijos nacidos en justo matrimonio estaban bajo la potestad de su padre o abuelo paterno según sea el caso de que el padre fuese *alieni iuris*, teniendo el hijo el derecho al nombre y la condición social.

Otra forma de adquirir la patria potestad era por medio de la legitimación que era el medio por el cual el padre adquiría la patria potestad sobre sus hijos naturales, es decir en Roma existían dos tipos de uniones, las *justae nuptiae* que llevaban implícitamente la potestad sobre los hijos y el concubinato, en el cual los hijos debían ser legitimados por el padre para que estuvieran bajo la patria potestad de éste, de no hacerlo estos menores serían *sui iuris* y sin ningún parentesco con el padre, sólo con su madre pero ésta no ejercía la patria potestad.

Mediante la adopción también se adquiría la patria potestad, ésta era una figura mediante la cual se establecía un parentesco

entre las partes y su fin era perpetuar la familia, existían dos clases de adopción: la **adrogación** que era la adopción de una persona *sui iuris*, llamado **adrogado**, la cual junto con su familia pasaba a formar parte de la familia del adoptante llamado **adrogante**, y se convertía por este hecho en *alieni iuris*; la segunda forma era la **adopción**, la cual se daba con una persona *alieni iuris*, en este caso se podía adoptar a personas de ambos sexos, pero no podía adoptar en ningún caso la mujer, ya que ésta carecía de potestad.¹⁹

En la actualidad la patria potestad se reconoce como una relación jurídica entre personas siendo una menor por lo que se considera que son desiguales, el padre o abuelo educa y administra por lo que el hijo debe obedecer, entre ellos existe una relación filial que se da en los hijos habidos de matrimonio, los hijos extramatrimoniales reconocidos y los hijos adoptivos pero deben presentarse ciertos requisitos:

1. Que el hijo sea menor de edad.- La mayoría de edad se fija a los 18 años.
2. Que el hijo no esté emancipado.- La emancipación se obtiene como resultado del matrimonio.
3. Que existan personas que puedan ejercer la patria potestad es decir, los padres o en ausencia de ellos los abuelos.
4. En caso de hijos nacidos fuera de matrimonio debe existir el reconocimiento de uno o ambos padres para que exista la patria potestad.

¹⁹. Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI. Op. cit.

En caso de los hijos de matrimonio ambos padres ejercen la patria potestad salvo que alguno de ellos la pierda, seguirá ejerciéndola el otro, o en su caso los abuelos; en el caso de los hijos naturales debe darse el reconocimiento y en los hijos adoptivos sólo la ejerce quien los adopta; en conclusión podemos decir que al igual que en la antigua Roma las formas de adquirir la patria potestad son el matrimonio, el reconocimiento en los hijos naturales y la adopción.

Nuestra legislación Civil marca algunas excusas en su artículo 448 para no ejercer la patria potestad a pesar de ser obligatoria estas son:

a) La edad, es cuando se tengan sesenta años cumplidos, esto es en razón de que se cree que a esta edad ya no se pueden cumplir correctamente con el propósito de esta figura.

b) Mala salud, debe ser habitual, lo que implica no atender el cumplimiento de las obligaciones de la patria potestad que exige la atención y cuidados constantes, no se admite como excusa los trastornos de salud temporales.

Entre las causas que ponen fin a la patria potestad, según lo establece el artículo 443 del Código Civil tenemos:

a) Por la muerte de quien la ejerce si no existe ninguna otra persona que la pueda ejercer, que sea el último sobreviviente de los que establece el artículo 414, en este caso al morir el último que puede ejercerla se nombra un tutor, al igual si esta persona cae en estado de interdicción y es el último que puede

ejercerla, se nombrará tutor.

b) Emancipación derivada del matrimonio. Esta causa surge por considerar que el matrimonio es incompatible con la subordinación a los padres que se presenta cuando el hijo está bajo la patria potestad, aunque esta subordinación no sea completa, si se requiere obediencia del menor a sus padres, se dice que la emancipación es: "el estado en virtud del cual el menor adquiere una capacidad de actuar restringida, restringiéndose así el ejercicio de la patria potestad" 20.

En nuestro país cuando un menor de edad contrae matrimonio se produce la emancipación, aunque ésta se presenta de manera restringida pues el menor debe tener un tutor para negocios judiciales y de autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces; si se disuelve el matrimonio que produjo la emancipación el menor no entra en la patria potestad nuevamente.

c) La mayoría de edad del hijo. La patria potestad se pierde cuando el hijo es mayor de edad porque se presume que ya no necesita la función protectora, cuando el hijo es enajenado mental se nombra tutor que regularmente es uno de los padres.

d) Muerte del hijo. Esta causa no la enumera el Código Civil, pero es lógico que se termine la patria potestad, algunos autores opinan que debe adicionarse al artículo, la declaración de muerte obtenida de un proceso de ausencia para que termine esta figura.21

20. Moto Salazar, Efraín. Elementos de Derecho. 38a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992. Pág. 144.
21. Cfr. Chávez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Op. cit. Pág. 325.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se mencionaba que la madre o abuela viudas que dieran a luz a un hijo ilegítimo perdían la patria potestad, y que si contraían segundas nupcias también la perdían, si no existía otra persona en la que recayera el ejercicio se le otorgaba un tutor al menor, en la actualidad la madre o abuela ya no pierden la patria potestad por contraer segundas nupcias pero no se reglamenta nada sobre el abuelo o padre que contraigan segundas nupcias.

D) CAUSAS POR LAS QUE SE SUSPENDE LA PATRIA POTESTAD.

La suspensión de la patria potestad es una medida preventiva que no implica la pérdida definitiva de la misma, sólo es para evitar que el menor carezca de una buena protección por parte de quien está ejerciendo la patria potestad, esta suspensión procede en los casos en los que no exista dolo, o culpa de los que ejercen la patria potestad; la suspensión se refiere a la imposibilidad de cumplir con el ejercicio de esta figura jurídica debido a 3 causas que nos enuncia el artículo 447 del Código Civil:

Artículo 447. La patria potestad se suspende:
I. Por incapacidad declarada judicialmente;
II. Por ausencia declarada en forma;
III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

En la fracción primera se nos habla de la incapacidad declarada judicialmente, es decir el estado de interdicción que se establece por una sentencia del juez de lo familiar, en este caso sigue ejerciendo la patria potestad el cónyuge sano o quien deba sucederle, sin embargo la persona incapaz conserva los

derechos y obligaciones de la patria potestad, sólo queda excluido de su ejercicio, la suspensión se tiene durante el período de interdicción una vez que se salga de él, el incapaz recupera el ejercicio de la misma.

En la segunda fracción se establece la ausencia declarada en forma, si la persona no se encuentra es lógico que no puede ejercer la patria potestad ya que se ignora el paradero es imposible que se ejerza, aunque se requiere que esta ausencia sea declarada por un juez de lo familiar, la suspensión dura sólo el tiempo de la ausencia, pudiendo posteriormente la persona ausentada reasumir el ejercicio de la patria potestad una vez que aparezca.

En la última fracción se señala como causa de la suspensión la sentencia condenatoria que imponga la suspensión, la cual creo que es muy ambigua, porque no se menciona que tipo de causa origine la sentencia, claro que no debe ser de extrema gravedad porque entonces se estaría hablando ya no de la suspensión sino de la pérdida, sin embargo la Ley no menciona nada al respecto; por lo que hace a la recuperación del ejercicio de la patria potestad procede cuando el condenado cumple su sentencia.

El Código Civil no regula los efectos de la suspensión de la patria potestad de conservar el sujeto al que se le suspende el ejercicio de la patria potestad los derechos y obligaciones de la misma, no se le requiere restituir el patrimonio al menor,

lo cual afecta a los intereses de este último ya que la persona sigue recibiendo el usufructo de los bienes.

Como podemos observar la suspensión de la patria potestad no es una sanción tan grave como lo es la pérdida de la patria potestad, ya que en la suspensión sólo se deja de ejercer pero no se pierden los derechos y obligaciones que ésta implica, por no ser causas dolosas de los padres, aunque considero que en la última fracción sí es una causa imputable al padre el ser condenado por algún delito.

E) CAUSAS POR LAS QUE SE PIERDE LA PATRIA POTESTAD.

En el Derecho francés sólo se consideraba la pérdida de la patria potestad cuando los padres incitaban a los menores a la corrupción, lo cual con el transcurso del tiempo se hizo insuficiente ya que existían otras causas por las que los padres debían perderla al considerarseles no aptos para ejercerla, ya que maltrataban, abandonaban, o llegaban incluso a convertir a los menores en unos delincuentes; en la actualidad en nuestro país existen varias causas por las que se pierde la patria potestad, Eduardo Zannoni opina que se pierde: "cuando la conducta ilícita de los padres contraría debidamente los contenidos sustanciales que los deberes-derechos emergentes de ella, imponen a los progenitores".²²

²². Zannoni, Eduardo. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 773.

Las causas por las que se llega a perder la patria potestad son graves y pueden ser preventivas o por actos que van en contra del menor o del cónyuge, entre las sanciones que existen para los que ejercen esta figura, ésta es la más grave por lo tanto y dada la importancia que tiene para toda la sociedad la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que para que se pierda la patria potestad es necesario que se demuestren claramente las causas que se establecen para que se produzca esta sanción:

"en virtud de que la sociedad está interesada en la conservación de las relaciones paterno-filiales 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..."23.

El Código Civil en su artículo 444 establece:

Artículo 444. La patria potestad se pierde;
I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal;
IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de 6 meses.

23. Amparo Directo 5140/87. Roberto Curiel Navarro. 19 de octubre de 1987. Unanimidad de votos ponente: Mariano Azuela. Secretaria Hilda Martínez. Visible en el Informe de 1987. Volúmen II. Número 341. Pág. 243.

En la fracción primera se establece en su primera parte que se debe condenar a su pérdida, entonces debemos entender que es una causa más grave que en el caso de suspensión, donde se establece el mismo criterio, en este caso la Ley tampoco establece si la condena debe ser por delito contra el cónyuge, contra el menor o contra cualquier persona por lo que deja al arbitrio del juez el considerar el delito cometido tan grave como para perder la patria potestad de los hijos. En la segunda parte de la fracción establece que se pierde por ser condenado dos o más veces por delitos graves, en este caso se entiende que no se requiere que los delitos sean en contra del menor o del cónyuge, en ambos casos es una medida preventiva ya que no se atenta directamente al menor si el delito no es en su contra, sin embargo una persona que ha sido sentenciada por delitos graves no se considera capaz de cumplir con las obligaciones que implica la patria potestad y mucho menos el ser un buen ejemplo para el menor, además de que dicha persona puede llegar a agredir al menor tanto física como moralmente.

En la fracción dos se establece la pérdida de la patria potestad por la sentencia de divorcio según el artículo 283, el cual en su texto original en 1928, establecía que cuando uno de los cónyuges fuera culpable de una causa grave perdía la patria potestad; si los dos eran culpables, ambos perdían la patria potestad; si la causa del divorcio no era tan grave los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge inocente pero a su muerte el culpable recuperaría la patria potestad sobre los hijos,

si ambos era culpables sólo se les suspendía la patria potestad hasta que uno muriera y el otro podía recobrarla; en caso de que el matrimonio se disuelva por alguna enfermedad, el cónyuge sano conserva los derechos y obligaciones de la patria potestad.

Actualmente el artículo 283 (reformado en 1983) establece que la sentencia de divorcio debe fijar la situación de los hijos, por lo que se le dan amplias facultades al juez de lo familiar para resolver sobre este asunto así como sobre la custodia de los menores. En esta causal el cónyuge culpable de la disolución del matrimonio si es una causa grave, pierde la patria potestad y cuando las causas no son tan graves sólo procede la limitación o suspensión, como es el caso de alguna enfermedad.

En la fracción tres se establecen como causas de la pérdida de la patria potestad las costumbres depravadas, los malos tratamientos y el abandono de los deberes por parte de los padres, en este caso se tiene acciones directas en contra de los menores.

En cuanto a las costumbres depravadas que se presentan en el seno familiar la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que para que esta causal se produzca, alguno de los que ejercen la patria potestad debe:

"incurrir en conductas reiteradamente viciosas, que pueden alterar o corromper la salud mental, la seguridad, la moralidad o la educación del menor, de costumbre y depravada, 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".24

La tesis se puede aplicar también a los otros dos supuestos ya que el artículo menciona malos tratamientos, en plural por lo que puede establecer que no basta un hecho o una actuación para que se pueda perder la patria potestad, sino que debe haber reiteración de los hechos para que se pueda caer en la causal que establece el artículo 444.

En cuanto a los malos tratos nuestra legislación establece el derecho de los padres a corregir mesuradamente a sus hijos, sin embargo cuando alguno de los padres o ambos agreden al menor de una manera excesiva alterando su salud física o moral en forma reiterada se presenta esta causal, con posterioridad aclararemos qué se considera como malos tratos para que se produzca la pérdida de la patria potestad.

La última parte de la fracción establece como causal el abandono de deberes, en este caso la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que basta con que se produzca el incumplimiento parcial de las obligaciones de los padres como la subsistencia, cuidados y educación del hijo para que pierda la patria potestad, ya que se considera que en ambos casos se compromete la seguridad del menor, por ejemplo la necesidad de recibir alimentos no puede ser eventual y mucho menos si el menor

24. Amparo Directo 5045/85. Carlos Cardoza. 15 de enero de 1987. Unanimidad de Votos. Ponente Manuel Villagordan. Secretario Dario Contreras Reyes. Visible en el Informe de 1987. Tercera Sala. Número 335. Pág. 239.

no puede valerse por sí mismo.

En la última fracción del artículo se menciona la exposición o el abandono del menor por más de 6 meses, podemos entender por exposición el dejar a un niño muy pequeño en un sitio público, una iglesia, una vía pública; y por abandono es el incumplimiento de los deberes que implica la patria potestad, por ejemplo puede suceder que uno de los padres se desentienda de sus deberes y el otro conserve los deberes y a su vez la patria potestad.

Dada la importancia de este tema la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

"para decretar la pérdida de la patria potestad se requiere una prueba plena que no deje lugar a dudas respecto a la necesidad de tal privación, ya que la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno-filial, reconocida por la Ley y su privación entraña graves consecuencias tanto para el menor, como para aquél de los padres que es condenado a la pérdida de la misma".²⁵

Algunos autores opinan que se debe incluir entre las causas de la pérdida, la adopción ya que con ésta el adoptante adquiere la patria potestad sobre el menor y el progenitor la pierde.

Los efectos de la pérdida de la patria potestad son:

a) El que pierda la patria potestad debe restituir el patrimonio del menor si se encontraba administrándolo.

²⁵ Amparo Directo. 3400/85. Martín del Razo Hernández. 17 de marzo de 1986. 5 Votos. Ponente Mariano Azuela. Informe de 1986. Tercera Sala. Tesis 5. Pág.11

b) No puede recibir los beneficios del usufructo, no pueden recibir las utilidades que se obtengan del patrimonio del menor.

c) El que pierda la patria potestad conserva los deberes que ésta implica especialmente el de alimentos, así lo establece el artículo 285 del Código Civil, que menciona que los padres aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a las obligaciones que tienen para con los hijos, de no ser así no sería una sanción sino para muchos padres sería un premio el ya no cumplir con sus obligaciones, además de que se dejaría en desprotección al menor.

d) En algunos casos se pierde la capacidad para heredar por ejemplo cuando se abandona al hijo o se le afecta en su moral.

Además de la pérdida o suspensión de la patria potestad, el juez de lo familiar puede limitarla en caso de divorcio, en los Códigos de 1870 y 1884 se le otorgaban al Juez amplias facultades para privar de la patria potestad a los que incumplieran con su fin que es el desarrollo integral del menor, por ejemplo cuando eran excesivamente severos, o inmorales (artículo 417 y 390); sin embargo estas disposiciones se modificaron, aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en algunas sentencias que el juez está facultado para suprimirles derechos a las personas que ejerzan la patria potestad en beneficio del menor.

Debido a la importancia de esta figura para que se condene a su pérdida, es necesario que se presente la causal ante el juez de lo familiar y éste sentencie a su pérdida o suspensión a los

padres o abuelos, ya que recordemos que es una figura de interés público.

En cuanto a su recuperación la legislación no establece nada, sin embargo la doctrina nos dice que sí es posible que se recupere, toda vez que desaparezca la causa por la que se estableció la pérdida o suspensión; personalmente creo que en los casos de suspensión las causas no van directamente en contra del menor por lo que sí se podría recuperar la patria potestad, pero en los casos de pérdida lo más conveniente sería no recuperarla, porque las causas generadoras de la pérdida sí van en contra del menor, en este caso si las causas desaparecen será de manera temporal, por ejemplo si se abandonaron los deberes hacia el menor y después se le devuelve la patria potestad, el padre volvería a hacerlo, en el caso de los malos tratos y las costumbres depravadas creo que se trata ya de personas enfermas, por lo que devolverles la patria potestad sería poner en riesgo la integridad del menor por lo que considero que aunque la Ley no lo manifieste cuando se pierde la patria potestad no deben recuperarla los padres o abuelos culpables.

C A P I T U L O I I

EL MALTRATO AL MENOR

EN EL SENO FAMILIAR.

CAPITULO II.

EL MALTRATO AL MENOR EN EL SENO FAMILIAR.

Desde los orígenes del hombre sobre la tierra, éste ha procurado reunirse ya sea para satisfacer sus necesidades, para protegerse y en general para organizarse; la forma de organización más antigua ha sido la familia, la primera forma de ésta fue la familia consanguinea o clan destinado a la defensa para lograr la supervivencia, el clan estaba formado por grupos conyugales que practicaban la promiscuidad, posteriormente se afinó el sentimiento familiar prohibiéndose las relaciones sexuales entre hermanos, creándose un grupo de hermanos que tenían un grupo común de mujeres o viceversa, en esta época se establecía el parentesco en base a la mujer porque resultaba imposible determinar la paternidad; la mujer desempeñaba el papel más importante, la forma más elemental de la familia era la unión de la madre con sus hijos, en algunas culturas la herencia se transmitía por línea femenina, además de que era ésta quien contribuía principalmente a la economía de la familia (cerámica, repostería, costura).

Poco a poco se fueron eligiendo parejas favoritas hasta llegar a la postura de que el hombre podía tener varias esposas (poligamia) llegando finalmente a la idea de tener una sola esposa y varias concubinas, pero si la mujer era infiel el marido la podía repudiar y disolverse el matrimonio, en esta época la familia se componía por el padre, madre, hijos, nietos, esclavos y cosas; la economía es más compleja y el hombre se apoderaba de todas

las formas de trabajo, estableciéndose la familia patriarcal, que sobrevive hasta nuestros días, aunque ya no con las mismas características.

En la Edad Media, la familia tenía una organización económica y debía satisfacer sus propias necesidades, la madre desempeñaba tareas en el hogar y los hijos seguían el oficio del padre, la familia tenía gran cohesión y costumbres que se transmitían por generaciones, al aumentar la riqueza y la complejidad de las relaciones económicas, la organización familiar fue insuficiente y a través del tiempo fue otorgada esta facultad económica a los mercaderes, a las corporaciones, a las organizaciones capitalistas y finalmente al Estado.

En cuanto a la organización interna de la familia podemos decir que el cristianismo influyó para terminar con la autoridad despótica del padre, debido a la proliferación de ideas espirituales que imperaban en la Edad Media, al establecerse la emancipación de los hijos por la mayoría de edad y el matrimonio se disminuye el número de componentes de la familia.

Como nos podemos dar cuenta la familia surge como consecuencia de los instintos maternales y la ayuda recíproca, posteriormente constituye un grupo económico autosuficiente que podía vender sus excedentes, sin embargo la familia era y sigue siendo la base de toda sociedad.

En nuestro país en la época prehispánica la familia era muy importante, jurídicamente los padres eran iguales y todos los miembros de la familia tenían perfectamente delimitadas sus obligaciones; en la época colonial, la familia debido a la mezcla entre españoles y nacionales tiene diversas transformaciones, debía abastecerse a sí misma y era regulada por el Derecho.

En sentido amplio podemos decir que la familia "es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad, la cual no tiene efectos jurídicos sino sociológicos, porque entre los miembros de esta familia existen vínculos de solidaridad y afecto. En sentido restringido se entiende por familia a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven bajo un mismo techo, sin embargo en ambas familias las nociones de parentesco, solidaridad y afecto son constantes".²⁶

El Derecho estructura y organiza a la familia para lograr su estabilidad y unidad, creando un conjunto de normas sobre los cónyuges y los hijos, lo cual se denomina Derecho de Familia, el cual regula las relaciones que se dan dentro de la familia.

La fuente de la familia en la actualidad es el matrimonio que es un contrato civil celebrado entre personas de sexo opuesto, sin embargo existe otra forma de unión extramatrimonial, el concubinato, en el que solo entre padres e hijos existen relaciones

²⁶ Diccionario jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, S.A., México, 1996.

jurídicas, pero no de los progenitores entre sí.

En la actualidad la familia en cuanto a los deberes de los padres y obediencia de los hijos, ha sufrido una decadencia, además de que cada día es más precaria la vida en común, muchas veces debido a que los miembros de la familia deben trabajar para satisfacer las necesidades de la misma, lo cual produce la disgregación del grupo familiar además de la desvalorización moral que se vive actualmente.

En conclusión podemos decir, la familia está constituida por el grupo de personas que proceden de un tronco común (familia en sentido amplio) o por los padres e hijos (familia en sentido restringido) y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros tienen como fuente el matrimonio y la filiación matrimonial o extramatrimonial, para nuestro trabajo tomaremos en cuenta la familia en sentido restringido, además los miembros de la familia están unidos por el parentesco, costumbres, valores, afectos y educación similares, lo que produce entre ellos una comunicación y solidaridad especiales porque hasta nuestros días la familia debía significar una institución de protección para sus miembros, así como en la antigüedad lo era para defenderse de los animales salvajes ahora debía ser para protegerse de los problemas que presente la actual sociedad industrializada, sin embargo lamentablemente existen muchas familias en nuestra sociedad que además de no protegerse se dañan entre sus miembros, y en la mayoría de los casos esa agresión es hacia los seres más

indefensos y los que necesitan mayor protección, los niños.

A) CONCEPTO DE NIÑO Y DE MENOR.

Podemos entender por niño la "persona que se encuentra en el período que comprende desde el nacimiento hasta la adolescencia"²⁷, desde el punto de vista biológico, niño es la persona que debido al desarrollo paulatino de su organismo no ha alcanzado una madurez completa, es decir es la persona que se encuentra en el período de la vida comprendido entre el nacimiento y el principio de la pubertad siendo esta última la que da la capacidad para procrear.

En lo que se refiere al menor, se considera que es la "persona que por carencia de plenitud biológica que generalmente comprende desde el nacimiento hasta cumplir la mayoría de edad, la Ley en este período restringe su capacidad dando lugar a las figuras jurídicas que lo protegen y representan como la tutela y la patria potestad".²⁸

Como podemos notar la diferencia entre el concepto de niño y de menor es que el concepto de niño se maneja en el ámbito biológico o sociológico y el de menor en el ámbito jurídico, además para que se salga del concepto de niño no se tiene una edad específica sino cuando el niño entra en la adolescencia, es decir

²⁷. Diccionario de Sociología. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1974.

²⁸. Diccionario Jurídico. Op. cit.

cuando se presentan en él signos físicos de la pubertad, cuando se puede reproducir, en tanto que se deja de ser menor cuando se llega a la edad que la Ley marca para entrar en la mayoría de edad que aunque ésta varía en cada población o país, para los habitantes de esa población es la misma edad, sin embargo no todos dejan de ser niños a la misma edad sino según su propio desarrollo físico.

En las sociedades primitivas no era importante establecer qué era o cuándo terminaba la minoridad, es en Roma donde se divide por primera vez en 3 períodos a la minoridad:

a) En el primer período los menores eran infantes que significaba los que no podían hablar (viene de *in* partícula negativa y *fari*, hablar) eran considerados como incapaces totales ya que se consideraba que no tenían una noción correcta de los actos que realizaban, este período se terminaba a los 7 años, aunque antes de esa edad lógicamente los menores ya podían hablar pero no se les podía responsabilizar de sus actos o de las obligaciones que contrayeran aunque fuesen beneficiosas para ellos.

b) En el segundo período se encontraban los impúberes, que eran desde los 7 hasta los 14 años para los varones y los 12 para las mujeres, podían realizar válidamente actos que les favorecieran pero no los que les eran perjudiciales, éstos tenían una incapacidad parcial.

c) Los púberes se encontraban en el tercer período que abarcaba hasta los 25 años, inicialmente éstos eran plenamente capaces pero con el tiempo se les fueron marcando limitaciones

en su capacidad con el propósito de protegerlos pero en el año 191 se les considera como a los impúberes sólo capaces para realizar actos que les fueran benéficos.

Tiempo después bajo la influencia romana se seguía una clasificación de los menores en infantes púberes e impúberes, posteriormente en el siglo V los Francos (tribu de Germania que conquistaron Galias, actualmente Francia) marcaban la mayoría de edad a los 12 años para los varones, en la época medieval se marcaba según el sexo y la condición social desde los 12 hasta los 21 años; en el Renacimiento y siguiendo la Ley de Francia del 20 de septiembre de 1792 se fija la mayoría de edad a los 21 años. 29

En nuestro país el artículo 646 de Código Civil señala que la mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos y el que le sigue señala que el mayor de edad puede disponer libremente de su persona y de sus bienes, entonces se puede establecer que el menor de edad es el que se encuentra desde su nacimiento hasta los 18 años, estos menores se encuentran en una condición de incapaz pero sólo relativamente, ya que tienen capacidad para administrar sus bienes siempre que los hayan adquirido por medio de su trabajo, se le faculta desde los 16 años para hacer testamento, para solicitar la declaración de su estado de minoridad ante el juez civil, para proponer a su propio tutor, para elegir carrera u oficio y para denunciar las irregularidades

29. Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IX. Op. cit.

en la administración de sus bienes. Los menores de 14 años si son mujeres y de 16 los varones pueden contraer matrimonio contando con la aprobación de sus representantes o pedir la suplencia del juez para obtener el referido consentimiento, así como para celebrar capitulaciones en el régimen conyugal, reconocer hijos, objetar su propia adopción.

La capacidad es la aptitud que se tiene para adquirir derechos y cumplir con sus obligaciones y su regulación depende de lo que exprese la Ley, el establecimiento de la menor edad se tiene porque cuando no se ha llegado a cierta edad se carece de la experiencia y de los conocimientos necesarios para dirigir su persona y administrar sus bienes en forma parcial o total. Existen dos clases de capacidad, la de goce y la de ejercicio, por la primera podemos entender que es la que tiene todo individuo por el sólo hecho de ser persona, se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte; la capacidad de ejercicio es la aptitud del individuo para ejercer sus derechos y responder de sus obligaciones y se adquiere con la mayoría de edad, entoces el menor de edad sólo tiene la capacidad de goce pero no la de ejercicio. La minoría de edad se pierde cuando se llega a la mayoría de edad o por la habilitación que produce la emancipación causada por el matrimonio.

B) ALGUNOS ANTECEDENTES SOBRE EL MALTRATO AL MENOR EN DIVERSAS CULTURAS.

El maltrato es una situación de la humanidad no de una clase

social o una cultura y éste ha existido desde siempre, ya sea como una justificación para mantener la disciplina, la educación, o para complacer a los dioses, ahora mencionaremos algunos ejemplos de como se ha maltratado a los menores desde la antigüedad en ciertas culturas:

- En las grandes civilizaciones el infanticidio era un medio para deshacerse de los niños con defectos físicos, en Esparta se lanzaban desde la cima del monte Taigeto, a los niños, viejos y deformes.

- En China el límite de la familia era de 3 hijos y para efectuar una especie de control de la natalidad, el cuarto hijo era arrojado a los animales salvajes.

- En la India, a los niños con defectos físicos, se les consideraba instrumentos del diablo y eran destrozados.

- Entre los romanos como hemos mencionado la patria potestad les daba derecho de vender, ofrecer en sacrificio o matar a sus hijos.

- En Grecia en los altares de Diana, los padres sacrificaban a sus hijos que padecieran epilepsia, arrojándolos contra los árboles para eliminar al diablo que creían estaba dentro de su cuerpo.

- A los niños cristianos se les azotaba el día de los inocentes, para recordar la masacre de los inocentes por Herodes.

- Seneca, un filósofo romano señala que los padres explotaban a los pequeños, con la extracción de un ojo, o se les amputaba

30. Cfr. Guisa Cruz, Victor. Síndrome del niño maltratado. Derechos de la Niñez. Op. cit. Pág. 40.

la mano o pierna para hacer de ellos limosneros profesionales inspirando lástima, con el fin de mantener a sus padres o buscar su propia sobrevivencia.

- La educación de los aztecas era muy severa, a los niños perezosos se les rasguñaba con una espina de maguey, se les atravesaba por la lengua la espina de maguey, después se les llevaba a un cuarto para respirar el humo de chiles que se ponían a tostar, a los niños se les punzaba el cuerpo con espinas, a las niñas sólo se les punzaban las manos; al mentiroso o ladrón se le quemaba el cabello.

- En la familia Nahua a los 5 años los niños empezaban a cargar bultos pesados, para acostumbrarse a la vida del soldado, si a los 9 años el niño era flojo se le castigaba con espinas de maguey y si no se corregía el padre lo exponía al humo de chiles quemados, a los diez años se le hacía dormir desnudo en el suelo húmedo para endurecer su cuerpo y hacerlo viril; en cuanto a las niñas si a los nueve años eran irrespetuosas, livianas o desobedientes, se les punzaba con espinas de maguey y, a los diez años si no se corregía se les azotaba con palos y a los once años se les exponía al humo de chiles secos quemados.

- En Nueva Guinea, la tribu Enja les amputaba un dedo o una oreja al pequeño por entrar a la choza sin autorización de los padres.

- En la Tribu Bena Bena, en Africa, cuando un niño desobedece se le encierra en un cuarto durante tres días después la madre lo saca a la calle y en público le unta excremento en la cara, la gente que lo ve lo podía escupir.

- Martín Lutero, quien inició la reforma protestante en Alemania, ordenó que fueran ahogados los niños que tuvieran retraso mental, porque consideraba que eran instrumentos del diablo.

- En la Revolución Industrial, los padres enviaban a sus hijos a trabajar en jornadas de doce horas diarias, en los centros de trabajo eran azotados brutalmente por los supervisores y en ocasiones se les introducía en cisternas de agua fría para mantenerlos despiertos.³¹

- En nuestra antigua cultura, se cuenta que en una ocasión Cuauhtémoc asistió a una reunión con sus primos y amigos en la cual circuló abundantemente el octli (pulque), que era una bebida limitada para los jóvenes, a media fiesta llegaron los profesores y uno de los jóvenes llamado Coanacoch ocultó su jarro de pulque cerca del lugar donde se encontraba Cuauhtémoc por lo que uno de los profesores lo acusó de haber tomado el octli en exceso lo que era imperdonable para un joven, por lo que fue llevado a respirar humo de chiles quemados por cerca de un cuarto de hora, no hubieran resistido sus bronquios y hubiera muerto de no haber intervenido un sacerdote anciano que creía ciegamente en el joven Cuauhtémoc.³²

Por lo anterior podemos considerar que ya sea por una forma de ideología por la transmisión de tradiciones, o por la educación, el maltrato de que eran, y son en la actualidad objeto los menores

31. Cfr. Guisa Cruz, Victor. Síndrome del Niño Maltratado. Derechos de la Niñez. Op. cit. Pág. 42.

32. Cfr. Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia, 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993. Pág. 461.

es un problema que daña en general a toda la humanidad; desde diferentes puntos de vista el maltrato siempre ha sido justificado por los adultos y como podemos ver es un problema no sólo de la clase social pobre sino en general para todas las clases y en todos los tiempos.

C) CONCEPTO DE MALTRATO.

En muchas ocasiones el maltrato se ha confundido con el derecho de corrección que los padres tienen para con los hijos menores, la palabra corrección significa en represión de un delito, falta o defecto, siempre se ha admitido que los padres tienen derecho de castigar a sus hijos para que éstos se apeguen a la autoridad pero deben ser castigados sin gravedad y en beneficio del menor, sin embargo algunos padres abusan de esta costumbre y llegan a ser demasiado severos e incluso crueles con sus hijos.

El maltrato es el abuso físico o emocional que se le provoca a una persona "menor maltratado es aquel que es objeto de violencia física, emocional o ambas, por actos de acción u omisión intencional que le producen lesiones físicas, mentales, la muerte o cualquier otro daño personal, provenientes de sujetos que por cualquier motivo, tiene relación con él en su período de vida comprendido entre su nacimiento y el principio de la pubertad."33

33. Programa Nacional de Acción. México y la Cumbre Mundial en favor de la Infancia. 2a. Edición. Quatrata Servicios Editores. México. 1992. Pág. 159.

Se puede entender según la definición que el niño es el destinatario de conductas sean actos u omisiones, ya que se maltrata no sólo con golpes sino también con abstenciones como dejar de proporcionar alimentos o cuidados, de manera voluntaria y dolosa porque van dirigidos a agredir al menor y le provocan lesiones físicas o mentales, recordando que lesión es una alteración de la salud corporal (lesión física) o en la salud mental cuando se dañan funciones intelectuales; o incluso se puede ocasionar la muerte, también se establece en la definición que el maltrato lo puede realizar cualquier persona que tiene relación con el menor, pudiendo ser sus padres, abuelos, maestros, hermanos mayores, padrastros, tutor, patrón, sin embargo para el análisis de nuestro tema tomaremos como punto de partida sólo el maltrato de que son víctimas los menores por parte de quienes ejercen la patria potestad.

También ha sido definido el menor maltratado como: "los menores de edad que enfrentan o sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, emocional o ambas, ejecutadas por omisión o acción, pero siempre en forma intencional no accidental, por parte de los padres, tutores o personas responsables de éstos"³⁴, en esta definición se manejan los mismos elementos que en la anterior pero es importante señalar que en la mayoría de los casos de maltrato se presentan lesiones físicas que son notables generalmente pero en ocasiones los niños tienen aspecto

³⁴. Guisa Cruz, Victor. Síndrome del Niño Maltratado. Derechos de la Niñez. Op. cit. Pág. 41.

físicamente saludable, sin embargo muestran grados de tristeza notables y evitan contactos visuales o algún acercamiento amistoso y esto es consecuencia de un maltrato emocional aunque es más difícil de detectar.

Osorio y Nieto considera al maltrato como: "los hechos u omisiones provocados por personas mayores que tiene algún motivo o relación con el pequeño, y que producen lesiones físicas, mentales o cualquier otro daño"³⁵. En esta definición se nos habla de maltrato físico, mental o cualquier otro daño, es decir abarca todo daño que se le pueda ocasionar a los menores.

No existe uniformidad en cuanto al concepto de menor maltratado pero sí elementos comunes entre las definiciones, por lo que podemos establecer que maltrato es toda agresión (siendo ésta un acto en contra de otro) o ataque que se realiza sobre los menores en forma voluntaria y consciente con el fin de alterar su salud física o mental hasta llegar incluso a provocarles la muerte siendo los responsables de la agresión personas mayores de edad y generalmente sus propios progenitores quienes desquitan su enojo con los niños produciéndoles lesiones que pueden dejarlos marcados para toda su vida, estos padres carecen de una basta educación sobre sus hijos o debido a problemas económicos, peleas conyugales no aceptan a los menores.

35. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. El Niño Maltratado. Editorial Trillas. México 1983. Pág. 5.

Los malos tratos pueden originar en el menor daños, pero es un problema que afecta a toda la familia ya que en él intervienen no sólo el agresor y el agredido sino también los hermanos que de alguna manera son víctimas del maltrato psicológico además del otro cónyuge que es un cómplice pasivo.

En el problema del menor maltratado, encontramos diversos factores que influyen directamente sobre el comportamiento de los adultos que ocasionan lesiones a los menores, éstos se han clasificado en:

a) Factores individuales.- en éstos se presentan motivaciones aparentes y profundas que impulsan a los agresores a ocasionar los malos tratos, y pueden ser: que los agresores fueron lesionados en su infancia y crecieron con lesiones físicas y emocionales, creyendo que no eran buenos, lo que los impulsa a tener sentimientos de rechazo, de inferioridad o autoestima baja, esta frustración hace a los padres inmaduros, llegando a desfogar en los hijos sus problemas, castigándolos de manera negativa y cruel para reflejar lo que ellos vivieron en su infancia, no consideran a sus hijos como su responsabilidad para cuidarlos y atenderlos, no comprenden al niño, sólo piensan que debe comportarse de alguna forma en específico, piensan que los niños son de su propiedad.

El padre agresor es inseguro, impulsivo, se cree incomprendido de carácter fuerte, se molesta frecuentemente con los niños y al golpear a éstos su llanto empeora la situación porque los padres se descontrolan aún más.

Algunos padres que golpean a sus hijos se justifican con la educación del menor, porque consideran inadecuado su comportamiento, pudiendo ser el ensuciarse, llorar, jugar, no querer comer, actividades que son perfectamente normales en un niño, pero este tipo de padres cree tener el derecho a que sus hijos sean perfectos ya que en ellos se quieren proyectar. Algunas madres creen que los menores son los causantes de las alteraciones físicas que tienen después del embarazo, otras aman a sus hijos pero es tan baja su autoestima que sólo se sienten importantes cuando el niño está enfermo y en ocasiones esas enfermedades son producto de su propia negligencia.

En otros casos extremos los padres son sádicos y sienten placer al agredir a sus hijos; otras causas que provocan el maltrato es el consumo de drogas, que alteran la conducta de los padres. Podemos decir que las causas individuales que provocan el maltrato al menor es la falta de amor hacia el menor y el no estar preparados para ser padres; en un Congreso de la UNICEF en 1988 se declaró que una de las principales causas del maltrato a los menores era que "los padres de todas las clases sociales ignoran sorprendentemente mucho de lo que se puede esperar del niño de diversas edades y cuáles son sus verdaderas necesidades".³⁶

b) factores familiares.- El maltrato es un problema familiar

³⁶. Guisa Cruz, Victor. Síndrome del Niño Maltratado. Derechos de la Niñez. Op. cit. Pág. 42

que involucra a la víctima, al agresor, al cónyuge pasivo y a los demás niños, el maltrato es a menudo dirigido contra un sólo niño, pero si éste es sacado del hogar en la mayoría de los casos es reemplazado por otro menor. Este problema puede ser resultado de un embarazo no deseado, o de uniones extramatrimoniales, o cuando los menores son adoptados por personas que se ven obligadas a hacerlo, o cuando son madres solteras; los malos tratos no son de una clase social, pero se presentan con mayor frecuencia en las familias numerosas, cuando se carecen de recursos económicos, de educación, de habitaciones; sin embargo existen casos en donde la situación familiar, desde el punto de vista económico y moral es bueno, el niño fue deseado pero existe una falta de autodominio por parte de los padres o su educación es demasiado severa, por ejemplo cuantas veces no hemos visto a los padres que golpean o insultan a sus hijos porque se ensucian o porque no comen adecuadamente.

En la actual economía existe otro tipo de maltrato que es el que se lleva a cabo al convertir a los menores en comerciantes para ayudar a la subsistencia de la familia, son utilizados por los padres para cumplir con una responsabilidad que no les es propia.

c) Factores sociales.- Estas causas se determinan en gran parte en base a la cultura, aunque se presenta en todas las sociedades, religiones, nacionalidades; en muchas ocasiones los padres manifiestan su egoísmo hacia sus hijos y los ridiculizan

en el diálogo entre adultos haciéndolos sentir torpes, lo que es una falta de responsabilidad y de respeto hacia los niños.

Algunos padres son incomprensivos porque sucede que salen a trabajar y al regresar al hogar se molestan porque sus hijos hagan ruido o no se comporten como ellos esperan, en este caso el padre olvida que también fue niño y que la infancia es una etapa de desarrollo y aprendizaje, o se da el caso que debido a las tensiones económicas, laborales, se les acusa a los niños de ser los responsables de esa situación por lo que cualquier indisciplina del menor altera a los padres que terminan golpeándolo.

Una situación que es preocupante es la indiferencia que presentan ciertas personas y autoridades, de no actuar como debe ser en situaciones como esta, si la sociedad respondiera de manera adecuada tal vez se lograría disminuir este problema, o por lo menos castigar a los culpables de estos actos.

Se ha observado que los padres que abusan de sus hijos suelen tener necesidades de dependencia exagerada y esperan que el nuevo bebe los ame, por lo general el maltrato a los niños es el resultado de un proceso interactivo entre la forma de tratar al niño y la conducta del menor, los padres ejercen una disciplina inconstante y al fracasar al querer establecer pautas de educación agrede al niño el cual probablemente se comportará mal debido a que muchos castigos se imparten más por el humor de los padres

que por la falta cometida por el niño, y se vuelve un ciclo, el niño se porta mal, el padre lo castiga justificándose pensando que el niño lo obligó a hacerlo y posteriormente el niño se vuelve agresivo.

En conclusión podemos decir que en un maltrato se presentan diversas causas, vivimos en un mundo de violencia que desgraciadamente se inicia en el hogar, los menores presentan muy variadas formas de agresión y crueldad, el maltrato físico es el más tangible pero no el único, también se tortura a los menores en forma psicológica, el maltrato en general es una violación a la integridad del menor o de cualquier ser humano, es una manifestación de impotencia del golpeador ante su propia vida frustrada, el agresor no sabe mas que hablar a golpes, sin embargo éste sufre también como el menor agredido porque esa agresión es producto de frustraciones y de una personalidad pobre en sus valores.

C) TIPOS DE MALTRATO.

En los menores maltratados encontramos lesiones físicas y psicológicas que son producidas por personas que estan en relación con ellos, principalmente sus padres, entendiendo por lesión según lo establece el artículo 288 del Código Penal:

Artículo 288. Bajo el nombre de lesión se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo

humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.

1. FISICO.

Generalmente las lesiones observadas en el niño presentan diferentes grados de peligro, siendo principalmente en la cara, brazos, piernas, siendo las más frecuentes, fracturas, contusiones, quemaduras, asfixias, lesiones con arma blanca y con arma de fuego.

Las fracturas se presentan en costillas, huesos largos y cráneos, entendiéndose por fractura la rotura de los huesos causado por golpes o caídas producidas a los pequeños.

Las contusiones son lesiones ocasionadas por un choque o aplastamiento contra cuerpos duros, planos y de bordes no cortantes tales pueden ser garrotes, varillas, macanas, martillos, botellas, piedras, es decir objetos que se empuñan, que son lanzados o cuando el sujeto pasivo es lanzado al piso o las paredes, dentro de las contusiones encontramos:

a) Las escoriaciones, que son lesiones de la piel superficiales, se presenta desprendimiento de la piel pueden ser en este caso los rasguños.

b) Contusiones con derrame, se presenta por la ruptura de pequeños vasos sanguíneos bajo la acción de un golpe, presión o aplastamiento, sus características son que generalmente reproducen la forma del tamaño del agente que lo produce, observándose un cambio de coloración que sufre la sangre, primero

son rojizas, cambian a violeta, luego azul, verde y amarillo al final, comunmente lo llamamos moretones.

c) Contusiones profundas, se producen cuando el golpe se produce por un cuerpo de superficie extensa y con una violencia sobre la pared torácica, abdominal o craneal, estas lesiones son graves aunque en forma externa no parezcan, en forma interna pueden llegar a dañar el hígado, estómago, riñones, vejiga, pulmones, corazón, vasos arteriales, pueden consistir en desgarres, fracturas, rupturas viscerales arrancamiento de órganos, hemorragias, internas.

Quemaduras.- Estas se pueden producir por tres causas: calor humedo (vapor, líquidos en ebullición); por calor seco (radiaciones solares, cuerpos sobrecalentados, flama directa, acción de electricidad, por rayos X o agentes radioactivos); por substancias químicas (ácidos).

Asfixias.- Es la obstrucción que sufren las vías respiratorias, que impiden la correcta ventilación pulmonar y consecuentemente el impedimento de la oxigenación. la asfixia generalmente no produce la muerte inmediata, debido al aire residual que se encuentra en los pulmones (de dos a tres minutos) se clasifica en:

a) Sofocación.- En la que se coloca un obstáculo en el trayecto de las vías respiratorias, impidiendo la ventilación pulmonar, existen cinco variantes.

- Obstrucción de los orificios de vías respiratorias (es

el cierre de nariz, boca con algún objeto blando, trapos, almohadas).

- Introducción de cuerpos extraños que producen una contracción involuntaria de la laringe, por ejemplo, cuando se introducen dulces, pastillas, canicas.

- Compresión toraco-abdominal.- Se produce la compresión sobre el torax y abdomen evitándose la expansión respiratoria, se genera por aglomeraciones o derrumbes.

- Enterramiento. Se produce obstrucción de vías respiratorias por la inmersión del cuerpo en capas de sustancias pulverizadas como harina, carbón, tierra.

- Confinamiento. Se encierra a la víctima en un baúl, cajuela, refrigerador.

b) Estrangulación.- Es la constricción ejercida alrededor de cuello, es una forma típicamente homicida, el agente pueden ser las manos, cuerdas, corbatas, medias.

c) Ahorcamiento.- Se produce por la compresión sobre el cuello, con un lazo, cuerda, cinturon, agujetas, mascada, producida por el propio peso de la víctima.

Lesiones con arma blanca.- Son las que se producen por instrumentos con punta y/o filo y pueden ser:

a) Heridas Cortantes. Son instrumentos con filo como una navaja, cuchillo, hoja de rasurar, fragmentos de vidrios su mecanismo de producción es por presión y deslizamiento.

b) Heridas punzantes. Causadas por instrumentos con punta como el picahielo, clavos, alfileres, compás, dardos, astillas

de madera, espinas, en este caso el instrumento separa las fibras elásticas de la piel, son heridas graves porque tienen sus efectos en el interior.

c) Heridas Punzo-cortantes. Las producen instrumentos con punta y filo como los puñales, cuchillos, dagas, verduguillos.

d) Heridas contusas punzo-cortantes. El instrumento empleado tiene generalmente punta, filo y además mayor peso como un machete, hacha, son heridas graves e incluso mortales.

Lesiones con arma de fuego. Estas se utilizan poco en el maltrato de los menores se pueden efectuar con armas de cañón largo o corto. 37

En el maltrato a menores se dan todo tipo de lesiones sin embargo las más frecuentes son quemaduras de cigarro, planchas fierros calientes, líquidos hirvientes, golpes con palas, cadenas, cinturones, cortaduras con navajas, cuchillos; fracturas ocasionadas por golpes con objetos pesados como martillos, y tubos.

Dentro de este tipo de maltrato debemos incluir la omisión de la administración de alimentos o cuidados a que todo menor tiene derecho y que su ausencia le puede causar desde desnutrición, daños corporales o la muerte, este tipo de maltrato no es en forma activa sino una omisión de deberes.

37. Cfr. Fernández Pérez, Ramón. Elementos básicos de Medicina Forense. 4a. Edición. Editorial Fernández. México. 1960. Págs. 106-110.

2. PSICOLOGICO.

Este tipo de maltrato es muy difícil de detectar debido a que no tiene manifestaciones físicas, es la forma como los padres tratan a los hijos en donde frecuentemente por enfado abandonan sus deberes, los padres hacen sentir a los niños inferiores, los aíslan y les producen temor a los adultos, provocándoles lesiones psíquicas que son la causa de que el niño no tenga un desarrollo adecuado emocionalmente y de que sufran durante toda su vida, manifestando temor a cualquier cosa que le recuerde el maltrato que recibió en su casa, este tipo de maltrato produce traumatismos y depresión, lo que produce resentimiento y falta de confianza en sí mismo y para con los demás, ya que el niño piensa que no es querido ni aceptado.

Esta agresión se puede basar en no demostrarle al niño amor hacia él o hacia el mundo que lo rodea, sino al contrario demostrarle que él es un estorbo, o que es el causante de los problemas familiares, se manifiesta generalmente en amenazas e insultos.

Todo maltrato físico lleva consigo un maltrato psicológico, debido a que cuando se golpea a los niños también se les insulta o amenaza, además de que la agresión física en sí deja en los niños una huella para toda la vida por lo que nunca serán adultos sanos, salvo que reciban una terapia adecuada, ya que algunos padres producen agresiones que son una verdadera tortura para

los menores, y en la mayoría de los casos las van cambiando y acrecentando en contra de los menores.

Consideramos que el maltrato psicológico es la agresión en contra del menor que daña su parte mental, afectiva o de valores.

E) CARACTERISTICAS DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL MALTRATO.

1. SUJETO PASIVO.

El sujeto pasivo es aquel que es objeto del maltrato, al que se le agrede; además de las características físicas que se presentan en los menores, existen características que generalmente presentan los menores maltratados, y son: que la mayoría de los niños son menores de 3 años y varones que presentan un aspecto triste, indiferente, asustadizo, descuidado, presentan debilidad mental, anemias agudas, la proximidad de un adulto les provoca miedo.

Los niños maltratados generalmente presentan retardo motor, lloran con facilidad, inferioridad, aislamiento o agresividad en demasía, se les desarrolla una depresión que aumenta el resentimiento y la falta de confianza para sí y para con los demás, ya que el niño se siente sólo y rechazado por toda la sociedad.

Generalmente estos niños con el transcurso del tiempo se vuelven muy agresivos, ya que crecen con resentimiento hacia toda la sociedad y con sentimientos de revancha; sin olvidar las

características de las lesiones físicas que pueden presentar estos menores, podemos decir que en en ámbito psicológico en general son niños tímidos, asustadizos, retraídos, desconfiados con los adultos o sumamente agresivos.

2. SUJETOS ACTIVOS.

Es aquel que produce el maltrato, la agresión es un instinto o impulso con el que se nace, éste a su vez se desarrolla y va evolucionando, llegando a manifestarse de acuerdo con las frustraciones que tuvo el sujeto agresor durante su vida.

Los padres agresivos lo son porque fueron maltratados, a la vez tienen el deseo de ser queridos por sus padres, pasando por alto las necesidades de afecto y confianza que sus hijos necesitan de ellos; esta situación se va transmitiendo de generación en generación. No comprenden a sus hijos, sólo piensan que se deben comportar de forma satisfactoria para ellos, y creen que el castigo es permitible y que sirve para corregir su comportamiento, se sienten ofendidos por sus hijos al recordarles situaciones pasadas que ellos mismos no fueron capaces de corregir y assimilar.

Tienen una imagen de sí mismos muy desagradable, crecen con esa imagen y cada vez se sienten más frustrados, más necesitados de cariño, cuando se unen un padre que tienen complejos de inferioridad y una mujer que se siente rechazada, existe mayor

peligro hacia el trato que se les vaya a dar a los menores, cuando la madre no sabe llevar su papel y se comporta de una manera aislada o negativa, y el padre es agresivo, y no le brinda apoyo a su cónyuge, ambos manifiestan su frustración en el pequeño y lo golpean.

Las generalidades que presentan estos padres son el ser inmaduros emocionalmente, impulsivos, aislados, descuidados, estas conductas son manifestadas por varios sujetos agresores, sin embargo puede ser que el maltrato se deba también a una forma excesivamente severa de educación.

En conclusión se puede mencionar que las características de los menores maltrados son: distracción, timidez, miedo, agresividad, esto debido a la falta de atención, cariño y sobre todo seguridad, ya que esta es la parte principal para que el menor pueda actuar correctamente ante cualquier situación; en cuanto a los padres no tienen el verdadero interés como tutores responsables del menor y sobre todo una falta de amor hacia sus hijos justificándolo por haber sido a su vez menores maltratados por lo que creen que no pueden ofrecer el amor que ellos mismos no recibieron.

F) CONSECUENCIAS DEL MALTRATO.

1. FISICAS.

Son aquellas consecuencias que se manifiestan en el cuerpo

del menor, las lesiones físicas ocasionadas a los menores son variadas y pueden ir desde golpes, quemaduras, fracturas, hasta llegar a la muerte; en muchas ocasiones las lesiones dejan cicatrices en la cara o cuerpo del menor, alteran o destruyen algún órgano; las consecuencias más comunes de los malos tratos en el ámbito físico son: fracturas de brazos, piernas, cráneo, quemaduras con cigarrillos, plancha, fierros calientes, líquidos en ebullición, puñetazos, puntapiés, los lanzan contra objetos contundentes, los hacen pasar hambre, los encierran en armarios durante varios días, los apuñalan.

Las lesiones ocasionadas a los menores pueden ir desde simples contusiones, hemorragias menores, lesiones que perturben la vista, oído, una mano, un pie, pierna, o cualquier otro órgano retraso mental, daño cerebral, desnutrición, amputaciones de partes de su cuerpo causadas por infecciones que no fueron atendidas adecuadamente.

En muchas ocasiones se presenta como consecuencia de los malos tratos la muerte del menor, en nuestro país se tienen alrededor de mil muertes de niños a causa de los malos tratos de sus padres y ocho mil casos se presentan en Latinoamérica por año recordando que no todos los casos se denuncian ya que la mayoría se maneja como meros accidentes debido al encubrimiento de los padres, médicos, autoridades y en general de la sociedad; se considera que por cada menor golpeado cuyas condiciones reconocen los médicos son el resultado del maltrato de los padres,

existen al menos otros diez niños cuyas heridas se atribuyen a supuestos accidentes.

2. PSICOLÓGICAS.

Los niños maltratados presentan retardo motor sentimientos de inferioridad, aislamiento, inadecuado desarrollo emocional, carecen de una formación adecuada y de una educación basada en el cariño, se sienten rechazados por sus padres, su estado emocional es de gran tensión y angustia; el niño que sufra malos tratos crece carente de claros y definidos conceptos de solidaridad humana, de respeto a los individuos y a la colectividad, con resentimiento hacia todo lo que le rodea.

Muchos adultos agresores fueron a su vez niños maltratados ya que el niño golpeado crece con una gran carga de agresividad reprimida que va a proyectar hacia su nueva familia; los malos tratos ocasionan una inseguridad en sí mismos lo que produce personas frustradas, que no pueden llegar a desarrollarse adecuadamente porque sienten que ellos no valen nada ya que sus valores son de inferioridad crecen anhelantes de cariño y aceptación por parte de ellos además por lo que generalmente son personas muy inseguras y de una autoestima muy baja.

Otra consecuencia muy importante de los malos tratos es que el menor se desarrolla con un cúmulo de rechazo y agresividad lo que hace de él un adulto agresivo y resentido; al ir acumulando

agresividad pueden llegar a producir actos no sólo en contra de sí mismos y su familia sino de toda la sociedad. Las consecuencias psicológicas son en general aquellas que van afectar al menor en cuanto a sus valores, afectos, caracteres y que van a transformar su personalidad en toda su vida adulta de una forma importante.

3. SOCIALES.

Como podemos notar este es un problema que atañe a toda la sociedad, debido a que se produce en la base de la sociedad, en la familia, las principales consecuencias en el ámbito social son:

a) Delincuencia.- la delincuencia tiene sus raíces en la personalidad de las personas, tales pueden ser las experiencias vividas dentro de su familia, el sentirse rechazado y agredido por sus padres desarrolla sentimientos de odio, venganza y en muchas ocasiones los menores son incapaces de integrarse a la sociedad.

El doctor Eduard Nov. de la Universidad de Freren, Alemania expresa: "gran parte de los criminales, de los homicidas y de los asesinos provienen de los medios en los cuales se presentan malos tratos a los niños, esto sucede por las condiciones afectivas en las que se desarrolla, es decir con odio y agresividad, porque estos jóvenes crecen carentes de cariño y si no han recibido nada positivo de quienes esperaban cariño es muy posible que tampoco

ellos sepan dar afecto sino agresividad."38

b) Prostitución.- Muchas prostitutas provienen de familias desintegradas, la mayoría de ellas abandonaron sus hogares debido al ambiente que existía en ellos, cuando se maltrata a los menores crecen carentes de cariño, se creen personas que valen poco por lo que se degradan en su valor sexual, también la excesiva severidad de los padres puede convertir a sus hijas en prostitutas.

La prostitución puede ser en sí un tipo de maltrato ya que muchos padres prostituyen a sus hijos de ambos sexos, para obtener recursos económicos, ya que son padres irresponsables de atender las necesidades básicas de su familia y explotan de esta forma a los menores.

c) Suicidio.- La decisión de autodestruirse generalmente se toma cuando se ha llegado a un grado extremo de desesperación, el niño maltratado puede generar sentimientos de culpabilidad, carencia de valores, temor, siente mucha agresión por parte de sus padres, siente su rechazo por lo que se genera en él frustraciones, depresiones y puede llegar a sentir que la única salida es terminar con su vida. Puede también suceder que los menores vayan acumulando agresión en contra de sus padres y al no poder regresarles esa agresión deciden suicidarse para hacer sentir a los padres culpables de su muerte y de alguna manera

38. Citado por Osorio y Nieto, Cesar. El Niño Maltratado. Op. cit. Pág. 59.

corresponderles a sus malos tratos.

d) Farmacodependencia.- Es un problema social que por su origen, dimensión e importancia es objeto de atención pública; "en nuestro país de cada 100 personas (de entre 12 y 65 años) cuatro han experimentado alguna vez con drogas, los inhalantes empiezan a consumirse entre los 12 a los 17 años, la marihuana y los alucinógenos entre los 16 y los 25 años, el 85% de usuarios que se inician en el consumo de drogas se encuentra entre los 10 y los 19 años." 39

Las causas de la farmacodependencia son hogares inestables, desintegrados, disponibilidad de drogas, ignorancia, curiosidad, evasión de la realidad, obtención de placer; los malos tratos producen angustia en la infancia y adolescencia por lo que la farmacodependencia puede ser una forma de evadir su realidad.

Entendemos por farmacodependencia "la dependencia a los fármacos, a las drogas o sustancias que pueden modificar funciones en el organismo".40

e) Menores en y de la calle.- La ignorancia, la pobreza, el hambre, abandono, desintegración familiar, malos tratos, motivan que un número importante de niños se vean precisados a hacer de la calle su habitat, en las zonas urbanas de la República

39. Programa Nacional de Acción. México en favor de la Infancia
Op. cit. Pág. 56
40. Ibidem.

Mexicana se presenta el problema del niño callejero y se manifiesta a través de menores que se reúnen en grandes cantidades y que desarrollan actividades de boleros, traga fuegos, limpia parabrisas, vendedores, mendigos o en muchas ocasiones se dedican al robo, la prostitución o la drogadicción

Entre estos niños existen 3 categorías:

- Niños en la calle.- es el que desempeña actividades de subempleo para contribuir económicamente a su hogar, no ha roto lazos con su familia, este tipo de menores, generalmente es explotado por sus padres.

- Niños de la calle.- Es el menor separado totalmente de su familia y su medio de vida se encuentra en la calle, realiza actividades de subempleo o delincuencia, son aquellos que ya huyeron de su casa debido al ambiente hostil que se encontraba en ella.

- Menor en riesgo.- Es el niño que por pertenecer a una familia en situación social y económica precaria, corre el riesgo de ser expulsado del seno familiar, o es orillado a aportar medios para el sostén familiar, o porque la calle le ofrece un ambiente menos agresivo, que además le proporciona la obtención inmediata de satisfactores. 41

Estos niños pertenecen a familias desintegradas o muy conflictivas, con alto grado de maltrato o abandono, son agresivos

41.Cfr. Programa Nacional de Acción. México y la cumbre Mundial en favor de la Infancia. Op. cit. Pág. 73.

por haber crecido en un ambiente hostil, son niños cuyas conductas depresivas fueron causadas por el tipo de trato que han recibido y los localizamos en cruceros con semáforos, centros comerciales, mercados, terminales de autobuses y ferrocarriles; estos niños se convierten en adultos improductivos porque nunca cuentan con los recursos para superarse y es una gran parte de la población la que se encuentra en este problema, si en su casa no hubieran recibido malos tratos sería difícil que decidieran dejar un lugar donde tendrían cariño y apoyo para salir a la calle, sin embargo en este caso prefieren salir de su casa donde son agredidos y buscar en la calle lo que ahí no tuvieron.

Como nos podemos dar cuenta este problema atañe a todos los ámbitos de la sociedad y en todos los países, desgraciadamente los niños no tienen ninguna defensa contra las violentas represalias de los progenitores, muchos niños regresan una y otra vez al hospital, y cada vez peor heridos; otros niños sencillamente desaparecen en forma misteriosa y desgraciadamente gran parte de los adultos creen que los golpes son necesarios para educar a los niños para corregirlos, afortunadamente en la actualidad se están tomando mejores medidas para castigar a quienes agreden a los pequeños indefensos, y que les transforman con esos hechos reprochables, toda su existencia.

C A P I T U L O I I I

INOBSERVANCIA DEL ARTICULO 444 FRACCION III

DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

EN CUANTO A LOS MALOS TRATOS.

CAPITULO III. INOBSERVANCIA DEL ARTICULO 444 FRACCION III DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN CUANTO A LOS MALOS TRATOS.

A) DECLARACION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

La protección de los niños se ha establecido también en el ámbito internacional, donde se ha procurado mejorar las condiciones de desarrollo de los menores, en general el menor es titular de todos los derechos que los instrumentos internacionales conceptualizan como derechos para todas las personas, sin embargo se han creado instrumentos especialmente para los menores, por ejemplo: La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional en 1986; Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores en 1985; La Declaración sobre la protección de la mujer y del niño en estados de emergencia o de conflicto armado en 1975; Convención Americana de San Jose Costa Rica en 1969; La Convención de Roma en 1953, 1963, 1966; Carta Social Europea en 1961; sin embargo es de gran importancia señalar la Declaración de los Derechos de los niños que se remonta al año de 1923 cuando la Señora Eglantyne Gebb formula la primera Declaración de Protección de la Infancia en Ginebra Suiza, posteriormente en 1948 la Unión Internacional de Protección a la Infancia hizo modificaciones a la primera Declaración y finalmente en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en su resolución

1386 (XIV) es que se aprueba y proclama la Declaración de los Derechos del niño, en la que se estipulan los derechos y las libertades que todo niño, sin excepción debe disfrutar, en este importante documento se admite que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle reconoce la necesidad de que el niño sea feliz y exhorta a los padres, a los hombres y mujeres, a las organizaciones, a las autoridades y gobiernos a que reconozcan estos derechos y luchen por su observancia con medidas jurídicas o de cualquier otra índole; la cual establece en su preámbulo que: "Los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad... ya que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Convenios Constitutivos de los organismos especializados de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño; considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle.

La Asamblea General Proclama la Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar,

en su propio bien o en bien de la sociedad..."

Esta Declaración consta de diez principios que son fundamentales para la protección de los menores:

PRINCIPIO 1. El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

PRINCIPIO 2. El niño, gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la Ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual, socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

PRINCIPIO 3. El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

PRINCIPIO 4. El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse tanto al él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda recreo y servicios médicos adecuados.

PRINCIPIO 5. El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

PRINCIPIO 6. El niño, para el pleno

y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

PRINCIPIO 7. El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

PRINCIPIO 8. El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

PRINCIPIO 9. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o educación o

impedir su desarrollo físico o moral o mental.

PRINCIPIO 10. El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

Tomando como base la declaración antes citada, el 13 de diciembre de 1986 La Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptó la declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y al bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, en la cual se proclama que reafirmando el principio 6 de la Declaración, que establece que, siempre que sea posible, el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, se establecen los siguientes principios entre algunos otros:

A) Bienestar general de la familia y del niño:

ARTICULO 1. Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño.

ARTICULO 2. El bienestar del niño depende del bienestar de la familia.

ARTICULO 3. Como primera prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres.

ARTICULO 4. Cuando los propios padres no puedan ocuparse de él o sus cuidados

sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva adoptiva o de guarda o en caso necesario, una institución apropiada.

ARTICULO 5. En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental.

Finalmente señalaremos que en 1989 la Asamblea General de la Naciones Unidas realizó la Convención sobre los Derechos del Niño a la cual nos referimos posteriormente.

Afortunadamente en nuestro país se ha propagado en diversas instituciones como lo son hospitales, escuelas, instituciones públicas y privadas la Declaración de los Derechos de los Niños para que así toda la comunidad y las autoridades de alguna manera tengan presente la protección a que tienen derecho los menores.

Es importante señalar en este punto al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), establecido en 1946, se organizó al principio para ayudar a los niños víctimas de la Segunda Guerra Mundial. Actualmente es un órgano permanente que recibe dinero del gobierno y de contribuyentes particulares, para ayudar a alimentar a los niños necesitados del mundo y proporcionarles asistencia médica. Este organismo es conocido mundialmente gracias a sus programas de asistencia materno-infantil, a su lucha contra las enfermedades de la infancia, a sus intentos por mejorar la

nutrición y a sus medidas para ayudar en casos de emergencia que puedan afectar a niños y madres; también colabora en el adiestramiento de personal en las técnicas de nutrición, salubridad y bienestar infantil.⁴²

Existen otros organismos de la ONU que también se encargan de proteger a los niños como la Organización Mundial de la Salud (OMS), con sede en Ginebra, que intenta mejorar la salud y reducir los índices de mortandad infantil; la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), que lucha contra el hambre y la desnutrición, y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que trata de erradicar el analfabetismo y elevar el nivel educativo de los niños y los jóvenes.

B) ORGANISMOS NACIONALES ENCARGADOS DE VIGILAR EL BUEN TRATO HACIA LOS NIÑOS.

El problema del maltrato implica varios aspectos como el legal, social, familiar, médico, psicológico, por lo que para su atención se cuenta con varias instituciones como el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y la de los Estados de la República; dentro del DIF se encuentran las Procuradurías de la Defensa del Menor y de la Familia establecidas

⁴². Cfr. Nueva Enciclopedia Temática. Tomo II. 32a. Edición. Editorial Cumbre. México. 1985. Pág. 217.

en todo el país cuya labor es de asistencia y prevención a los problemas familiares.

Existe una coordinación entre ambas procuradurías, los casos se inician generalmente en el DIF que expone a la Procuraduría de la Defensa las denuncias de los casos que se le reportan y que consideran graves, lo que propicia la averiguación previa por la comisión del delito que se haya captado en perjuicio del menor se puede dar la consignación de los padres maltratadores ante un juez penal quien inicia el proceso hasta sentencia misma que puede incluir la pérdida de la patria potestad.

En cuanto a la actividad que realizan las Procuradurías dentro de este problema es importante señalar la actividad del ministerio público que es el encargado de investigar en la averiguación previa y que decide el ejercicio o abstención de la acción penal, en la averiguación previa se determina si existen daños que son resultado de conductas dolosas de los padres, el ministerio público debe decidir en la averiguación previa si los padres son los responsables de las lesiones causadas a los menores y valorando dichas lesiones para que los padres reciban el castigo penal que merezcan.

El DIF presta servicios de asistencia social a los menores y sus familias mediante el programa de prevención del maltrato al menor, el cual recibe denuncias de maltrato en forma telefónica, escrita o directa durante las 24 horas del día, los 365 días del

año. Una vez recibida la denuncia se realizan diversas acciones como la de verificar cada denuncia directamente en el domicilio del menor para comprobar el maltrato y con base en la información obtenida se proporciona atención a éste y su familia, se elabora un estudio socio-económico de la familia, se denuncian los casos en los que se comprueba el maltrato a través de las Procuradurías de la Defensa del Menor y la Familia a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal o de los Estados, realiza entrevistas y orientaciones en el domicilio del menor encaminadas a resolver el problema que origina el maltrato; canaliza en forma interna o externa con otras instituciones para el tratamiento de la familia; por lo que hace al tratamiento médico y psicológico se realiza mediante un programa de orientación psicológica del Instituto Nacional de Salud Mental en el D.F., del Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado, del Instituto Mexicano del Seguro Social, de los hospitales infantiles, para su atención psicológica y/o de salud.

El organismo encargado en especial de vigilar el buen trato hacia los menores es el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, la protección jurídica del menor se establece en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece en su último párrafo:

Artículo 4. ... Es decir de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

Por lo que para cumplir con esta protección se cuenta con el DIF,

cuyos objetivos en cuanto a los menores es disminuir los hábitos de violencia de los adultos en contra de los menores; propiciar si es posible la reintegración adecuada al entorno familiar y social de los menores maltratados.

El DIF cuenta con programas para cumplir con sus funciones: programa de integración social y familiar; programa de asistencia social a desamparados; programa de asistencia educacional; programa de rehabilitación; programa de asistencia social alimentaria; programa de promoción del desarrollo comunitario; programa de asistencia jurídica; programa de desarrollo artístico, cívico y cultural; programa de formación y desarrollo de recursos humanos e investigación; para llevar a cabo el programa de asistencia jurídica cuenta con la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia que presta asesoría jurídica a menores, ancianos, minusválidos en todo tipo de juicios de materia familiar.

El programa de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia consiste en la asistencia y representación jurídica y administrativa cuando se afecten los intereses legales de los menores, ancianos, minusválidos o en general de la seguridad integral de la familia.

Actualmente existen en las 31 entidades federativas de la República, Procuradurías de este tipo, dependientes de los DIF estatales que están comunicados entre sí para su mejor funcionamiento a través de una oficina de enlace en el Distrito

Federal.

Entre las funciones que realiza la Procuraduría están las de designar a los integrantes de los Consejos Locales de Tutela que es un órgano de vigilancia y de información que tiene entre otras obligaciones la de formar y remitir a los jueces de lo familiar una lista de las personas que pueden ser tutores y velar porque los tutores cumplan con sus obligaciones, especialmente en la educación de los menores; avisar al juez de lo familiar cuando los bienes de los menores estén en peligro y vigilar el registro de tutelas.

En el área de asistencia social la Procuraduría cuenta con las Coordinaciones Técnicas de Integración Familiar y la de readaptación social; las de integración familiar cuentan con las secciones de integración social, coordinación de internados y del DIF-PREMAN, que es el Programa de Prevención del Maltrato a Menores; la de readaptación social cuenta con las secciones de prevención y orientación psicológica, libertad vigilada y bolsa de trabajo, y cuenta con un programa consistente en coadyuvar en la protección de los menores en estado de abandono, desamparo o que sufren problemas de salud y de conducta, mediante la orientación a la familia.

La oficina de integración familiar, ofrece sus servicios de protección y auxilia a los menores maltratados, huérfanos y abandonados; en la sección DIF-PREMAN se atiende a los menores

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

de edad que son víctimas de maltrato por parte de sus padres o tutores, su programa de prevención al maltrato del menor tiene como objeto general coadyuvar a la detección, protección, investigación, y prevención de la problemática del menor sujeto a los malos tratos, a través de asistencia jurídica, médica y social.

En el mes de mayo de 1983, quedó instalado el consejo consultivo para el manejo de las acciones en beneficio del menor maltratado junto con la colaboración de dependencias de la administración pública, organismos de los sectores social y privado.

También a través del Instituto Nacional de Salud Mental, se realiza la investigación científica de las causas, el tratamiento y la prevención de las alteraciones de la salud mental en los niños y jóvenes, incluyendo la atención a mayores, cuando son agresores de sus propios hijos.

Como señalamos en PREMAN se reciben denuncias de maltrato sea por vía directa (asistir personalmente a sus instalaciones), por vía telefónica, escrita o institucional (cuando es remitido el caso por alguna institución, sea ésta una escuela, hospital, casa hogar); una vez recibida la denuncia se le da el caso a una trabajadora social la cual realiza una visita al domicilio del menor para realizar un estudio socio-económico y diagnosticar la situación de la familia, si se comprueba el maltrato se registra

el expediente y dependiendo del tipo de maltrato se canaliza el caso por la misma trabajadora social; esta institución maneja cuatro tipos de maltrato:

a) Maltrato emocional.- que es el daño en la vida afectiva, emocional o intelectual y pueden ser humillaciones, burlas, ataques verbales, falta de cariño y apoyo.

b) Negligencia y abandono.- es la insatisfacción, desatención, descuidos por los padres de las necesidades físicas, materiales o emocionales.

c) Maltrato físico.- Es el daño que se ocasiona de manera directa al menor y que afecta su integridad física, daños corporales o lesiones que dejan huella en el menor.

d) Abuso sexual.- Ejecutar un acto sexual en una persona menor de 12 años o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo.

Si se trata de maltrato emocional o de negligencia y abandono en la misma institución se le da ayuda médica y psicológica tanto al menor como al agresor y una vez que considera la trabajadora social que la persona está apta para seguir sin ninguna vigilancia se cierra el caso.

En el caso de maltrato físico y abuso sexual se da vista

al ministerio público para que investigue sobre el delito según se trate y si se condena al agresor por el delito cometido el caso se pasa a otra trabajadora social que está en contacto con el ministerio público, una vez condenado el agresor se sigue el caso y una vez que cumple con su sentencia generalmente regresa a su hogar y si la trabajadora social que lleva el caso estima que es apto para seguir con el menor se cierra el caso, aunque en muchas ocasiones para este tiempo la trabajadora social ya no lleva el caso.

Como podemos ver en todos los casos sólo se basa en consideraciones de las personas que manejan estos casos para cerrarlos, y según la propia Coordinadora Técnica del Programa de Prevención al Menor Maltratado, en diversas ocasiones se da la reincidencia de menores que son golpeados por sus padres una y otra vez, pero si se considera que la persona está apta se cierra el caso, desgraciadamente estos casos pueden terminar en la muerte del menor o con lesiones irreversibles.

A mi consideración esto sucede porque no se pierde la patria potestad y no se separa al menor del medio nocivo en los casos graves, y como nos podemos dar cuenta tampoco se tiene una coordinación directa con el juez de lo familiar sobre estos casos para que éste pudiera actuar conforme a derecho y los padres que fuesen culpables de maltrato recibieran la sanción correspondiente que es la pérdida de la patria potestad.

C)ELEMENTOS REALES Y SOCIALES DE LA NO PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Estos elementos son las causas reales que impiden que se pierda la patria potestad a pesar de establecerse así jurídicamente, es decir son aquellos motivos por los cuales la sociedad en general impide que se cumpla con el artículo 444 del Código Civil, ya que algunas causas son por parte de los padres de familia o quienes ejercen la patria potestad, y otras por las autoridades que deben vigilar que se cumpla con este precepto; entre las cuales encontramos:

a) Uno de los principales elementos sociales es la educación que tiene el pueblo mexicano, ya que la mayoría de los padres creen que es un derecho golpear e insultar a los hijos con la excusa de educarlos, por lo tanto aunque en muchos casos el maltrato se da por uno de los padres, el otro padre pasivo no solicita al juez que el culpable pierda la patria potestad y sobre todo en el caso de que el padre sea el que golpee a los hijos porque la madre difícilmente lo denuncia porque está convencida de que el padre sabe como educar a los menores e incluso en ocasiones la madre también es objeto de maltrato.

Si bien es cierto que los que ejercen la patria potestad tienen el derecho de corregir a los menores, este derecho tiene un límite que la propia Ley establece, en el artículo 444 del Código Civil se menciona que se pierde la patria potestad por los malos tratamientos cuando se compromete la seguridad, moral

o salud de los hijos, entoces podemos decir que el límite al derecho de corrección es el comprometer la salud, moral o seguridad de los menores.

b) Otro elemento que impide la pérdida de la patria potestad es la cuestión económica, cuando es el padre el que golpea a los hijos y es el único que sostiene el hogar, la madre cree que ella no está en posibilidades de sostener el hogar y piensan que el padre al perder la patria potestad pierde también todos los deberes pero como señalamos al final del primer capítulo las personas que pierden la patria potestad conservan sus obligaciones.

c) En el aspecto jurídico a pesar de que en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su capítulo relativo a las controversias del orden familiar en su artículo 941 establece la posibilidad de que el juez de lo familiar pueda actuar de oficio por tratarse de menores, y también decretar las medidas necesarias para proteger a los menores, en realidad esto muy pocas veces se lleva a cabo en los casos de maltrato porque éstos no llegan a manos de los jueces familiares sino que una vez que se dictamina por el psiquiatra o psicólogo que la persona es capaz de continuar a cargo de los menores, éstos son devueltos a sus familias, y siguen viviendo con sus propios agresores, a pesar que la Ley establece que se debe perder la patria potestad y que se comprueban claramente los malos tratos.

D) DIFERENCIAS ENTRE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA CUSTODIA.

La patria potestad se conforma de un conjunto de derechos y obligaciones para ambas partes, que van de acuerdo al desarrollo del menor, dentro de estos deberes-derechos se encuentra la custodia, que significa tener a los hijos bajo la compañía de los padres para su vigilancia y cuidado por lo que debe estar vinculado con la posesión material de los menores para poder satisfacer sus necesidades "la custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre, guardian de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con él, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. El hijo menor no emancipado no tiene derecho para abandonar el domicilio paterno."⁴³

La custodia significa cuidar y vigilar a los menores, dentro de ésta están comprendidos otros deberes y derechos correlativos como son la convivencia, protección a la persona, vigilancia de sus actos y educación:

a) Convivencia.- ésta comprende darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo, tiene por objeto lograr la estabilidad personal y emocional del menor, y como deber correlativo del menor, éste está obligado a esta convivencia,

⁴³. Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Op.Cit. Pág. 251.

a respetar en su intimidad y persona a los miembros de la familia para lograr dicha convivencia, en la medida de su edad y madurez.

b) Vigilancia de sus actos.- este deber es para la formación de los hijos, se les vigila en la familia y fuera de ella para evitar cualquier daño, a este deber de los padres corresponde la obediencia y respeto de los hijos.

c) Protección a la persona.- esta protección debe ser ante cualquier amenaza sea en el aspecto físico o moral, a este deber de los padres corresponde el deber de los hijos de aceptar y respetar la protección que le brindan los padres.

d) Educación.- consiste en la formación integral de los hijos para lo cual los padres tienen la facultad de corregirlos y amonestarlos y los hijos aceptar la educación que los padres les instruyan pero recordando que todo se debe dar en beneficio del menor.44.

Los padres que pierden la patria potestad pueden también perder la custodia por una resolución judicial que lo determine, la custodia de los hijos, o sea la obligación de convivir con ellos se pierde cuando esa separación es necesaria para el interés del niño, por ejemplo cuando el niño es objeto de maltrato o descuido de los padres, o cuando sólo uno de ellos cuida al menor,

44. Cfr. Chávez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Op. Cit. Pág. 303-306.

ya sea por estar separados por divorcio o por ser hijo natural y vivir sólo con uno de sus padres.

Una vez que los padres hayan perdido la custodia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que ésta se puede recuperar:

"Para recuperar la guarda y custodia de un menor hijo, que es una de las prerrogativas que tiene el padre que ejerce la patria potestad, que requiere de los siguientes elementos: a) la calidad con la que se demanda, como ser el padre o en su caso, la madre, y por lo tanto, en el ejercicio de la patria potestad del menor; b) la violación de ese derecho deducido, o sea, la privación de la guarda y custodia del menor, y; c) el hecho de que se haya traducido en la desposesión del menor hijo, frente a otra u otras personas con menor derecho para ello."⁴⁵

No existe una acción específica para la recuperación de la custodia, sin embargo se puede lograr que el juez de lo familiar auxilie para su recuperación, tomando en cuenta el por qué el menor no se encuentra en su hogar, por ejemplo cuando los menores escapan de sus casas por ser golpeados por sus padres.

En cuanto a la pérdida de la patria potestad recordemos que es la máxima sanción que existe para los que la ejercen, tal y como hemos señalado en el primer capítulo; el Código Civil nos marca las causas de la pérdida de esta figura jurídica establecidas

45. Amparo directo. 6320/75 Miguel Orea Gómez. 4 de marzo de 1977. 5 votos: Ponente Raúl Lozano, 3a. Sala, Séptima Época, Volúmen Semestral 97-102, Cuarta parte, pág. 115. Ediciones Mayo. actualización V. pág.325.

por condena expresa o por condena de delitos graves; en caso de divorcio según lo establezca la sentencia de divorcio; por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes que comprometan la salud, seguridad o moralidad de los hijos; y por la exposición que hagan los padres de los hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Como se observa estas causas pueden ser preventivas o por causar daño directo al menor, aún cuando se pierda la patria potestad se conservan las obligaciones con carga a los padres, en especial la de alimentos pero se pierden los derechos como el poder heredar o recibir el usufructo de los bienes del menor, y se debe restituir el patrimonio del menor que se haya estado administrando.

Como podemos notar la custodia es uno de los deberes que integran la patria potestad por lo que esta última es el genero y la custodia es un accesorio, la persona que pierde la patria potestad pierde inherentemente la custodia, sin embargo el que pierde la custodia no pierde la patria potestad, sino sólo pierde el derecho de vigilar y convivir con sus hijos, pudiendo recuperarla en cualquier momento acudiendo ante el juez de lo familiar.

En lo que se refiere a nuestro tema, a pesar de que el Código Civil marca como sanción a los malos tratos la pérdida de la patria potestad, en realidad lo único que se pierde es la custodia

temporal de los hijos, recuperándose inmediatamente ya que ni siquiera se expide una resolución judicial que establezca la pérdida de la custodia, sino que el niño sólo es separado de sus padres en el transcurso de que es atendido e investigado pero generalmente es devuelto a sus padres o puede suceder que sea separado de ellos mientras el padre culpable cumpla con la condena que se les impone, ya sea por los malos tratos inferidos al menor o por cualquier otro delito.

La pérdida de la custodia debía ser una consecuencia de la pérdida de la patria potestad sin embargo en nuestro país únicamente se pierde la custodia temporal de los menores, a pesar de lo que establece el Código Civil y la Declaración Internacional de los Derechos de los Niños y en nuestra Constitución en su artículo 4o. se establece que la Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de instituciones públicas, esta protección corresponde originalmente a los padres, sin embargo cuando éstos fallan corresponde al Estado proteger a los menores aún en contra de sus propios padres.

E) LA NO OBSERVANCIA DEL ARTICULO 444 FRACCION III Y LA CONVENIENCIA DE SU APLICACION.

En nuestro país, desgraciadamente no se cumple con lo que estipula el artículo mencionado, ya que los padres no pierden la patria potestad aunque se compruebe el maltrato y muchas veces aún cuando son consignados y sentenciados por lesiones que les

produzcan a los menores, ya que no existe una coordinación directa entre los organismos encargados de vigilar el trato hacia los niños, los que se encargan de los casos de maltrato y los jueces de lo familiar que son los encargados de establecer la pérdida de esta figura jurídica y a pesar de que ya señalamos que el artículo 941 de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que el juez puede actuar de oficio tratándose de menores, esto no se cumple ya que a él llegan sólo la minoría de los casos de maltrato, en general sucede que sólo se llega a perder la patria potestad en caso de divorcio y desgraciadamente en muchas ocasiones es más por venganza en contra del cónyuge culpable que por protección a los menores.

Estoy convencida de que en los casos de maltrato es conveniente para los menores que se pierda la patria potestad por las siguientes causas:

a) Para la protección de los menores debido a que los padres que golpean a sus hijos en muchas ocasiones aún cuando reciben la ayuda necesaria, sea ésta psicológica o médica, vuelven a agredir a los menores y los casos de reincidencia de maltrato se dan muy a menudo, en nuestro país miles de niños ingresan una y otra vez al hospital con lesiones que cada vez son más graves, al no cumplir con esta disposición legal se está violando la protección que se establece para los menores.

b) Para protección de toda la sociedad ya que como señalamos en el capítulo segundo las consecuencias de los maltratos a menores

en el aspecto social son prostitución, menores infractores, drogadicción, niños en y de la calle; los cuales son problemas que atañen a toda la sociedad ya que si los niños fueran separados de sus padres mediante la pérdida de la patria potestad y fuera colocado en otras familias que lo apoyen o en un lugar donde recibiera protección y se le ofreciera la oportunidad de aprender un oficio o tal vez una profesión terminarían siendo hombres productivos para ellos mismos y en general para toda la sociedad y no niños que huyen de sus casas o se convierten en menores infractores, en respuesta a la agresividad que reciben por parte de sus padres y que posteriormente tienen una gran posibilidad de convertirse en padres golpeadores.

c) Jurídicamente se debe perder la patria potestad cuando se presentan malos tratos a los menores, ya que no sólo el Código Civil, la Ley de asistencia y prevención de la violencia intrafamiliar, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de julio de 1996, que también establece que se decon lo establecido por la Legislación Civil en cuanto a las controversias de orden familiares, tomando como violencia intrafamiliar aquel acto de poder u omisión recurrente, intencional y cíclico dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia, dentro de lo cual se encuadran los malos tratos a los menores; la Constitución Federal lo estipulan, sino también a nivel internacional, para lo cual señalamos los principales artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue adoptada

y abierta para firma en la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989; en vigor general el 2 de septiembre de 1990; aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 19 de junio de 1990, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio de 1990; ratificada por el Ejecutivo Federal el 21 de septiembre de 1990; publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, en vigor para México el 21 de octubre de 1990, la cual establece:

Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Artículo 6.1. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño.

Artículo 9.1. Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de

conformidad con la Ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Artículo 19. Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

En el artículo 9 de la Convención se establece claramente una concordancia con el tema que nos ocupa, y en el artículo 19 se amplía aún más las conductas de los padres ya que nos habla al igual que el Programa de Prevención del Menor Maltratado de descuido, trato negligente y abuso sexual.

Igual de importante es el cuidado emocional de la infancia tanto como medida para asegurar un adecuado desarrollo, como para prevenir la repercusión de problemas emocionales en la edad adulta, enriquecer desde la infancia las acciones formativas de los niños en la perspectiva de configurar mejores ciudadanos para el mañana, la integridad emocional no se traduce en abrazos, besos y simpatías sino en un ambiente que favorezca y estimule el desarrollo físico, psicológico y social.

Cabe señalar que la Convención de los Derechos del Niño, al haber sido ratificada por México forma parte de nuestro derecho interno, por lo que se puede asegurar que se cuenta con los elementos jurídicos necesarios para hacer valer los derechos de protección que los menores merecen en cuanto a su integridad física y emocional.

Cualquier omisión o contradicción entre la legislación ordinaria del país y la citada Convención, debe resolverse en favor del ordenamiento internacional en atención a lo dispuesto por el artículo 133 Constitucional, que establece la supremacía de los tratados internacionales al señalar:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Como podemos observar jurídicamente se tienen todas las bases para que se aplique el artículo 444 fracción III del Código Civil además de que para los menores es mejor que se les separe de aquellas personas que los agreden y más aún porque éstas no pierden las obligaciones que impone la patria potestad por lo que aún con su pérdida, los menores tienen derecho a recibir alimentos y manutención, pero los menores no están obligados a convivir ni obedecer a aquellas personas que los dañan pudiendo tener

una vida más sana.

Debe ser una preocupación suprema de toda sociedad el cuidar y proteger a los menores ya que en contra de lo que suele suponerse, la infancia es la etapa más difícil de la vida, por que en ese período, el ser humano no puede valerse por sí mismo y, si no recibe suficiente amor y atención, pueden ocurrirle cosas muy graves, como que siempre sea infeliz, que muera antes de llegar a la mayoría de edad en manos de sus propios padres, que padezca enfermedades mentales causadas por el maltrato, que la desnutrición impida su sano desarrollo, que se convierta en un delincuente, que adquiera adicción al tabaco, al alcohol o las drogas.

Uno de los propósitos de la humanidad siempre ha sido el lograr la justicia para todos, al no aplicar el precepto en estudio no se les da justicia a los menores porque éstos siguen conviviendo con sus propios agresores por ejemplo, a ninguna mujer que es objeto de abuso sexual se le obliga a vivir con su agresor, pero a un menor que es ultrajado por alguno de sus padres o abuelos, sí se le condena tácitamente a seguir viviendo con él porque el agresor en muy pocos casos llega a perder la patria potestad; incluso en algunos casos que pudiera haberse prevenido, se termina con la vida de los menores que son golpeados por sus padres o abuelos y que ya se tenía conocimiento del maltrato anteriormente, pero por la decisión de un psicólogo o una trabajadora social sólo se convirtió en un caso cerrado.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La patria potestad ha sufrido un desarrollo paulatino a través del tiempo, desde haber sido un poder a favor del padre sobre sus hijos, incluso hasta el poder de vida y muerte o el verderlos, hasta convertirse en el derecho de protección de los menores, sean éstos nacidos de matrimonio, extramatrimoniales o adoptivos.

SEGUNDA.- La patria potestad es la función otorgada a los padres y regulada por el Estado, compuesta por un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes pero siempre en favor del menor, y bajo la cual se encuentran los menores de edad no emancipados, siendo ésta obligatoria, irrenunciable, personal, temporal, intransferible, imprescriptible, de orden público y de tracto sucesivo.

TERCERA.- Las fuentes para adquirir la patria potestad son el matrimonio, la legitimación de los hijos naturales y la adopción, se termina por la muerte de quien la ejerce, por la emancipación que surge del matrimonio, por la mayoría de edad del menor y por la muerte del menor.

CUARTA.- En el artículo 444 se establecen las causas por las que se pierde la patria potestad, en su fracción III se estipula como causa los malos tratamientos, pero según ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se deben

presentar claramente las causas para que se produzca la pérdida, la cual es la máxima sanción para los que ejercen la patria potestad, ya que pierden la custodia, el derecho a el usufructo y administración de los bienes del menor; aunque la Ley no establece si en este caso se puede recuperar la patria potestad debido a las causas que producen esta sanción es recomendable que no se vuelva a recuperar para protección de los menores.

QUINTA.- A lo largo de la existencia de la humanidad los menores han sido maltratados por los adultos de muy diversas y crueles formas, se considera como maltrato toda agresión física o emocional que va en contra del menor en forma voluntaria y directa, pudiendo presentarse desde lesiones leves, hasta abuso sexual, lesiones graves que le dejen huella o incluso la muerte; y en el aspecto psicológico le ocasiona lesiones emocionales que van a afectar su vida intelectual y emocional para siempre.

SEXTA.- Las principales consecuencias del maltrato se clasifican en físicas (daños en su integridad física); psicológicas que son los daños que se producen en el aspecto valorativo, afectivo y emocional; y en el ámbito social la prostitución, los menores infractores, los niños de y en la calle, la farmacodependencia, y puede originar el suicidio de menores, todas estas consecuencias son de suma importancia no sólo para los menores, y sus familias sino para toda la sociedad porque son problemas sociales que cada vez se dan en mayor proporción.

SEPTIMA.- A nivel internacional se cuenta con diversos instrumentos que establecen la protección del menor, ya que éstos son las personas más indefensas, dichos instrumentos han sido ratificados por México por lo que se convierten en obligatorios para toda la Nación a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

OCTAVA.- Dentro de nuestro país existen diversos organismos encargados de vigilar la protección a los menores dentro de los cuales se encuentran el ministerio público, el juez de lo familiar, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y en particular el Programa de Prevención al Menor Maltratado; que cuentan con programas para tratar los casos de maltrato y dar apoyo médico y psicológico tanto a los padres como a los menores.

NOVENA.- Una de las causas que existen para que no se pierda la patria potestad es que no existe una coordinación entre los organismos y principalmente entre PREMAN y el juez de lo familiar además de que en nuestro país la mayoría de los padres de familia creen tener derecho a corregir a sus hijos aunque ese derecho de corrección llega a violar los derechos de los menores y se convierte en maltrato.

DECIMA.- En los casos de maltrato que se separa a los menores de sus ascendentes sólo se les quita la custodia temporal del menor ya que son separados temporalmente y en muchos casos ni

siquiera con una resolución judicial sobre la pérdida de la custodia sino que se les separa mientras se lleva a cabo el tratamiento del caso en particular.

DECIMA PRIMERA.- Al no aplicar el artículo 444 fracción III del Código Civil por lo que se refiere a los malos tratamientos, además de no cumplirse con lo que la Ley establece se deja en desprotección a los menores que pueden ser una y otra vez agredidos por sus padres o abuelos sin que pierdan la patria potestad, lo cual es contra todas las consideraciones y derechos que se han obtenido a lo largo del tiempo a favor de los menores; que en muchas ocasiones ingresan a hospitales cada vez con lesiones más graves hasta que desaparecen o cuando se trata de lesiones emocionales hasta convertirlos en adultos enfermos y que se sienten incomprendidos, agredidos y posteriormente se convertirán en adultos agresores.

DECIMA SEGUNDA.- Para que se cumpla debidamente con el artículo citado, es necesario que exista una coordinación directa entre el Programa de Prevención al Menor Maltratado y los jueces de lo familiar, para que el Programa diera aviso a los jueces sobre los casos en los que se compruebe el maltrato a fin de que éstos decidan sobre la pérdida de la patria potestad y se traslade a los niños con otros familiares o en su caso que se les coloque en instituciones, donde si bien es cierto que no se desarrollarán dentro de una familia, se les enseñará un oficio o profesión para que sean hombres provechosos para la sociedad.

BIBLIOGRAFIA.

1. Albucin, Rafael. El Niño Maltratado. México, D.F. Editorial Fonatan. 1990.

2. Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Baez. Derecho de Familia y Sucesiones. México, D.F. Editorial Harla. 1990.

3. Chávez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Segunda Edición. México, D.F. Editorial Porrúa, S.A. 1993.

4. De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Décima Edición. México, D.F. Editorial Porrúa S.A. 1980.

5. Fernández Pérez, Ramón. Elementos Básicos de Medicina Forense. Cuarta Edición. Editorial Ramón Fernández. México. D.F. 1980.

6. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Tercera Edición. México, D.F. Editorial Porrúa, S.A. 1979.

7. Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. Cuarta Edición. México, D.F. Editorial Porrúa, S.A. 1993.
8. Moto Salazar, Efrain. Elementos de Derecho. Tercera Edición. México, D.F. Editorial Porrúa, S.A. 1992.
9. Muñoz, Luis. Comentarios al Código Civil. Segunda Edición. México, D.F. Editorial Cardenas Editor y Distribuidor. 1983.
10. Muñoz, Luis. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. México, D.F. Editorial Modelo. 1971.
11. Mussen Paul, Henry. Aspectos Esenciales del Desarrollo de la Personalidad del Niño. México, D.F. Editorial Trillas. 1984.
12. Odorigo, María. Sinopsis de Derecho Romano. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1958.
13. Osorio y Nieto, Cesar. El Niño Maltratado. México, D.F. Editorial Trillas. 1983.

14. Planiol, Marcel. Tratado de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Traducido de la Décimo Segunda Edición Francesa por José Cajica. México, D.F. Editorial Cajica. 1946.

15. 'Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. México, D.F. Editorial Porrúa, S.A. 1983.

16. Zannoni, Eduardo. Derecho de Familia. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1978.

LEGISLACION

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2. Código Civil para el Distrito Federal.

3. Código Penal para el Distrito Federal.

4. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

5. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

OTRAS FUENTES

1. Comisión Nacional De Derechos Humanos. Los Derechos del Niño. México, D.F. Editorial Comisión Nacional De Derechos Humanos. 1995.
2. De Pina, Rafael. Diccionario del Derecho. Decimo Séptima Edición. México, D.F. Editorial Porrúa, S.A. 1991.
3. Derechos de la Niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. México, D.F. 1990.
4. Diccionario de Sociología. México, D.F. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1974.
5. Diccionario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. México, D.F. Editorial Porrúa, S.A. 1996.
6. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomos XXI, IX y XI, Buenos Aires, Argentina. Editorial Omeba. 1978.

7. Programa Nacional de Acción México y la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia. Segunda Edición. México, D.F. Quatrata Servicios Editores. 1992.