

297
29



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

CAMPUS ARAGON

EL ABANDONO DE LOS DEBERES DE LOS ASCENDIENTES COMO CAUSAL DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
OCTAVIO MEZA RODRIGUEZ

ASESOR: LIC. OSCAR BARRAGAN ALBARRAN



SAN JUAN DE ARAGON, EDO. MEX.

TESIS CON

258595

1000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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 permitirme culminar el presente trabajo, gracias señor.

A MI MADRE: Por haberme dado la vida, porque gracias al gran cariño y confianza depositada en mi, he llegado a realizar uno de mis grandes anhelos. **Con todo mi cariño y respeto.**

A LA MEMORIA DE MI PADRE: Porque su recuerdo, siempre me ha dado fuerzas para llegar a este momento, el cual gustoso comparto contigo.

A MI ESPOSA: Por haberme brindado su amor y cariño sinceros, porque gracias a su apoyo y comprensión he llegado a la culminación de mis estudios. **CON TODO MI AMOR, GRACIAS.**

A MIS HIJOS DANIEL Y SANDRA: Porque significan un motivo más de mi existencia y para quienes quiero que el presente trabajo en un futuro sea un ejemplo de superación. **LOS QUIERO MUCHO.**

A MI HERMANA ESPERANZA: Que en todo momento me ha brindado su apoyo y cariño incondicional, de quien he tenido palabras de aliento para seguir adelante, y sobre todo por sembrar la semilla de mis estudios. **Con mucho cariño, admiración y respeto.**

A JORGE ANTONIO: Por ser mi amigo e infundirme incondicionalmente con sus consejos y apoyo el amor al trabajo guiandome por el buen camino. **MUCHAS GRACIAS.**

A MIS HERMANOS: DAMIAN, FLORENCIA, ANGELICA, ROSALINO, MANUEL, FERNANDO, AURELIA Y RAMIRO. Gracias por su payo y cariño que siempre me han brindado, el cual se refleja en la terminación del presente trabajo, esperando darles una satisfacción.

A TODOS MIS SOBRINOS: Con todo mi corazón y cariño, en espera que el presente trabajo sea un motivo de superación.

A LA U.N.A.M Y E.N.E.P. ARAGON: Por haberme dado la oportunidad de realizar mis estudios dentro de sus aulas, de quien me siento orgulloso.

AL LIC. OSCAR BARRAGAN

ALBARRAN: Con profundo respeto, agradecimiento y admiración, por su valiosa dirección y conocimientos, sin los cuales no hubiese sido posible la elaboración del presente trabajo

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS:
ROGELIO, SEBASTIAN, DANIEL,
JOSEFINA, ARMANDO, SANDRA,
LEANDRO, GUADALUPE, FERNANDA,
EDUARDO, GUILLERMO, PATRICIA,
ESTEBAN, ADRIANA, JAVIER, LILIA,
SAUL, REYNALDO, FLOR, JOSE,
VIRGINIA, NORMA, SILVIA, JOEL Y
OSCAR. Con los que he compartido grandes momentos de estudiante y de mi vida.
MUCHAS GRACIAS POR SU
AMISTAD.

AL HONORABLE JURADO:

LICENCIADOS:

**OSCAR BARRAGAN ALBARRAN,
JESUS E. LANDEROS CAMARENA,
DAVID ROMERO HERNANDEZ,
ALEJANDRO PEREZ NUÑEZ Y
JULIETA G. PEÑA MENDEZ.**

A LOS LICENCIADOS:

**FAUSTO E. VALLADO MIGUEL Y
ALBERTO DAVILA REBOLLAR**

Por el apoyo y confianza depositada en mi.

A todas aquellas personas que de una u otra forma me apoyaron y cooperaron para que fuera posible la terminación del presente trabajo

INDICE.

INTRODUCCION.

Págs.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

1.1 DERECHO ROMANO.	9
1.2 DERECHO ESPAÑOL.	16
1.3 DERECHO FRANCÉS.	20
1.4 DERECHO ARGENTINO	22
1.5 LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO.	24
1.5.1 LA LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.	
1.5.2 CODIGO CIVIL DE 1928	27

CAPITULO 2.

ASPECTOS GENERALES DE LA PATRIA POTESTAD.

2.1 CONCEPTO	30
2.2 CARACTERISTICAS	33
2.2.1 IRRENUNCIABLE.	35
2.2.2 IMPRESCRIPTIBLE.	37
2.2.3 TRANSMISIBLE	39

2.3.	LA FILIACION COMO FUNDAMENTO DE LA PATRIA POTESTAD.	42
2.4.	LOS SUJETOS QUE INTEGRAN LA PATRIA POTESTAD.	45
2.4.1.	SUJETO ACTIVO	46
2.4.2.	SUJETO PASIVO	53
2.5.	MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.	56
2.5.1.	SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.	58
2.6.	FORMAS EN QUE SE PIERDE LA PATRIA POTESTAD.	61
2.7.	EXCUSAS PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.	66

CAPITULO 3.

LA PATRIA POTESTAD EN LA SOCIEDAD MEXICANA. 69

3.1.	DERECHOS Y DEBERES DE QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.	71
3.1.1.	GUARDA.	
3.1.2.	EDUCACION	74
3.1.3.	CORRECCION	76
3.1.4.	REPRESENTACION Y ADMINISTRACION.	79
3.1.5.	ALIMENTOS	85
3.2.	DEBERES DE QUIENES ESTAN SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD.	93



CAPITULO 4.

EL ABANDONO DE LOS DEBERES DEL SUJETO ACTIVO COMO CAUSA DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

4.1 LA FRACCION III DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL	95
4.2 DISPOSICIONES DE LA JURISPRUDENCIA.	102
4.3 DERECHO POSITIVO COMPARADO.	114
4.3.1 ARGENTINA	
4.3.2 CHILE	116
4.3.3 BOLIVIA	119
4.3.4. ESPAÑA	122

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION.

Es sin duda la patria potestad una de las figuras jurídicas más importantes en el Derecho de Familia, ya que debido al interés público que reviste, su debida regulación en la Ley es incluídible para que los que estén sujetos a ella y quiénes la detentan, cumplan con sus deberes y obligaciones inherentes.

Desafortunadamente hay casos en que las personas que la detentan no cumplen con los deberes y obligaciones que les han sido conferidas ya que con su incumplimiento irresponsablemente ocasionan severos e irreparables daños sobre quienes la ejercen

Por lo anterior, creo necesario que los padres que abandonan a sus hijos sujetos a la Patria Potestad así como sus deberes, deben perderla, comprometan o no la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos; opinión que sustento puesto que no se trata nada más de que les den económicamente lo necesario para subsistir sino que también les brinden compañía, amistad, apoyo y orientación, factores que son importantes para su desarrollo físico y psicológico, mismos que servirán para su debida integración a la sociedad.

Así el trabajo que a continuación presentamos tiene como propósito proponer la reforma a la fracción III del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Ya que con la redacción vigente se esta ante la injusticia de mantener la Patria Potestad a favor de un ascendiente que abandona a sus descendientes de manera totalmente irresponsable, abusando de los sentimientos que su pareja tiene hacia sus hijos, los que motivan el que este supla, el cumplimiento de deberes que dejó de realizar el que los abandonó; no

comprometándose por tanto la salud, la seguridad ni la moralidad de los hijos; pues el verbo poder, al utilizarse en pasado subjuntivo, expresándose "pudiera" implica un estado de posibilidades o probabilidades lo que lleva necesariamente a la necesidad de acreditar, que los menores, estuvieron efectivamente expuestos al quebranto en la salud la seguridad o la moralidad; y si existió la ayuda de alguien, en el suministro de alimentos, escuela, atención médica en favor de los menores, dicho quebranto no se da.

Por tanto el presente estudio lo hemos dividido en cuatro capítulos.

En el primero, se estudia a grandes rasgos los antecedentes de la patria potestad.

El segundo capítulo, trata sobre el estudio general de ésta figura jurídica, su concepto, características, los sujetos que la integran, modos de acabarse y suspenderse, las formas en que se pierde así como las excusas para su ejercicio.

Por otra parte en el tercer capítulo, tratamos los temas sobre los derechos y deberes de quienes ejercen la patria potestad, así como deberes de quienes están sujetos a ella

El cuarto y último capítulo esta destinado a la realización de un analisis de la fracción III del artículo 444 del Código Civil; lo que dispone la jurisprudencia, concluyendo con el análisis de dicha fracción, la necesidad de reformar la misma, ya que con la redacción vigente se mantiene injustamente la patria potestad a favor de un ascendiente que abandona a sus hijos, abusando de los sentimientos

que su pareja tiene hacia sus hijos, los que motivan que ésta supla el cumplimiento de los deberes que dejó realizar el que los abandono, no acreditándose por tanto los supuestos que establece la fracción en comento, y por último un análisis comparativo con las legislaciones de los países de Argentina, Chile, Bolivia y España

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD

1.1. DERECHO ROMANO.

El estudio del Derecho Romano es muy importante, porque este es un antecedente ineludible de nuestro derecho mexicano y de muchas otras legislaciones del mundo, exceptuando las regiones de derecho musulmán e hindú y del derecho clásico chino, por lo anterior y como lo manifiesta el jurista Guillermo Floris Margadant. "El mundo esta repartido en dos grandes familias de sistemas jurídicos que son la anglosajona por un lado y la romanista por el otro, México pertenece a la segunda".¹

Los romanos dieron originalmente a la palabra familia un significado patrimonial como sinónimo de casa, aludiendo con esto al conjunto de bienes que constituyen el fundamento de la economía domestica. Existía el "Pater Familias", de ahí el papel secundario, por esa misma razón la familia se desarrollaba exclusivamente por la via de los varones, la mujer al casarse salía de su familia civil para pasar a formar parte de la familia del marido

Como se puede ver, el pater familias tenía un poder absoluto sobre su domus y respondía por todos los actos cometidos por los que estuvieran sujetos a su patria potestad, de tal manera que cuando se cometían delitos por aquellos que se

¹ FLORIS MARGADANT GUILLERMO - "Derecho Romano" - 10ª Edición, Edit. Esfinge, México 1981 Pág. 12.

encontraban bajo la autoridad de un pater familias, éstos debían de indemnizar a la víctima o a su familia .

Cabe señalar algo importante, que el pater familias era un varón "Sui iuris", es decir un romano libre, no importando cual sea su edad, lo que significa que podía ser titular de un patrimonio y que tenía o podía tener a otros bajo su patria potestad.

"Por lo que respecta a la mujer el término "Mater Familias", existió, pero solo como un título honorífico en la intimidad del hogar y no como un término jurídico. Si una romana Sui Iuris dirigía su propia domus por ser soltera o viuda no podía tener la patria potestad sobre los hijos, necesitaba de un tutor para tomar decisiones importantes" ²

Los romanos entendían el parentesco en dos sentidos: El Parentesco Civil y el Parentesco Natural; por lo que la "Agnatio" era el parentesco civil y la "Cognatio" el parentesco natural. Por lo que en consecuencia los individuos que convivían bajo la misma patria potestad o por lo menos convivían en caso de perder su ascendiente común se les llamo "Agnados".

"El parentesco de sangre no bastaba para que existiera la agnación y por lo tanto, la madre no era parente, agnaticia de sus hijos a título de maternidad lo era únicamente si el matrimonio la sujetaba a la manus, esto es a la patria

potestad de su marido y que la comunidad del poder paterno la unía jurídicamente a sus propios hijos asignándole entre ellos lugar civil de hermana" ³

En resumen son parientes agnados los descendientes por vía de varones de un jefe de familia común colocados bajo su autoridad.

"Lo opuesto a la familia agnática lo era la familia "Cognática" que representaba el linaje y no la casa. Recibía el nombre de cognación el parentesco en la comunidad de sangre. Representante genuina del principio cognático lo era la madre, como el padre lo era de la agnación" ⁴

Por lo que respecta al matrimonio (Llamado por los romanos "Iustae Nuptiae") implican poderes maritales absolutos sobre la persona de la mujer, lo que era llamado como "Manus Mariti", en virtud de la cual la mujer pasaba a formar parte de la casa del marido a cuyo imperio quedaba sometida.

Las Iustae Nuptiae, podían celebrarse bajo la formalidad de "Cum Manum" o "Sine Manu", en las primeras la mujer quedaba bajo la patria potestad del marido, obteniendo el lugar como si fuera hija y en las segundas la mujer no salía de su familia natural, por lo que no se hacía agnada de la familia de su marido, el cual no adquiría sobre ella ninguna potestad.

³ SOHM, RODOLFO - "Instituciones de Derecho Privado" - Traducción de Wenceslao Roces - Antigua Librería Robredo - México - 1951 - Págs. 279 y 280

⁴ Ibidem - Pag. 280

La ley confería al marido la patria potestad sobre los hijos procreados dentro del legítimo matrimonio. En relación a la prueba de la paternidad era presunción jurídica de que los hijos nacidos de matrimonio lo eran del marido (Pater Est Quem Nuptia Demonstrant). Dicha presunción, sin embargo se hallaba sujeta a dos limitaciones, la primera que solo se consideraba procreado dentro de matrimonio al hijo que nacía después de los 180 días de contraído aquel (Séptimo Mense) y la segunda, que naciera antes de los 300 días después de la disolución de matrimonio.

Los hijos nacidos fuera del matrimonio (incluyendo los de concubinato) no entraban en la patria potestad de su progenitor, solo se hallaban unidos en parentesco a la madre sin tener padre, sin embargo podían considerarse hijos de matrimonio mediante la declaración de legitimidad hecha por el Poder Público, quedando sujetos a la patria potestad de su progenitor.

"La patria potestad, crea un poder que duraba hasta la muerte del Pater Familias, la cual tenía los aspectos siguientes:

A) El padre o abuelo tenía un poder disciplinario casi ilimitado sobre el hijo, hasta podía matarlo (Ius Vitae Necisque).

B) Por ser el Pater Familias la única "Persona" verdadera dentro de la familia el hijo no podía ser titular de derechos propios, todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del "Pater Familias".⁵

⁵ FLORIS MARGADANT GUILLERMO.- Ob Cit.- Pág 200

Las ventas de esclavos, en las cuales los hijos eran tratados como objetos de pertenencia patrimonial eran frecuentes debido a la gran atribución de facultades que tenía el Pater Familias sobre sus hijos, abusando de ese poder conferido, a causa de eso fue que en la Ley de las XII Tablas se creó una norma penal en la cual se indicaba que el padre cuando por tres veces vendiera a su hijo como esclavo, en castigo perdía la Patria Potestad que detentaba sobre él.

Siendo este uno de los primeros indicativos para que evolucionara la relación constituida por la Patria Potestad, restándole poder al Pater Familias y a su vez dando más facultades a sus hijos, tal es el caso de que en la época imperial la Patria Potestad presentaba una fisonomía muy distinta al poder absoluto del antiguo Derecho Civil Romano, reduciéndose a una suma de prerrogativas naturales de disciplina y dirección que la ley confiaba al padre.

El carácter rígido que normaba el aspecto económico del patrimonio en la patria potestad, debió haber tenido repercusiones en la vida pública, ya que a partir del reinado de Augusto se admite que los hijos de familia sean propietarios de los bienes adquiridos en consecuencia del servicio militar prestado que formaba para ello un verdadero patrimonio llamado "Peculio Castrense". Constantino en el año 320 organizó el peculio Cuasicastrense en beneficio de los hijos de familia que tenían un puesto en el palacio del emperador, pudiendo guardar para sí sus salarios y regalos.

Constantino, también concedió el llamado "Peculio Advenedicio", formado por los bienes que el hijo heredaba de la madre, sobre estos bienes el pater familias sólo tenía el usufructo y la administración, estando reservada la propiedad

el hijo después de haber pasado muchos cambios, en la época de Agustimano, se declaró como propiedad del hijo los bienes que adquiriera por cualquier modo sin importar la procedencia, reservando al Pater Familias su disfrute y administración.

Como fuentes de la patria potestad en el Derecho Romano, se pueden señalar las siguientes

"A) - Las Iustae Nuptiae. La ley confería al marido la patria potestad sobre los hijos procreados dentro del legítimo matrimonio.

B).- La Legitimación. Este procedimiento servía para establecer la patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio y reconocerlos como hijos de matrimonio

C).- La Adopción. Era un acto solemne y personalísimo que situaba a un ciudadano romano bajo la patria potestad de otro ciudadano, estableciendo entre ellos, las mismas relaciones que hubieran nacido de matrimonio legítimo.

D).- La Adrogatio. Esta permite que un Pater Familias adquiriera la patria potestad sobre otro Pater Familias".⁶

En la adopción no se requería el consentimiento expreso del adoptado bastaba con que no se opusiera al acto y en la adrogatio (arrogación), se le

⁶ Ibidem - Pag. 205

pregunta si quiere que la persona a la que va a arrogar sea para él, y el que es arrogado se le pregunta si deca que así se haga

"La patria potestad se extinguía por las siguientes causas:

- A).- Por la muerte del padre.
- B).- Por la muerte del hijo.
- C).- Por la adopción del hijo por otro Pater Familias.
- D).- Por casarse una hija Cum Manu.
- E).- Por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o también burocratas.
- F).- Por emancipación, figura que evolucionó desde ser un castigo (Expulsión de l. domus), hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya.
- G) - Por disposición judicial, como castigo al padre o, automáticamente, por haber expuesto al hijo" ⁷

1.2. DERECHO ESPAÑOL

El Derecho Romano constituyó, motivación y bases firmes en el surgimiento de las legislaciones europeas, que retomaron aspectos jurídicos de aquél y España no es la excepción

La patria potestad en el Derecho Español era muy rígido porque el padre tenía un enorme poder, dicha rigidez fue evolucionando de ser una patria potestad "Poder" a una patria "Función", con lo que apareció el ejercicio de una autoridad conjunta de facultades y derechos así como obligaciones otorgadas al padre y a la madre.

Para algunos sociólogos como Krissché y Bachofen, el ejercicio de la patria potestad en la antigüedad española, se puede atribuir a la madre, ya que debido a la promiscuidad sexual y a que muchos padres ni siquiera conocían a sus hijos, la madre era la que se esforzaba para mantenerlos y orientarlos, por lo que en consecuencia, dichos investigadores atribuyen la titularidad de la patria potestad en esa época a la madre, constituyéndose por ende un sistema matriarcal.

En el sistema de Derecho Islámico, existe una figura jurídica llamada "Hadanah", que significa tener a alguien bajo la propia protección; dicha figura se conforma de una especie de conjunción de la tutela con la patria potestad y dura todo el tiempo en que los hijos están bajo la vigilancia de ambos padres pero si éstos se divorcian, la madre hará uso exclusivo de la Hadanah teniendo a sus hijos cerca de ella hasta que estos ostenten el "Mumájiz" (Termino que se atribuye al menor que puede discernir lo cual se da

a la edad de siete años), para poder decidir si se queda sujeto a los cuidados de la madre o del padre.

La importancia de mencionar este sistema jurídico en la historia del Derecho Español es por la ingerencia que tuvo en su formación; por lo que al respecto el profesor Ureña manifiesta: "Sin llegar a una conclusión tan rotunda que, sin embargo, no deje de tener bases, y sin olvidar el influjo germánico posible, es forzoso admitir cierta influencia en la regulación de nuestra patria potestad histórica".⁸

La poca influencia del Derecho Islámico en la legislación española, se nota en la finalidad de la patria potestad, que era la protección del menor, además de ser un antecedente que serviría a la postre, para conjuntar la vigilancia del menor entre el padre y la madre. Por lo que podemos suponer que tal ingerencia se debió entre otras cosas, a la situación geográfica de España, que permitió la invasión de gente perteneciente a esa religión.

La exposición de los hijos por los padres originó que se establecieran en ese sentido ciertas reglas, las cuales establecían que se debía dar cierta recompensa para rescatarlos, es decir, entregando el dinero gastado al que recogió y alimentó al hijo o dando a cambio un siervo; tal caso se presentaba si el padre se arrepentía de haber expuesto a su hijo. En caso de no quererlo rescatar y no arrepentirse de haberlo expuesto, el padre perdía sus derechos sobre el infante y se le condenaba al destierro perpetuo.

⁸ BENEYTO PEREZ, JUAN "Instituciones de Derecho Histórico Español".- Vol. I.- Prol. Rafael Altamira. Librería Bosh, Barcelona, España 1932 Pág 142.

En relación a los bienes de posesión de los que pudieran tener los hijos la ostentaba el padre pero sin poderlos enajenar, pero si el hijo o la hija se casaban, el padre les tenía que entregar en caso de que hubiera muerto la madre, las dos terceras partes de la herencia materna y la otra parte a los veinte años aún cuando no se hubiesen casado

En relación a las fuentes de la patria potestad, el maestro Beneyto dice lo siguiente "La patria potestad no se derivaba más que de los vínculos naturales de filiación; por eso, no se habla de ella respecto de los hijos adoptados".⁹

De lo anterior podemos deducir, que la adopción no generaba ni atribuía las obligaciones y derechos que la patria potestad imponía.

La emancipación del hijo se reconocía por el matrimonio, pero la base del reconocimiento era la voluntad paterna, porque en el matrimonio contraído sin la licencia hacía que el hijo en lugar de quedar emancipado, continuaran tanto él como su mujer e hijos bajo la autoridad del padre.

La intervención de la madre, en lo que respecta a la patria potestad, en la historia del derecho español, hubo opiniones encontradas entre los investigadores abocados al caso, sin embargo, el maestro Luis Castro Fernández afirma: "A la vista de la evolución histórica de la patria potestad en nuestro derecho, se llega a la conclusión de la existencia de una patria potestad conjunta presente en el medievo, o por lo menos un cierto tipo de participación en ella por la madre, evidentemente en la Edad Media

⁹ Ibidem - Pág. 36

existió una tendencia a que la madre participase en el ejercicio de la patria potestad, pese a que las circunstancias políticas y sociales eran las más adecuadas para ello".¹⁰

¹⁰ CASTRO FERNANDEZ LUIS - "La madre y la Patria Potestad en el Derecho Español".- Anuario de la Escuela Judicial. Tomo X - Madrid, España. 1972 Pág. 72

1.3. DERECHO FRANCES.

El Código de Napoleón reguló la patria potestad en los artículos 371 al 387, tomando como base en esta materia, así como en otras, las reglas del Derecho Romano, conservando dicha figura pero limitándola considerablemente e invistiendo en ella tanto al padre como la madre.

En Francia, en materia de Patria Potestad, ciertas regiones habían aceptado la tradición romana, mientras que otras habían sido detractoras a dicha tradición siguiendo el principio "Droit de Puissance Paterneye N'A Licu.". Que significaba no solo la existencia de la patria potestad romana en aquellas regiones, sino la concepción de la autoridad paterna¹ en función del interés del hijo y reducida al mínimo; la autoridad de los padres estaba limitada tanto en su duración como sus atributos.

La Patria Potestad Romana, fue llamada en el Código Napoleónico como "Puissance Paternelle" pero dicho término no prevaleció, tal es el caso que en el anteproyecto del Código Civil presentado al Ministerio de Justicia de Francia por la Comisión de Reforma del Code en 1955, se regulaba la patria potestad bajo el término "De L' Autorité Des Pere Et Mere". Posteriormente en la nueva ley del 4 de junio de 1970 se le llamo "Autorité Parentale", porque por un lado la palabra Autorité reemplaza a la de Puissance, suprimándose así la palabra poder y apareciendo la palabra autoridad. Por otra parte, se sustituye la palabra Paternelle por Parentale, que cobija mejor al padre y a la madre poniéndolos en un mismo nivel.

Dichos cambios fueron respuesta a la evolución histórica de la patria potestad en la que de ser instituida como poder pasó a ser una función y por otro lado, de ser y conceder facultades exclusivas al padre para constituir facultades y obligaciones compartidas por el padre y la madre.

Cabe hacer mención que en el Derecho Francés antiguo, se plasmó la potestad marital en la cual se afirmaba la sujeción de la mujer casada a la potestad marital en sus términos más absolutos. El artículo 213 del Código Napoleónico establecía: "El marido debe protección a su mujer, la mujer obediencia a su marido"(Le Mari Doit Protection a Sam Femme, la Femme Oveissancea Son Mari). Esta Potestad marital incluía la posibilidad de corrección mediante castigos físicos, así como la sujeción de la mujer a los deberes de obediencia, respeto y fidelidad.

Los derechos maritales los consideraban como una consecuencia de las exigencias de la vida común ya que el matrimonio como en toda sociedad, debía tener un jefe que lo mantuviera y dirigiera. En los tres últimos siglos de la monarquía la potestad marital se complementó con la incapacidad de la mujer casada.

"No obstante que el Código de Napoleón de 1804, afirma que la patria potestad constituía una protección a favor del hijo, consagra los poderes del padre, le atribuye el ejercicio de múltiples derechos, y establece, a su favor y al de la madre el derecho del usufructo legal, compensado en parte por los deberes de cuidado y administración que legalmente les concierten a sus respectivos casos".¹¹

¹¹ FERNÁNDEZ CLERIGO, LUIS - "El Derecho de Familia en la Legislación Comprada." - Unión Tipográfica Edit. Hispano Americana México 1947 Pág. 278

1.4. DERECHO ARGENTINO.

En Argentina la patria potestad comenzó a regularse por medio de la Legislación Española a través de las Leyes de Partida, imponiendo limitaciones e implementando la regla general de que dicho poder ejercitado por el padre o en su caso por el abuelo debía ser con mesura y piedad.

Con posterioridad se creó el Código Civil, el cual distingue a los hijos naturales otorgándoseles ciertos derechos, pero que no los colocaban en una situación privilegiada en relación con los nacidos dentro del matrimonio, no obstante, el legislador reconoció la patria potestad de los hijos naturales.

"Al Código Civil señalado, le siguieron leyes que regularon la patria potestad tales como: La Ley 10.903, La Ley 11.537, La Ley 13.252, La Ley 14.367 y la Ley 19.134"¹²

La primera ley normativa dispuso que correspondía al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales a la madre o a quien reconociera o fuera judicialmente declarado padre o madre.

La segunda ley ordenaba que sólo correspondería el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales al padre que voluntariamente hubiera reconocido a su hijo. El maestro Daniel Hugo D'Antonio comenta en relación a esta ley

¹² D'ANTONIO, DANIEL HUGO.- "Patria Potestad" - Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1979. Págs.42, 43, 44, 45 y 48

que: "De conformidad con la naturaleza y la finalidad de la patria potestad podemos concluir que con esta solución legal, en vez de sancionarse al padre natural que negare la realidad biológica se perjudicaba al hijo natural excluyéndolo de los beneficios propios de la patria potestad" 13

La tercera ley señalada permitió el reconocimiento del hijo ilegítimo, concediéndole el derecho a la patria potestad, sin perjuicio de su origen.

La cuarta ley, hace extensivas las obligaciones que resultan de la patria potestad a los padres de hijos nacidos fuera del matrimonio hasta que éstos últimos cumplan la mayoría de edad

1.5. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO .

1.5.1. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

Esta Ley fue publicada en el Diario Oficial de los días 14 de abril al 11 de mayo de 1917 en que entró en vigor, siendo Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y encargado del Poder Ejecutivo de la Nación Don Venustiano Carranza, plasmándose lo relativo a la patria potestad en los capítulos XI, XVI, y XVII que abarcaban del artículo 238 al 269 de la citada ley.

El artículo 260 indicaba los casos en que daba lugar a perderse la patria potestad, para lo cual me permito transcribirlo.

Artículo 260.- La Patria Potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho, y en los casos señalados por el artículo 94 y 99.

Artículo 94.- Ejecutoriado el divorcio quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del conyuge no culpable; pero si ambos lo fueren o no hubiere ascendientes en quienes recaiga la Patria Potestad, se proveerá a los hijos del tutor conforme a la ley

Artículo 99.- "El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado y prometido por su consorte o por otra persona se considerará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su derecho".¹⁴

Como se puede apreciar, esta ley no contempla como pérdida de la patria potestad el hecho de que uno de los cónyuges al abandonar sus deberes pudiera comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal, siendo este supuesto el tema principal del presente trabajo, y que dicha ley desprotegía la situación jurídica de los menores sujetos a la patria potestad en esos casos en particular.

La patria potestad regulada en los términos que la Ley Sobre Relaciones Familiares señaló, fue en consecuencia de la vida social acontecida en esos tiempos y para mayor comprensión me permito transcribir los considerandos relativos al tema

"Que la promulgación de la ley del divorcio y las naturales consecuencias de éste hacen necesario adaptar al nuevo estado de cosas los derechos y obligaciones entre los consortes, así como las relaciones concernientes a la paternidad y filiación, reconocimiento de hijos, patria potestad, emancipación y tutela, tanto por causa de minoridad como otras cosas",

"No siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia, para funciones políticas, sino la reglamentación de

¹⁴ "Ley Sobre Relaciones Familiares" - Edit. Andrade, S.A. 3o Edición México. 1917. Pags. 31 y 32

los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole, es necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de ese derecho, así como las que rigen respecto a la legitimación, cuyos beneficios deben ampliarse al reconocimiento de hijos naturales, cuya filiación debe ser protegida contra la mancha infamante que las leyes actuales conservan con el nombre de designación de hijos espurios, a las pruebas de paternidad y otras disposiciones analogas entre las cuales debe considerarse muy especialmente la adopción cuyo establecimiento, novedad entre nosotros, no hace más que reconocer la libertad de afectos y consagrar la libertad de contratación que, para este fin, no solo tiene un objeto lícito, sino con frecuencia muy noble".¹⁵

15 Ibidem - Págs 1 y 2

CODIGO CIVIL DE 1928.

Siendo el Presidente Constitucional de la República Mexicana, el General Plutarco Elías Calles y con las facultades conferidas por el H. Consejo de la Unión por Decretos del 7 de enero, del 6 de diciembre de 1926 y del 3 de enero de 1928, expidió el Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal, el cual entró en vigor en el año de 1932.

Este Código, actualmente vigente, acogió dentro de su texto lo referente al Derecho Familiar, abrogándose la Ley Sobre Relaciones Familiares. La patria potestad como figura jurídica del Derecho Familiar, se encuentra regulada en dicho Código de los artículos 411 al 448 del Título Octavo del Libro Primero.

Dentro de las más importantes modificaciones textuales hechas, a la Ley Sobre Relaciones Familiares y que se plasmaron en el Código Civil, podemos mencionar las siguientes: La intervención que el artículo 422 del Código Civil da a los Consejeros locales de tutela y al Ministerio Público como representante Social en caso de que los que detentan la patria potestad no eduquen convenientemente a los que están sujetos a ella, y en general la intervención que les da en todos los asuntos del orden familiar; ya no se permite castigar a los hijos, solo corregirlos y darles un buen ejemplo de conducta; cuando la patria potestad se ejerce a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo y no como se disponía que en el citado caso lo fuera el varón; se distinguen los bienes del hijo en dos clases: Los que adquiera por su trabajo y los que adquiera por cualquier otro título, mismos que se señalan en los artículos 429 y 430 del ordenamiento legal mencionado; la

madre no pierde la patria potestad sobre los hijos de los matrimonios anteriores aún cuando contraiga ulteriores nupcias; se marca explícitamente los casos de renunciabilidad de la patria potestad y los casos concretos en que se pueden excusar los que la ejercen (anteriormente, en la Ley Sobre Relaciones Familiares los abuelos y abuelas podían renunciar su derecho a la patria potestad o al ejercicio de ésta sin importar la edad tal y como lo disponía el artículo 264 de la citada Ley).

Como adición especial, y se indica así por ser el tema principal del presente trabajo, el artículo 444 del Código Civil, establece en cuatro fracciones los supuestos que dan lugar a perder la patria potestad:

"Artículo 444.- La patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado 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 cayeran bajo la sanción de la Ley Penal,

Artículo 99.- "El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado y prometido por su consorte o por otra persona se considerará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su derecho".¹⁴

Como se puede apreciar, esta ley no contempla como pérdida de la patria potestad el hecho de que uno de los cónyuges al abandonar sus deberes pudiera comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal, siendo este supuesto el tema principal del presente trabajo, y que dicha ley desprotegía la situación jurídica de los menores sujetos a la patria potestad en esos casos en particular.

La patria potestad regulada en los términos que la Ley Sobre Relaciones Familiares señaló, fue en consecuencia de la vida social acontecida en esos tiempos y para mayor comprensión me permito transcribir los considerandos relativos al tema:

"Que la promulgación de la ley del divorcio y las naturales consecuencias de éste hacen necesario adaptar al nuevo estado de cosas los derechos y obligaciones entre los consortes, así como las relaciones concernientes a la paternidad y filiación, reconocimiento de hijos, patria potestad, emancipación y tutela, tanto por causa de minoridad como otras cosas",

"No siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia, para funciones políticas, sino la reglamentación de

¹⁴ "Ley Sobre Relaciones Familiares" - Edit Andrade, S.A. 3o Edición México. 1917. Pags. 31 y 32.

los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole, es necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de ese derecho, así como las que rigen respecto a la legitimación, cuyos beneficios deben ampliarse al reconocimiento de hijos naturales, cuya filiación debe ser protegida contra la mancha infamante que las leyes actuales conservan con el nombre de designación de hijos espurios, a las pruebas de paternidad y otras disposiciones análogas entre las cuales debe considerarse muy especialmente la adopción cuyo establecimiento, novedad entre nosotros, no hace más que reconocer la libertad de afectos y consagrar la libertad de contratación que, para este fin, no solo tiene un objeto lícito, sino con frecuencia muy noble".¹⁵

¹⁵ Ibidem - Págs 1 y 2

CODIGO CIVIL DE 1928.

Siendo el Presidente Constitucional de la República Mexicana, el General Plutarco Elías Calles y con las facultades conferidas por el H. Consejo de la Unión por Decretos del 7 de enero, del 6 de diciembre de 1926 y del 3 de enero de 1928, expidió el Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal, el cual entró en vigor en el año de 1932.

Este Código, actualmente vigente, acogió dentro de su texto lo referente al Derecho Familiar, abrogándose la Ley Sobre Relaciones Familiares. La patria potestad como figura jurídica del Derecho Familiar, se encuentra regulada en dicho Código de los artículos 411 al 448 del Título Octavo del Libro Primero.

Dentro de las más importantes modificaciones textuales hechas, a la Ley Sobre Relaciones Familiares y que se plasmaron en el Código Civil, podemos mencionar las siguientes: La intervención que el artículo 422 del Código Civil da a los Consejeros locales de tutela y al Ministerio Público como representante Social en caso de que los que detentan la patria potestad no eduquen convenientemente a los que están sujetos a ella, y en general la intervención que les da en todos los asuntos del orden familiar; ya no se permite castigar a los hijos, solo corregirlos y darles un buen ejemplo de conducta; cuando la patria potestad se ejerce a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo y no como se disponía que en el citado caso lo fuera el varón; se distinguen los bienes del hijo en dos clases. Los que adquiera por su trabajo y los que adquiera por cualquier otro título, mismos que se señalan en los artículos 429 y 430 del ordenamiento legal mencionado; la

madre no pierde la patria potestad sobre los hijos de los matrimonios anteriores aún cuando contraiga ulteriores nupcias; se marca explícitamente los casos de renunciabilidad de la patria potestad y los casos concretos en que se pueden excusar los que la ejercen (anteriormente, en la Ley Sobre Relaciones Familiares los abuelos y abuelas podían renunciar su derecho a la patria potestad o al ejercicio de ésta sin importar la edad tal y como lo disponía el artículo 264 de la citada Ley).

Como adición especial, y se indica así por ser el tema principal del presente trabajo, el artículo 444 del Código Civil, establece en cuatro fracciones los supuestos que dan lugar a perder la patria potestad:

"Artículo 444.- La patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado 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 cayeran bajo la sanción de la Ley Penal;

CAPITULO 2.

ASPECTOS GENERALES DE LA PATRIA POTESTAD

2.1. CONCEPTO

Patria Potestad, es una figura jurídica cuyo término Patria proviene de la expresión latina "Patrius", el cual significa lo relativo al padre, y Potestad del latín "Potestas" que significa el dominio, el poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre una persona

Este término, de acuerdo a su significado literal, sí era aplicable en el Derecho Romano a través de la Patria Potestad, debido a las relaciones características de aquella época, entre el padre e hijo y el poder imperante del Pater Familias. Hoy en día estos términos no son aplicables para poder determinar dicha institución, ya que debido a la evolución de la patria potestad y a su concepción moderna, no es posible seguir nombrándola de tal manera, puesto que más que una potestad es un conjunto de poderes y deberes impuestos por la ley a los ascendientes como función protectora y orientadora de sus hijos que están sujetos a patria potestad para dirigir su educación en la medida que su estado de minoridad lo requiera; y por su parte no sólo le incumbe el ejercicio de la patria potestad al padre, sino que es una función llevada a cabo conjuntamente por el padre y la madre.

La patria potestad ha sido definida por distintos autores de reconocido prestigio, por lo tanto, es necesario señalar algunos de ellos y sus definiciones.

Para Bellusio, la patria potestad propiamente dicha, "Es el conjunto de derechos y deberes que incumben a los padres en relación a la persona y los bienes de los hijos menores de edad no emancipados". 16

PlanoI-Ripert, conciben a la patria potestad como: "El conjunto de los Derechos y de las Facultades que la ley concede al padre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores". 17

Demolombe, define a la patria potestad como: "La autoridad que la ley otorga al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores no emancipados". 18

Para la Legislación Argentina, la patria potestad "Es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos desde la concepción de éstos y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipados" 19

Rafael de Pina, define a la patria potestad como: "El conjunto de las facultades que suponen también deberes conferidos a quiénes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria". 20

16 D'ANTONIO DANIEL, HUGO - Ob. Cit. Pág 23

17 Ibidem - Pág 23

18 Ibidem - Pág 23

19 "Enciclopedia Jurídica Ormeba" - Tomo XXI Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina. 1984. Pág. 833

20 DE PINA, RAFAEL. - "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Edit. Porrúa, S.A. México. 1978. Pág. 373.

Después de haber transcrito los diferentes criterios y definiciones de la patria potestad de los autores citados, se pueden constatar las distintas corrientes que sobre el tema se tienen. No obstante lo anterior, se debe tener presente que la finalidad de la patria potestad así como su esencia ha evolucionado a través del tiempo, ya que la concepción que se tenía en el Derecho Romano dista mucho de la actualidad.

Nuestro Código Civil no da una definición concreta de la patria potestad, pero sí nos da a entender que comprende una serie de derechos y obligaciones correlativos para quien las ejercita como lo son: la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de orientarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que la ley señala, de proporcionarles alimentos, de administrar sus bienes, etc

Se puede señalar que el ejercicio de la patria potestad es una función tuitiva, es decir, la conjunción de una serie de poderes y deberes llevados a cabo conjuntamente en los términos que la ley señala, en beneficio de los que están bajo de la misma; tal ejercicio en estos términos, tiene como finalidad el desarrollo físico y mental de los sujetos pasivos el cual servirá para una debida integración en la sociedad, creando consecuentemente personas productivas para la misma.

2.2. CARACTERISTICAS

Como se ha visto, la patria potestad impone derechos y deberes a quiénes la ejercen, siendo necesario una fusión de los mismos para que conformen y permitan cumplir la esencial misión de formar en plenitud la personalidad del hijo y su debida integración en la sociedad

La relación paterno-filial que prevalece entre los que detentan la patria potestad (sujeto activo) y los que están bajo de ella (sujeto pasivo) es privada, en virtud de que nace de una relación entre particulares producto de la filiación, concediéndole a los titulares un derecho subjetivo de ejercicio obligatorio regulado por una serie de normas que vigilan su cumplimiento; siendo ahí en donde el Estado interviene para procurar que se lleven a cabo los deberes inherentes a los sujetos activos, ya que es de interés público que los sujetos pasivos sean gente productiva.

En relación a lo anterior, el Maestro Ignacio Galindo Garfias opina "En la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de derecho privado se ejerce en interés público". 21

Los poderes y deberes atribuidos a los titulares de la patria potestad, necesariamente se tienen que ejercer en interés del hijo y el Estado faculta a los padres tomando en consideración el cariño y amor, así como los lazos de afecto que existen entre el progenitor y su descendiente impulsándolo a crear en su hijo madurez psicológica y espiritual.

21 GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- 'Derecho Civil'.- Edit. Porrúa, S.A., México. 1983. Pág. 673.

2.2.1. IRRENUNCIABLE.

Siendo la patria potestad una función de interés público dada su propia naturaleza y sus efectos en la sociedad, no es renunciable, ya que el Estado, la familia y la sociedad misma, tienen un enorme interés en la adecuada formación de los menores de tal forma que la abdicación del titular afectaría al interés público, no siendo permitido por el artículo 6 de nuestro Código Civil que establece lo siguiente:

"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley ni alterar o modificar. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros".

Ahora bien, ¿Que sucede cuando un padre otorga su consentimiento para que su hijo sea adoptado?.

En este caso, no se puede transgredir la característica de irrenunciabilidad, puesto que el sujeto activo al no poder proporcionarle lo necesario al menor para su desarrollo físico e intelectual y estando conciente de que tales carencias en lugar de beneficiar lo perjudicaría, de tal forma que si otra persona lo adoptase y en consecuencia, al ejercer este último la patria potestad sobre él, le brindaría una mejor perspectiva en su educación salud, alimentación, etc., estaría transfiriendo la patria potestad, mas no renunciando, ya que tal transferencia puede ser revocada, restituyéndose las cosas al estado que guardaban antes de la adopción.

Por otro lado el ordenamiento legal antes citado, señala en su artículo 448 que "La patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quiénes corresponde ejercerla pueden excusarse".

I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos,

II.- Cuando por su mal estado habitual de salud, no pueden atender debidamente a su desempeño.

Por lo antes mencionado, se concluye que por mandato expreso de la Ley, la patria potestad es irrenunciable, pero dado alguno de los supuestos antes citados el que la ejerce puede excusarse de su ejercicio.

2.2.2. IMPRESCRIPTIBLE.

El maestro Galindo Garfías, en relación a esta característica afirma "Los derechos y deberes derivados de la patria potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo". 22.

En efecto la patria potestad no esta sujeta a prescripción puesto que no es necesario que transcurra el tiempo para adquirir un derecho (prescripción positiva) o para perderlo (prescripción negativa), puesto que no se trata de un derecho real, sino de un derecho natural que como tal, procura que el que esta sujeto a ella pueda valerse por sí mismo en cualquier aspecto, una vez que deje de estar sujeto a la patria potestad.

Los artículos 412 y 419 del Código Civil, marcan quiénes están bajo la patria potestad y estos son, los hijos menores de edad no emancipados, y los adoptivos.

Para terminar es necesario señalar que aunque el sujeto pasivo cumpla la mayoría de edad, subsisten algunos derechos como lo es el de heredar, y de la misma forma las obligaciones morales que provienen de una buena educación y que describe el artículo 411 del Código Civil que a la letra dice: " Los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

22 Ibidem Pág. 625

El maestro Antonio Cicu, argumenta respecto a la pérdida de los derechos familiares por prescripción que: " En el derecho de familia se excluye la figura de la prescripción adquisitiva y no se da lugar tampoco a la prescripción extintiva".

23

2.2.3. INTRANSMISIBLE.

La patria potestad como derecho natural, confiere un derecho subjetivo personalísimo de ejercicio obligatorio pero no en interés del titular, sino en interés del sujeto pasivo de tal forma que el sujeto activo no la pueda transmitir.

Los derechos y deberes que caracterizan a la patria potestad son intransmisibles e inenajenables, al respecto el Maestro Ernesto Gutiérrez y González señala "La palabra inenajenable se refiere a las cosas que no pueden ser objeto de propiedad particular".²⁴

En la actualidad la concepción moderna de la patria potestad así como su debida legislación, no permite que el padre pueda vender a su hijos cuando lo desee (como sucedia en el Derecho Romano), puesto que no son de su propiedad ni pueden serlo de otra persona.

Esta característica de la patria potestad, presenta excepciones y la adopción es una de ellas. En el caso de que el Juez de lo Familiar apruebe la adopción de un menor como medida protectora y en interés del adoptado, la patria potestad se estará transfiriendo al adoptante, lo anterior de conformidad con el artículo 403 del Código Civil que establece "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante,

24 GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO.- "El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad". - Edit José M. Cajiga Jr S A Pue., Puebla, México. 1978 Pág. 96

salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque se ejercerá por ambos cónyuges".

La patria potestad también puede transmitirse por "Mortis Causa", es decir, si los sujetos activos fallecen la patria potestad se transmitirá a los abuelos paternos o maternos, según lo determine el Juez de lo Familiar, el cual tomará en cuenta las circunstancias del caso

De acuerdo a las citadas excepciones, esta característica puede ser cuestionada en el sentido de ser cierto o no, ya que puede transmitirse en los casos y bajo las condiciones expuestas.

Consideramos que esta característica si es admisible, ya que el derecho positivo al otorgar al sujeto activo el conjunto de derechos y deberes inherentes a la patria potestad, lo hace en relación al derecho natural que tiene como padre, pero atendiendo al interés público de la patria potestad; su transmisión en los casos señalados por el legislador es en beneficio del sujeto pasivo, ya que a la sociedad le interesa que los menores se desarrollen en condiciones propias e indispensables para que sean personas productivas.

En ocasiones y en función de custodia y educación del sujeto pasivo que se realizan momentáneamente por algún tercero ajeno a los sujetos activos, esto no quiere decir que se haya transmitido el ejercicio de la patria potestad en los citados casos a un profesor o a una educadora que tiene la guarda y custodia del menor en los

momentos en que se encuentre en una institución educativa, puesto que el padre o madre confía a otro de la guarda y cuidado, así como la educación de su hijo, valiéndose de la obra ajena para ejercitar un derecho propio.

2.3. LA FILIACION COMO FUNDAMENTO DE LA PATRIA POTESTAD.

La filiación es la relación que existe entre dos personas de las cuales uno es el progenitor (madre o padre) y el otro es el hijo.

En el sentido amplio, según el Maestro Rafael Rojina Villegas es :
"El vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado".²⁵

Con base en lo anterior, la filiación en sentido amplio comprende a todos los intermediarios que ligan a una persona con otra, obviamente en línea directa, por ejemplo: el abuelo con el nieto, el bisabuelo con el bisnieto, etc. y la filiación en sentido estricto nos remite únicamente a la relación inmediata del padre o la madre con el hijo, pero para efectos de la patria potestad, comprenderá hasta los abuelos únicamente.

La filiación se basa en el derecho biológico de la procreación existiendo por natura en todos los individuos, siempre se es hijo de un padre y de una madre

La filiación puede ser:

A).- Legítima.- Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido dentro del matrimonio y sus padres. La prueba de la filiación de los hijos

²⁵ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL - "Compendio de Derecho Civil".- Vol. I. Personas y Familia. 26ª Edición Antigua Librería Robredo México, 1995. Pág. 452

nacidos de matrimonio es su acta de nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres, a falta de estas o si fueren defectuosas o incompletas, se probará con la posesión constante de estado de hijos nacidos de matrimonio (artículos 340 y 341 del Código Civil).

Para que pueda darse la posesión de estado, se necesitan los siguientes elementos.

1.- Que el individuo haya llevado siempre el apellido del padre que pretende tener

2.- Que el padre lo haya tratado siempre como hijo suyo.

3.- Que haya sido reconocido constantemente como tal por la sociedad.

4.- Que haya sido reconocido como tal por toda la familia.

B).- Natural.- Es la que se refiere al hijo que fue concebido por personas que no están ligadas a un vínculo matrimonial. En el Derecho Romano se llamaban "Espuri" a los hijos de los que vivían en concubinato.

En este tipo de filiación, el Maestro Rojina Villegas hace una subdivisión diciendo que "Hay filiación natural adulterina cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido; o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa. Hay filiación natural incestuosa cuando el hijo

es procreado por parientes en el grado en que la ley impida su matrimonio sin celebrar éste" 26

Nuestra legislación concede los mismos derechos al hijo nacido de matrimonio que al hijo que nace fuera del mismo, ya que la filiación procede de un hecho biológico que produce la naturaleza humana sin distinguir si los padres están unidos en matrimonio o no.

C).- Una última clasificación de la filiación, es la que ocurre por una voluntad declarada en la que determinada persona adquiere los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad, respecto de otra persona no existiendo ningún vínculo consanguíneo entre ambos y menos el hecho biológico de la procreación; en este caso nos referimos a la filiación adoptiva, en la que a través de una sentencia, el Juez da al adoptado el estado jurídico del hijo y al adoptante el estado jurídico de padre.

Después de haber expuesto lo que es la filiación y los casos en que se presenta, podemos afirmar que ésta es el fundamento de la patria potestad, creando por el hecho del nacimiento la relación paterno-filial y automáticamente el derecho natural y subjetivo que el hijo adquiere al ser reconocido legalmente para ser alimentado, educado, protegido, orientado y preparado para su debida integración en la sociedad, por lo que en consecuencia para el sujeto activo nace el deber de cumplir con las obligaciones inherentes que la ley impone; y como ya se señaló también puede existir la filiación sin el carácter consanguíneo, como lo es en el caso de la adopción, por lo que podemos concluir que puede haber filiación sin patria potestad, pero no patria potestad sin filiación.

2.4. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Dentro de las relaciones jurídicas que conforman el contenido de la patria potestad, podemos encontrar al sujeto activo que es quien detenta el ejercicio de la patria potestad, el cual le es conferido por la ley, además de un complejo de derechos y deberes con la finalidad de llevar a cabo el debido cumplimiento de los mismos; por otro lado encontramos al sujeto pasivo; que es aquel que esta sujeto a la patria potestad y el cual tiene el deber de respeto y obediencia hacia sus padres y demás ascendientes.

2.4.1 SUJETO ACTIVO.

El artículo 4º de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su primer párrafo: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia".

El fundamento constitucional antes citado, nos da como pauta que la legislación secundaria se plasme que en cuanto a la patria potestad, ambos padres sean titulares del ejercicio de la misma de manera conjunta sobre los hijos menores de edad no emancipados, tal y como lo señala el artículo 414 del Código Civil que a la letra dice: "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

I.- Por el padre y la madre:

II - Por el abuelo y la abuela paternos;

III - Por el abuelo y la abuela maternos".

El citado artículo sólo nos indica quiénes ejercen la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, ya que tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio la patria potestad sobre los mismos, la ejercerán el padre o la madre que lo haya reconocido y en el caso de que vivan juntos, la patria potestad y la custodia será ejercida por ambos; aunque no vivieran juntos pero lo reconocen en el mismo acto, la patria potestad la ejercerán ambos progenitores, sólo convendrán quien de ellos tendrá la custodia del hijo. En caso de que no llegaran a un acuerdo el Juez de lo Familiar oyendo a

los padres y al Ministerio Público resolverá sobre lo que creyere más conveniente a los intereses del menor:

En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, tendrá la custodia el primero que hubiere reconocido al menor, salvo que se conviniera otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere conveniente modificar el Convenio por causa grave y en audiencia con los interesados y del Ministerio Público.

Retomando nuevamente el artículo 414 del Código Civil respecto a las personas que ejercerán la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, cabe hacer mención que a falta de los padres ejercerán la patria potestad sobre los hijos, los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del citado artículo, pero no en el orden que señalan, si no en el orden que determine el Juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

En el supuesto de que los padres falten, el Juez de lo Familiar analizará diversos factores para determinar quien ejercerá la patria potestad sobre el menor, si los abuelos paternos o maternos. Entre esos factores podemos señalar los siguientes: La relación afectiva que los abuelos tienen con el menor, la disposición para dedicarle atención y convivencia, un ambiente sano y propicio para el desarrollo físico e intelectual del sujeto pasivo.

La capacidad económica para brindarle los alimentos, no es determinante para conceder la patria potestad ya que sería erróneo el que se otorgara a

determinados abuelos, sólo por el hecho de que posean una enorme fortuna, sin tomar en cuenta el lazo afectivo así como la buena educación, orientación y convivencia que puedan tener con el menor:

El Juez puede conceder la patria potestad a los abuelos que considere que puedan brindarle al menor, amor, cariño, dedicación, compañía, orientación, pero si estos no tienen la capacidad económica suficiente para dar alimentos al nieto, el Juez podrá determinar que los otros abuelos cumplan con la obligación de darle alimentos, debido a la característica divisible que éstos tienen.

El fundamento de lo señalado anteriormente lo encontramos en los siguientes artículos del Código Civil. Artículo 312.- "Si fueran varios los que deben dar alimentos y todos tuvieran posibilidad de hacerlo, el Juez repartirá el importe entre ellos, en proporción a sus haberes".

Artículo 313.- "Si solo algunos tuvieran posibilidad, entre ellos se repartirá el importe de los alimentos; y si uno solo la tuviera, él cumplirá únicamente esa obligación".

Ahora veamos lo referente a la guarda y custodia del menor, "la palabra custodia proviene del latín CUSTOS, que significa guarda o guardián y ésta a su vez del latín CURTOS, forma del verbo CURARE, que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado alguna cosa". 27

27 "DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS" Edit. Porrúa.
3ª Edición Tomo A-CH México 1989 Pág. 803

Guarda: "Las palabras guarda y custodia proceden respectivamente de alemán WARDON, que significa cuidar, y del latín custos derivado de CURTOS, forma del verbo CURARE, que también quiere decir cuidar". 28

Ahora bien, definidas dichas palabras, se pueden tomar como una acepción genérica que se incluye en las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de la patria potestad, sin confundir la atención que también puede prestar un tercero, autorizado debidamente por el sujeto activo que corresponde al ejercicio normal de sus funciones.

Para que los padres puedan cumplir con la obligación de educar a sus hijos, es necesario que tengan la posibilidad de mantener un contacto permanente con ellos. Por lo que en consecuencia, la ley establece que los que están bajo la patria potestad estén sometidos a la representación, cuidado y protección de quienes sobre ellos la ejercen.

El derecho de guarda corresponde al padre y a la madre conjuntamente, pero cuando la armonía en el lugar desaparece y la convivencia de los esposos se ha interrumpido, corresponde a el Juez de lo Familiar decidir a cuales de los padres se les conferirá la guarda de los hijos, en atención a las facultades que le otorga la ley para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos.

A continuación me permito transcribir las siguientes Tésis Jurisprudenciales relacionadas con este caso:

MENORES GUARDA DE LOS. Cuando se dicte una medida provisional durante la tramitación de un juicio de divorcio sobre la guarda de los menores hijos del matrimonio no se violan las partes esenciales del procedimiento, puesto que en la sentencia definitiva se resolverá lo que proceda respecto a la misma guarda de los menores.

Quinta Epoca. Tomo XXIX. Pág. 1786.

Liceaga de del Corral Rebeca. Tomo XXXII. Pág. 1656.

MENORES QUE DEBEN QUEDAR EN PODER DE LA MADRE. Existe interés social en que los menores estén en poder de su madre hasta la edad que fije el código civil aplicable, por que es quien se encuentra más capacitada para atenderles con eficacia, esmero y cuidados necesarios, de tal suerte que si no se está en los casos de excepción que marca la ley para que deba ser separado el menor de edad del cuidado de la madre, éste no pasará a la custodia del padre que así lo solicite

Amparo Directo 5057/1973/1º: Manuel Ramón Gil López.

Marzo 3 de 1975 5 votos Ponente: Mtro. David Franco Rodríguez. 3ª Sala.

Informe 1975 2ª parte. Pág. 109.

La anterior tesis nos remite a lo establecido en la parte final del artículo 282 del Código Civil, el cual indica que los menores de siete años quedarán bajo la guardia y custodia de la madre salvo que importe peligro grave para el normal desarrollo de los hijos.

Ahora veamos lo que la ley establece en lo tocante a quiénes ejercen la patria potestad del hijo adoptivo:

"Artículo 419.- La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten".

Efectivamente, la patria potestad del hijo adoptivo será ejercida solamente por la (s) persona (s) que lo adopte (n), creando con esto el parentesco civil que sólo existe entre el adoptante y el adoptado.

Nuestro sistema jurídico mexicano regula la adopción bajo las características y consecuencias, que crean derechos y obligaciones, sólo entre adoptante y adoptado; a este tipo de adopción se le conoce como adopción minusplena; la adopción plena, es aquella en la que el adoptado adquiere el parentesco, los derechos y obligaciones equiparados a un hijo nacido de matrimonio o reconocido extramatrimonialmente, teniendo como consecuencias jurídicas que los ascendientes, descendientes y parientes colaterales del adoptante, lo sean también del adoptado.

Los descendientes del adoptado serán considerados legalmente como nietos del adoptante, ya que se establece el parentesco civil y la filiación adoptiva, que los sitúa legalmente como abuelo y nieto respectivamente.

SUJETO PASIVO.

Es la persona que dentro de la relación parteno-filial está bajo la patria potestad de sus padres, ascendiente (s) o padre adoptivo según sea el caso.

Al respecto el Maestro Luis Fernández Clérigo dice: "Sobre este punto puede sentarse una regla general como sujetos pasivos a todos los menores de edad no emancipados, que tienen ascendientes generalmente padre o madre llamados a ejercerla o se hayan permanentemente o transitoriamente incapacitados para dicho ejercicio". 29

A nivel internacional el sujeto pasivo tiene las mismas características, sólo variara a partir de cuando se le considerara a una persona mayor de edad, ya que en algunos países como en el nuestro la mayoría de edad comienza a partir de los dieciocho años cumplidos y en otras legislaciones como en Argentina comienza a partir de los veintiún años cumplidos.

Nuestro Código Civil en su artículo 412 establece: "Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deben de ejercerla conforme la ley".

Ahora bien, ¿Qué es la emancipación y cuando se presenta?

29 FERNANDEZ CLERIGO, LUIS - Ob. Cit Pág. 281.

Para el Maestro Rafael de Pina, la emancipación es: "De acuerdo con el derecho mexicano, la emancipación es una Institución Civil que permite sustraer de la Patria Potestad y de la Tutela al menor otorgándole una capacidad restringida que la faculta para la libre administración de sus bienes con determinadas reservas expresamente señaladas por la ley.

La capacidad restringida a que alude el Maestro de Pina, se refiere a que mientras dure la minoría de edad del sujeto pasivo, necesitará para la administración de sus bienes de la autorización judicial para la enajenación, gravámen o hipoteca de bienes raíces y de un tutor para negociaciones judiciales.

La emancipación se presenta cuando el menor de dieciocho años contrae matrimonio, pero si éste se disuelve, el cónyuge emancipado no podrá volver a la patria potestad que tenía con sus padres.

En relación a la otra característica del sujeto pasivo que es la minoría de edad, debemos señalar que el menor adquiere su capacidad jurídica por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley. En relación al nacimiento el Artículo 377 del Código Civil que para efectos legales sólo se reporta nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.

La minoría de edad termina cuando el menor de edad cumple dieciocho años, momento desde el cual podrá disponer libremente de su persona y de sus bienes

Ambas etapas producen en la persona dos tipos de capacidades que son:

A).- La capacidad de goce que todos adquirimos al nacimiento y que llevamos hasta la muerte; tienen capacidad de goce los menores de edad, los interdictos y las demás personas que específicamente la ley establezca.

B).- La capacidad de ejercicio que es la que se adquiere a la mayoría de edad, por lo que en consecuencia se tiene la libre disposición de la persona y de sus bienes.

De tal manera que cuando una persona cumple la mayoría de edad adquiere su capacidad de ejercicio sin perder su capacidad de goce; por el contrario, cuando una persona mayor de edad es declarada interdicta por Sentencia Judicial, pierde su capacidad de ejercicio pero conserva su capacidad de goce.

Son muy importantes los efectos de la mayoría de edad, pero estos no obstaculizan la obligación de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

2.5. MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

Son escasas las diferencias que puedan existir en otras legislaciones en relación a los modos de acabarse la patria potestad, puesto que casi todas reconocen los mismos supuestos clasificados en causas naturales como son la muerte del hijo o la de los padres y ascendientes llamados a ejercerla, la mayoría de edad y como causa legal la emancipación.

La patria potestad se acaba cuando sin acto culpable de quien la ejerce las leyes ponen fin a ella señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir. Por lo cual el Artículo 443 del Código Civil indica:

"La patria potestad se acaba:

I.- Con la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;

III.- Con la mayoría de edad del hijo".

En relación a lo dispuesto por la primera fracción, nos parece incompleto en virtud de que no contempla la posibilidad de la muerte del sujeto pasivo que como integrante de la relación paterno filial es ineludible que la patria potestad exista sin la presencia del sujeto pasivo, debiéndose entender que con la muerte de éste y del sujeto

activo el conjunto de derechos y deberes integrantes de la patria potestad se acaba (esto surtiendo efectos solo respecto a ambas partes ya que dado el caso de la muerte del sujeto pasivo, no implica que para el que detenta la patria potestad se acaben también los derechos y deberes respecto a los hermanos del sujeto pasivo).

Las dos siguientes fracciones contemplan el supuesto que da lugar a perder la patria potestad; una se deriva del matrimonio del menor de edad (emancipación), en la que el sujeto pasivo decide contraer matrimonio, decisión que generalmente obedece, a un embarazo no deseado y la otra por la mayoría de edad del hijo la cual adquiere al cumplir los dieciocho años.

2.5.1. SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad se suspende cuando por razón de alguna incapacidad del que la ejerce o por haber sido sentenciado a pena que lleve consigo esa suspensión, no la pueda seguir desempeñando, tal es el caso que establece el artículo 2966 del Código Civil, el cual indica que la declaración de concurso incapacita al deudor para seguir administrando sus bienes así como cualquier administración que por ley le corresponda y hace que se venza el plazo de todas sus deudas. También son incapaces, los menores de edad, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad. aún cuando tengan intervalos lúcidos, los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso de las drogas.

Las incapacidades antes señaladas se ven generalizadas y sirven de ejemplo para los supuestos que contempla el artículo 447 del Código Civil el cual señala: "La patria potestad se suspende por incapacidad declarada judicialmente, por la ausencia declarada en forma, por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión".

Al actualizarse estos supuestos la patria potestad no se extingue, su ejercicio recae en el otro progenitor y a falta o incapacidad legal de éste, en los ascendientes de ulteriores grados.

Dentro de un mismo supuesto, pueden presentarse dos consecuencias, la suspensión o la pérdida de la patria potestad, por lo que el Juez debe ser muy cuidadoso y diferenciar la intención y la conducta del sujeto activo.

En los casos de ausencia, incluyendo el de presunción de muerte, así como el de la incapacidad mental, tal parece que las consecuencias escapan de la voluntad del progenitor, aunque en la ausencia puede haber estado determinada con la intención de eludir el cumplimiento de los deberse, encuadrándose entonces la especie, la causal de abandono que da lugar a la pérdida de la patria potestad.

Otro ejemplo es la ebriedad consuetudinaria, la cual se debe determinar por un perito en la materia, en éste caso un doctor en medicina, declarándola como enfermedad o si se trata de un obrar vicioso perjudicial en si mismo y para la personalidad del hijo, realizando actos inmorales, de corrupción o de dureza excesiva exponiendo la persona y el patrimonio del menor y de la familia.

A nivel de otros países la suspensión de la patria potestad se maneja en formas distintas. El Código Civil Suizo no señala causas específicas de suspensión puesto que tal privación es temporal, es decir, puede recobrase siempre y cuando hubiesen desaparecido los motivos que la originaron.

El Código Civil de Portugal se ocupa de la interrupción de la patria potestad, la cual equivale a la suspensión redactando en su artículo 168, que la patria potestad se interrumpe por la incapacidad legal del ascendiente judicialmente declarada y por ausencia también declarada.

En Argentina y España se contemplan además de las ya señaladas una llamada suspensión facultativa que es la alternativa, concedida a los jueces

para poder suspender a los padres en el ejercicio de la patria potestad si tratasen a sus hijos con dureza excesiva, si les dieran ordenes, consejos o ejemplos corruptos.

En caso de que los motivos originen esa suspensión desaparezcan, el ejercicio se recobrará, pero si reinciden procederá la privación de la patria potestad

2.6. FORMAS EN QUE SE PIERDE LA PATRIA POTESTAD.

La pérdida de la patria potestad implica el apartamiento total y definitivo del sujeto activo sancionado, del conjunto de derechos y deberes integrantes de esta figura jurídica, exceptuando el de dar alimentos.

La obligación de proporcionar alimentos subsiste aunque el sujeto activo pierda la patria potestad, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 285 del Código Civil, el cual establece: "El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos".

En el artículo 444 del Código Civil se encuentran señalados los supuestos que contemplan la pérdida de la patria potestad y que a la letra indica:

"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 mas 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 cayeran bajo la sanción penal

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos o porque los dejar abandonados por mas de seis meses".

Analizando la fracción primera, debemos indicar que se requiere de una sentencia judicial firme para que el ejerce la patria potestad la pierda. Procesalmente se debe tomar en cuenta que la pérdida de la patria potestad se puede demandar conjuntamente en la demanda de divorcio necesario, dado el caso en concreto, o se puede demandar en un juicio aparte como pérdida de la patria potestad sin necesidad de demandar el divorcio.

La segunda parte de esta fracción indica "... o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves", al respecto el Maestro Porte Petit opina: "Las palabras DELITOS GRAVES son imprecisas. La doctrina en esta materia no es unánime; pues un mismo tipo de delitos puede revestir mayor o menor gravedad según el criterio que se siga sea el de gravedad de la pena que concurran para calificar el grado de delito. Si en realidad debieran calificarse los delitos en MUY GRAVES O GRAVISIMOS O MENOS GRAVES podría ensayarse el delito de DELITOS GRAVES DEL ORDEN COMUN como el de aquellos en que su formación, tomando en consideración determinado bien jurídico tutelado por el tipo, así como el requisito que en su caso exija el mismo tipo para aumentar la pena, es decir un delito grave del orden común vendría a ser un determinado tipo esencial y completamente cualificado lo que significaría que para la

configuración del delito grave se habría de considerar el objeto jurídico y el requisito exigido por el tipo que lleva la penalidad". 30

No basta con que el sujeto activo esté privado de su libertad como presunto responsable de algún delito que por su comisión amerite la pérdida de la patria potestad si no que se requiere de una sentencia firme que lo declare autor de ese delito.

La fracción segunda, nos remite al artículo 283 del mismo ordenamiento legal, el cual otorga las más amplias facultades al juzgador para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, situaciones que deberán quedar fijadas en la sentencia de divorcio.

La fracción tercera del artículo en comento es el motivo y la inquietud de la elaboración del presente trabajo, por tal motivo se hará sólo un breve comentario de la misma, en virtud de que el análisis profundo será en el capítulo cuarto.

Para esto haremos un desglose de esta fracción de la manera siguiente:

1.- "Cuando por las costumbres depravadas de los padres...", por costumbres depravadas debemos entender los actos realizados por los padres tendientes a producir en sus hijos efectos negativos en una persona tanto física como intelectualmente.

2.- "... malos tratamientos o abandono de sus deberes..."; en principio podemos clasificar los malos tratos que pueden ser hacia su físico, los cuales son producidos por supuestas correcciones tendientes a una buena educación ocasionando al menor lesiones, mismas que pueden ser clasificadas y a su vez por el tiempo que tarden en sanarse así como si ponen en peligro o no la vida del lesionado; y en malos tratos hacia su integridad como persona, esto es, la actitud del padre hacia el menor demostrándole carencia de todo interés y preocupación en su crecimiento y desarrollo físico e intelectual, una actitud displicente hacia todo lo que el realice y le suceda.

Los deberes del sujeto activo podemos decir que los más importantes y de los cuales se derivan muchos otros son la guarda, representación, corrección, educación, administración y la obligación de darle alimentos; en consecuencia al dejar el padre de cumplir con sus deberes inherentes a su calidad de sujeto activo, está descuidando el desarrollo del menor dando lugar a que según la ley pueda perder la patria potestad.

Estas dos partes que conforman esta fracción están íntimamente relacionadas, la primera con la voluntad de hacer y la segunda con la voluntad de no hacer, por lo que cabe aclarar que el abandono de los deberes por parte del sujeto activo pueden considerarse como un trato indebido e inadecuado que produce los efectos citados en el menor:

C).- "...pudiera comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal ."; la especulación de que se pueda o no comprometer la salud, la seguridad o la

moral del menor nos parece totalmente inadecuada, ya que da pauta a situaciones negativas por parte del padre o de la madre que realice el acto, ya que valiéndose de que el cónyuge que no abandona se esfuerce por sacar adelante al menor y que por lo mismo no esta comprometiendo ni la salud, ni la seguridad, por lo cual el cónyuge que abandona no pierde la patria potestad puesto que no se da la hipótesis establecida en dicha fracción, siendo esto totalmente injusto.

La fracción cuarta habla de la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses, por lo que debemos diferenciar que se considera no sólo el abandono de sus deberes tal y como se contempla en la fracción anterior, si no el abandono del menor tanto en sus deberes como en su persona.

El Código Penal contempla esta situación por medio de los artículos 335, 336, 342 y 343, que indican lo que es y en que consiste el delito de abandono de persona, señalando que el que abandone a un niño incapaz de cuidarse teniendo obligación de hacerlo, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión si no resultare daño alguno, privándolo además de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

2.7. EXCUSAS PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

En relación a lo anterior, el legislador contempló la posibilidad de que el (los) titular (s) de la patria potestad, pueda(n) excusarse del ejercicio de la misma, al darse los supuestos contenidos en el artículo 448 del Código Civil que a la letra dice : "La patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quienes corresponde ejercerla pueden excusarse:

I.- cuando tengan sesenta años cumplidos,

II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no pueden atender debidamente a su desempeño".

Retomando lo señalado en la característica de irrenunciabilidad de la patria potestad, ésta figura jurídica y su debido cumplimiento es de suma importancia en la sociedad, de tal manera que el sujeto activo tiene el deber de que el menor asimile una buena educación que en coadyuvancia, con la guarda, representación y administración, corrección, convivencia, alimentos, etc., la presencia y trascendencia en su vida personal sea positiva.

Lo antes mencionado tiene relación con las dos fracciones del artículo citado. que a nuestro parecer tienen como finalidad una reflexión minuciosa y profunda por parte del(los) sujeto(s) activo (s). Para cualquier ser humano resulta muy difícil el examinarse sin apasionamiento y lo más honestamente posible. Su capacidad para

cualquier actividad en la vida, la forma de ser, sus costumbres, etc., son puntos que tal vez no sean muy del agrado de alguna persona en su interior.

Tanto el anciano de sesenta años como el enfermo habitual, antes de promover la excusa deberán reflexionar si sus decisiones y actuaciones respecto al beneficio del sujeto pasivo son las adecuadas, que no estén viciadas de venganza, antipatía, envidia o por caprichos que suelen presentarse frecuentemente en personas de esa edad. Esta reflexión puede considerarse fácil en comparación al admitir valerosamente tanto por el enfermo como por el anciano, que sea mejor excusarse en el ejercicio de la patria potestad para que otra persona con derecho, lleve a cabo tal función.

La excusa se tramita a través de una jurisdicción voluntaria en vía incidental fundamentándose en los artículos 893, 395 fracciones I y II y 938 fracción III del Código de Procedimientos Civiles en relación con el artículo 448 del Código Civil según la fracción que se haya de invocar.

En lo referente a la edad de sesenta años que señala la fracción I, esta quedará probada con el atestado del Registro Civil correspondiente de conformidad con los artículos 39 y 50 del Código Civil.

La fracción II que se refiere a la enfermedad habitual del sujeto, ésta se deberá acreditar con constancias de médicos peritos con cédula profesional legalmente expedida

El Ministerio Público como representante social deberá estar presente en la audiencia de desahogo de pruebas con facultad para objetarla así como para preguntar y repreguntar a los que en ella intervengan, lo anterior con el objeto de cerciorarse respecto a la pretendida incapacidad de quien solicita la excusa del ejercicio de la patria potestad

Consideramos que es necesario agregar que en virtud de que el menor se encuentra en pleno proceso de formación, la obligación de reparar los daños que cause, debe hacerse extensiva a los encargados de su proceso de formación, en este caso el sujeto activo

El Estado no puede desatenderse del proceso de formación de los menores y de la obligación de procurar la pacífica convivencia entre los miembros de la sociedad, la cual se facilitará si la formación del sujeto pasivo es llevada positivamente.

Como ya se indicó con anterioridad, cuando el sujeto activo incumpla con sus funciones conferidas ocasionando daños físicos e intelectuales al menor, el Estado a través del órgano jurisdiccional competente, interviene para regular conforme a derecho lo que procede en beneficio del sujeto pasivo. Siendo esto en interés público, me permito transcribir la relación entre patria potestad y sociedad, y de acuerdo con lo que dice el Maestro Galindo Garfias: "El contenido social de la patria potestad se destaca desde el punto de vista de que los poderes conferidos al padre y la madre constituyen una potestad de interés público en cuanto que realizando esa misma en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado". 32

3.1. DERECHOS Y DEBERES DE QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

3.1.1. GUARDA.

El primer elemento que compone el contenido integrador del complejo de derechos y deberes es la guarda del menor y el fundamento se encuentra plasmado en el artículo 413 del Código Civil que a la letra dice: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la ley sobre previsión social de la delincuencia infantil en el Distrito Federal".

La guarda es el derecho del sujeto activo de mantener al sujeto pasivo cerca de sí. facultad que se otorga en base al derecho natural (padre e hijo) y en la inteligencia de que el contacto inmediato del sujeto activo con el sujeto pasivo facilita el presupuesto esencial de la patria potestad; que es el desarrollo integral de la personalidad del menor a través de una buena educación.

La guarda sitúa al menor en el lugar de su residencia, domicilio que en este caso sería el del sujeto activo, por lo que el menor mientras esté sujeto a la patria potestad no podrá dejar la casa de los que sobre él la ejercen sin su permiso o decreto de la autoridad competente.

El Maestro Ignacio Caferrata manifiesta que la guarda puede ser:

"A).- Legal.- La que el ordenamiento jurídico reconoce a los padres como titulares de la patria potestad y la que la ley otorga a los tutores para que manejen la persona y los bienes de los hijos.

B).- Judicial.- Es la que confiere el juez como órgano de poder jurisdiccional, cuando se ha roto la armonía entre los padres.

C).- De Hecho.- Es la que tiene lugar cuando una persona sin atribución de la ley o delegación de un juez, en los hechos y por propia autoridad toma a un menor a su cargo" 33

Estamos de acuerdo en la clasificación anterior, ya que ésta puede desmembrarse y estar sujeta a cambios, aunque la guarda de hecho que se menciona no confiere civilmente al que la detente ningún derecho y no hace perder al verdadero titular ninguna de las prerrogativas; por otro lado en la guarda judicial aparece el Estado, a través del órgano jurisdiccional cuando existen problemas en el hogar, que no sólo afecten a los esposos sino también dañan física y moralmente al menor, decidiendo de acuerdo al caso concreto cual de los dos padres quedará con la guarda, obviamente vigilando los intereses del sujeto pasivo; en este caso ya no rige la relación natural de los progenitores.

En estos casos, la guarda es encomendada por el juez, a cargo de uno de los cónyuges sin que implique un obstáculo para el cónyuge que no la detente para cumplir con los demás deberes que impone la patria potestad.

Al respecto la Suprema Corte señala:

"La guarda del menor hijo implica esencialmente la posesión, vigilancia protección y cuidado del menor y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad, dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en las satisfacciones de sus necesidades".

Amparo Directo 4029/67. Juan Carlos Villanueva 3 de febrero de 1969.
Mayoría de 4 votos.

Ponente Ernesto Solís Informe del Presidente de la Tercer Sala de la Suprema Corte de Justicia 1969. Página 26.

3.1.2. EDUCACION.

Siendo el menor un ser en formación, durante su prolongada etapa de inmadurez necesita del molde formativo del padre y la madre en su caso, de tal manera que si esta formación no es llevada convenientemente propiciará afecciones a futuro en la personalidad del hijo.

El artículo 433 del Código Civil, que anteriormente se transcribió en relación con el 444 del mismo ordenamiento, marcan el fundamento legal de esta obligación señalando que a las personas que tienen hijos bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlos convenientemente; pero aparte la Ley Federal de Educación indica en su artículo 53, que a los que ejercen la patria potestad deben procurar la educación de sus hijos o pupilos menores de quince años, la cual comprende como educación básica la primaria y secundaria terminadas.

Existen casos en que los padres no pueden sostener una carrera al menor, por situaciones económicas que la familia atravieza, dando ésto como resultado a que desgraciadamente muchos niños con capacidad para poder estudiar y ejercer una buena profesión, se encuentran vendiendo dulces o limpiando parabrisas de carros en los cruceros, sin embargo, esta no sólo es motivo de tal supuesto, ya que se dan casos en que los padres aunque tengan suficiente dinero y le den una buena escuela al menor, no se preocupan en su desempeño en la misma, por sus tareas, por sus calificaciones, etc., de tal manera que los padres piensan que con el sólo hecho de inscribir a su hijo en una escuela de prestigio, recibirá una buena educación, situación que es totalmente equivocada, ya que la educación no sólo es asistir a la escuela, sino que el padre

debe complementarla en su casa enseñándole al hijo a comportarse dentro y fuera del hogar, forjando así en él, conciencia de superación y cuidado por sí mismo.

Por tal motivo la educación debe tomarse en el sentido amplio de la palabra, el sujeto activo debe ocuparse de la formación física y moral del menor, así como atenderlo y auxiliarlo dentro y fuera de la escuela con el firme propósito de prepararlo para una profesión o actividad determinada que represente una utilidad para él y hacia la sociedad misma

3.1.3. CORRECCION.

El derecho de corregir al sujeto pasivo ha sido regulado por nuestro derecho en distintos términos. La Ley Sobre Relaciones Familiares confería el derecho de corregir al menor en su artículo 244, segundo párrafo, indicando que los que ejercían la patria potestad tenían la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente; con posterioridad el Código Civil en su artículo 423 señalaba que los que ejercen la patria potestad tenían la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente; dicho párrafo fue reformado el treinta y uno de diciembre de 1974; teniendo vigencia sesenta días después por lo que actualmente señala que los que ejercen la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una buena conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

En el Derecho Francés antiguo, el padre podía hacer encarcelar a sus hijos sin la menor explicación, pero con la supuesta finalidad de que se corrigieran, pero esto resultaba contraproducente; porque en vez de corregirse provocaba en el menor aumento de vicios en el consumo de droga y corrupción.

La corrección es la facultad que tiene el sujeto activo para censurar, enmendar y corregir al sujeto pasivo en actos que realice o deje de hacer, los cuales pueden consistir en una falta de respeto o incumplimiento de cierta tarea

Esta facultad tiene un límite regulado por la ley, puesto que muchos padres golpean a sus hijos brutalmente con el pretexto de corregirlos sin medir consecuencias, excediéndose por ende de la misma, dando lugar a sanciones contempladas

por sus consecuencias en el Código Penal como son: lesiones que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar menos de quince días, lesiones que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar mas de quince días, lesiones que ponen en peligro la vida o lesiones que dejen cicatriz perpetua en la cara, lesiones que perturben para siempre la vista o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna o cualquier otro organo, uso de la palabra o alguna de las facultades mentales.

Desafortunadamente en la actualidad y debido a la característica machista del hombre en nuestro país, existen padres que corrigen a sus hijos a golpes y sobre todo a sus esposas

En virtud de que estos acontecimientos suceden en la vida cotidiana, creemos que estas personas no son suficientemente capaces como para corregir a sus hijos y hacerles sentir para sí, respeto y orgullo, sino todo lo contrario les inspiran odio y temor.

Por otro lado vemos que el Estado puede intervenir a través de la autoridad competente para auxiliar al sujeto activo en su derecho de corrección, haciendo uso de amonestaciones y correctivos brindándoles el apoyo suficiente. Es necesario señalar que tanto la guarda, educación y la corrección tienen una íntima relación que las ubica dentro de un plano funcional en el que es imposible concebir una sin la presencia de las otras dos

El contacto inmediato del hijo con el padre es un presupuesto esencial para que el sujeto activo pueda cumplir con el deber de educarlo y para tal fin

necesita además de tenerlo bajo su guarda, corregirlo de forma conveniente para lograr su desarrollo físico e intelectual, en relación a lo anterior el Maestro Phillipe Simbler opina lo siguiente: "La autoridad paterna sobre la persona del menor tiene una sola fundamental misión, asegurar la educación del menor y para lograr este fin el legislador confiere a los padres una prerrogativa retener al menor cerca de ellos. Pero estos elementos no pueden ser yuxtapuestos, el uno no es sino el medio técnico para realización del otro". 34

34 SIMBLER, PHILLIPE - "NoCIÓN de la guarda del Infante".- Revista Trimestral de Derecho Civil. Julio-Septiembre Francia 1979. Pág. 366.

3.1.4. REPRESENTACION Y ADMINISTRACION.

En virtud que el menor de edad es un incapaz (carece de capacidad de ejercicio), requiere de la presencia de un representante que le impone la ley, por lo que el Código Civil señala que los que están bajo de ella tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen bajo las reglas que la propia ley señala.

Debido a la situación legal del menor, el sujeto activo como su representante deberá responder por los daños causados por aquel, teniendo la obligación de repararlos o en su caso indemnizar al lesionado.

La representación del menor por el sujeto activo sustituye al incapaz en el ejercicio de sus derechos, actuando el primero en actos para los cuales el segundo se encuentra legalmente impedido. Tal representación es en beneficio y en interés del menor, atendiendo a la naturaleza misma de la patria potestad. De tal manera que si los que ejercen esta figura jurídica tienen un interés opuesto al de los hijos, éstos serán representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez de cada caso.

El derecho-deber de la representación, se proyecta en un plano conjuntivo con el de la administración, facultades que se le confieren al sujeto activo por la ley, ya que la patria potestad es ejercida sobre las personas y los bienes de los hijos por lo que el sujeto activo tiene la administración legal de los bienes que les pertenecen, atendiendo a las normas del Código Civil.

La facultad de administración sobre los bienes del menor, no comprende la gestión de todo el caudal del hijo, ya que presenta dos excepciones, la primera consiste en la administración, propiedad y usufructo de los bienes que el menor ha adquirido con su trabajo, corresponde a éste último; la segunda consiste en que, los bienes que el sujeto pasivo adquiere por causa distinta de su trabajo, la propiedad o la mitad del usufructo le pertenecen, en tanto que la administración y la otra mitad del usufructo le corresponden al sujeto activo.

Protegiendo de esta forma al menor contra aquellos padres que explotan a sus hijos enviándolos a trabajar y el producto de ese esfuerzo, lo ocupan en parrandas, por lo que se convierten así en mantenidos de sus hijos. Pero también nos parece justo que se contemple al sujeto activo para recibir la ayuda proveniente de tal usufructo, en compensación con los cuidados sobre el hijo y la carga de gastos por la educación y estudios que el padre eroga.

La segunda excepción se presenta cuando por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo pueden derrocharse y disminuirse, el juez competente tiene la facultad de tomar las medidas necesarias para impedirlo.

En caso de que el menor tenga la administración de sus bienes ya sea por ley o por voluntad del sujeto activo, se considerará al menor emancipado sólo respecto a dicha administración; con las restricciones para enajenar, gravar o hipotecar bienes.

Respecto a la administración y usufructo (la mitad de los frutos producidos), de los bienes que el hijo adquiriera por causa distinta a su trabajo, no otorga a quiénes ejercen la patria potestad la disposición libre de los bienes del menor, exceptuando las sumas de dinero producto de esa administración. En relación a esto, existen divergencias sobre lo que sería un acto de administración o un acto de disposición, por lo que nos permitimos transcribir las opiniones de algunos juristas al respecto.

Galindo Garfías opina: "Los actos de administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman parte del patrimonio percibiendo los frutos que éste produzca; por el contrario se entiende por actos de disposición aquellos que tienen como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro de distinta naturaleza y los que producen la disminución del patrimonio, como ocurre en el caso de la donación. Quedan comprendidos dentro del concepto de actos de disposición, los que tienen por efecto comprometer el crédito del menor o constituir un gravámen real, sobre algún bien que pertenezca a ese (hipoteca, fianza, constitución de servidumbre, etc)" 35 .

La doctora Méndez Costa dice: "Que el acto de enajenación no es una especie del acto de disposición, ambos constituyen una sola especie de acto con dos denominaciones, definiéndose en acto conservatorio por la función económico-práctica que cumple". 36

35 GALINDO GARFIAS, IGNACIO - Ob. Cit.- Pág. 682.

36 MENDEZ COSTA, J J - "Actos de Administración y Actos de Disposición"- Revista Notarial. Buenos Aires, Argentina. 1980. Pág. 611

El Doctor Alberto M. Justo, señala: "La enajenación puede ser acto de disposición o simplemente conservatorio, según las circunstancias y sobre todo, según el papel del acto dentro del patrimonio o del negocio concreto". 37

Para Boncasse: "El patrimonio de derecho común, es un patrimonio cuyo elemento capital es esencialmente estable, es decir, esta destinado a permanecer indefinidamente en poder de su titular y el acto de administración, sin comprometer dicho elemento, tiene como finalidad hacer fructificar ese capital; y aún utilizar las rentas enajenándolas. El acto de disposición comprende la enajenación del capital y de todo acto susceptible de acarrear la pérdida de ese elemento". 38

Una vez analizados los diferentes criterios citados, podemos concluir que el sujeto activo esta facultado para realizar actos de administración respecto de los bienes del menor.

Sin embargo, el primer párrafo del artículo 436 del Código Civil señala. "Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los bienes preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa autorización del juez competente".

En caso de que el juez autorice esa licencia que señala el artículo anterior, debe de cuidar que el producto de la venta se dedique al objeto que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga en

37 D'ANTONIO, DANIEL HUGO - *Ob. Cit.*- Pág. 132.

38 BORJA SORIANO, MANUEL - "Teoría General de las Obligaciones". 2ª Edición. Edit. Porrúa, S.A. Tomo I. México 1986. Pag.299

hipoteca a favor del menor, además el precio de la venta se depositará en una Institución de crédito y el sujeto activo no podrá disponer de el, sin orden judicial.

Hay otras limitaciones que la ley impone a quiénes ejercen la administración y la patria potestad del menor que son:

- 1.- Celebrar contrato de arrendamiento por más de cinco años.
- 2.- Recibir renta anticipada por más de dos años.
- 3.- Vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, frutos y ganado por menos valor del que se cotece en la plaza el día de venta.
- 4.- Hacer donaciones de los bienes de los hijos.
- 5.- Renunciar a los derechos de éstos.
- 6.- Renunciar a la herencia en representación de los hijos.

La finalidad de que la ley confiera la administración de los bienes del menor en las condiciones que la misma establece, es con la inteligencia de mantener el capital del sujeto pasivo para entregarlo a su libre administración en el momento que adquiera su capacidad de ejercicio, teniendo el sujeto activo la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes del menor.

¿Que sucedería si el administrador no lleva a cabo sus funciones honestamente y viola lo establecido en la ley?. Al respecto el Maestro Rojina Villegas opina: "En las funciones de patria potestad aún cuando el Código no regula la manera especial de la indemnización de daños y perjuicios a cargo de los padres o abuelos que la ejerzan, debe considerarse que toda violación a las normas prohibitivas, especialmente las contenidas en los artículos 436, 437, 440, 441 y 442 del Código Civil, constituyen un hecho ilícito que debe ser sancionado con el pago de daños y perjuicios".³⁹

Partiendo de que el propósito del sujeto activo en su carácter de administrador mantenga el capital de los menores para entregarlo a su libre administración una vez que adquiera su capacidad de ejercicio, es consecuencia de que si viola esta disposición deberá reparar los daños y perjuicios causados al menor en su patrimonio. Además los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o disminuyan.

3.1.5. ALIMENTOS.

En estricto sentido, se entiende por alimentos lo que el hombre necesita para su nutrición; concepto que solo contempla el aspecto de sustento biológico.

En el derecho, los alimentos contemplan además los aspectos sociales, morales y éticos del ser humano para que pueda subsistir, el artículo 308 del Código Civil señala en que consisten los alimentos.

Artículo 308.- "Los alimentos comprenden el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales".

Rafael de Pina señala: "Los alimentos son las asistencias que se prestan para el sustento adecuado de una persona, en virtud de disposición legal". 40

Los alimentos existen desde que el hombre se manifestó como tal. la necesidad de subsistir y la dependencia de otro dio lugar a esa obligación natural que a través del tiempo ha sido regulada por el derecho con la finalidad de que legalmente se de el derecho a quien corresponda y se exija el cumplimiento de los mismos.

40 DE PINA, RAFAEL - Elementos de Derecho Civil Mexicano". Introducción Personas y Familia. 7ª Edición Edit. Porrúa S.A México 1979 Pág. 92

En el Derecho Romano, el pater familias tenía la obligación de prestar alimentos, la cual derivaba de ser el titular de la patria potestad y existía entre el pater familias y las personas que se encontraban bajo su autoridad paterna.

Hoy en día, los alimentos no solamente derivan de la patria potestad, sino que además, son fuente y consecuencia del matrimonio, concubinato, parentesco consanguíneo, adopción y el divorcio; este último sólo en caso de que se condene al cónyuge culpable a pagar una pensión alimenticia al cónyuge y a los menores si existen.

La obligación de dar alimentos, estriba en el concepto de solidaridad que nos hace responsables de los que integran nuestro núcleo familiar para que obtengan lo necesario con la finalidad de vivir dignamente. Dicha obligación se puede satisfacer de dos maneras:

A).- Mediante el pago de una pensión alimenticia.

B).- Que el deudor incorpore a su casa al acreedor para darle alimentos

En relación a lo anterior veamos lo que dice la Jurisprudencia

**ALIMENTOS. INCORPORACION DEL ACREEDOR AL SENO DE LA
FAMILIA DEL DEUDOR. "El derecho de incorporar al acreedor**

alimentario al domicilio del deudor, se encuentra subordinado a la doble condición de que el deudor tenga casa o domicilio propio y de que no exista estorbo legal o moral para que el acreedor sea trasladado a ella y pueda obtener así el conjunto de ventajas morales naturales y civiles que se comprenden en la aceptación jurídica de la palabra alimentos, pues faltando cualquiera de estas condiciones, la opción del deudor se hace imposible y el pago de alimentos tiene que cumplirse necesariamente, en forma distinta de la incorporación".

Quinta Epoca Tomo CXXIX. Pág. 36 A.D. 2017/55 SALVADOR PEDRAZA GONZALEZ- 5 Votos.

Tomo CXXIX Pág. 804 A.C. 5825/55-LUCAS CORDERO RIVAS- 5 Votos.

Tomo CXXIX. Pag. 804. A.C. 617/56-ELIAS VAZQUEZ ANGELES- Unanimidad de Cuatro votos.

Tomo CXXX Pág. 315 A.D. 23/96-MARIO HERNANDEZ SERRANO Cinco votos.

Sexta Epoca. Cuarta Parte Vol. XLIII Pág. 9 A.C. 688/90- GUILLERMO ROMERO RAMIREZ- Cinco votos.

La primera forma de cumplir con la obligación alimenticia, se presenta en los casos en que una persona con derecho a recibir alimentos de otra, le exige su cumplimiento judicialmente obteniendo del juez, una sentencia a favor de sus deudores, un tanto por ciento que le será descontado de sus ingresos.

La segunda forma presenta sus excepciones que son: "El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir los alimentos, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro y cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación". Artículo 310 del Código Civil

El aludido inconveniente legal puede ser cuando el que debe dar alimentos haya perdido la patria potestad del menor ya sea por consecuencia de divorcio o en los casos previstos por el artículo 444 del Código Civil.

El monto de los alimentos fijados ya sea por convenio o sentencia, tendrá un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor.

Los alimentos serán proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades del que debe recibirlos, en estas condiciones no se proveerá de dinero a los hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubiesen dedicado.

En la patria potestad el sujeto activo debe cumplir con su obligación de dar alimentos al sujeto pasivo en forma adecuada, es decir, que se le haga ver al menor el esfuerzo y trabajo que cuesta ganar el dinero para que pueda vestir, calzar, alimentarse, tener un lugar donde dormir, estudiar, asistirlo en caso de enfermedades y

poderse divertir. No nos referimos a que se le reclame lo que se gasta en él, sino que valore el esfuerzo de los padres por darle lo mejor; por lo que a los hijos se les debe dar un trato distinto conforme van creciendo y en base a su comportamiento o a la madurez que adquieran, daries ciertas libertades que les permitan realizar sus actividades estudiantiles y en su caso sociales

Los alimentos son de orden público y de interés social criterio que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación al señalar que es improcedente conceder la suspensión contra el pago de alimentos porque de concederse se estaría impidiendo al acreedor alimentario recibir la protección necesaria para su subsistencia, en contravención de las disposiciones legales del orden público que la han establecido y se afectaría el interés social

Los artículos 303 al 306 del Código Civil, señalan el orden que deberá observarse para determinar dentro de varios parientes que se encuentren en posibilidades económicas de dar alimentos y quiénes son los que deberán soportar la carga correspondiente.

Artículo 303.-"Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, a falta o por imposibilidad de los padres la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieran mas próximos en grado".

La obligación de dar alimentos que lo padres tienen en favor de sus hijos, no requiere que el menor de edad deba probar que carece de medios económicos para exigir que dicha obligación se haga efectiva. Cuando el hijo es mayor de

edad, la necesidad de recibir alimentos debe ser probada para que la obligación a cargo de los padres sea exigible judicialmente.

Artículo 304.- "Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres a falta por imposibilidad de éstos, lo están los descendientes más próximos en grado"

Con lo que establece este artículo, se demuestra la reciprocidad de los alimentos, lo que quiere decir que el obligado a dar alimentos a su vez, tiene derecho de recibirlos. En este caso no existe límite de grado para cumplir y exigir dicha obligación, basta con identificar la línea recta entre ascendiente y descendiente.

Artículo 305.- "A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre, en defecto de éstos, en los que fueren solamente, y en defecto de ellos, en los que fueren sólo del padre.

Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen la obligación de dar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado".

Artículo 306.- "Los hermanos y demás parientes colaterales a que se refiere el artículo anterior, tienen obligación de dar alimentos a los menores, mientras éstos llegan a la edad de dieciocho años. También deben alimentar a sus parientes, dentro del grado mencionado, que fueren incapaces".

Como podemos observar la obligación de dar alimentos entre ascendientes y descendientes, es sin límite de grado, pero cuando se trata de parientes colaterales es hasta el cuarto grado.

La obligación de dar alimentos tiene su fuente en la ley, de tal manera que para su existencia no se requiere de la voluntad de las partes, tal y como sucede en un contrato, ya que su cumplimiento no debe ser objeto de transacción.

Las características de los alimentos son: Reciprocidad, porque como ya señalamos, el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos; Personal, porque en cuanto a que depende exclusivamente de la circunstancias individuales del acreedor y deudor, Imprescriptible, ya que la obligación de dar alimentos no desaparece por el simple transcurso del tiempo, Divisible, porque su deuda puede ser satisfecha por varios parientes a la vez; Inembargable, ya que si se priva de los alimentos a una persona sería como privarle de lo necesario para vivir, Proporcional, porque su cumplimiento es de acuerdo a la capacidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos; Asegurable, ya que la obligación se puede garantizar mediante hipoteca, fianza o depósito en cantidad bastante a cubrir los alimentos.

La obligación de dar alimentos cesa:

A).- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla.

B).- Cuando el alimentista deja de necesitar alimentos.

C) - En caso de injurias, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe de prestarlos.

B) - Cuando la necesidad de dar alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación de trabajo del alimentista mientras subsistan esas causas

C).- Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar alimentos abandona la casa de éste por causas injustificadas.

Ahora bien, al cumplir el hijo la mayoría de edad, ¿Continúa siendo acreedor alimentista?. Si no tiene medio de subsistencia, si continúa siéndolo; el Código Civil no señala que el cumplimiento de la mayoría de edad determine necesariamente la cesación de la obligación alimenticia.

Al respecto nos permitimos señalar la siguiente jurisprudencia

ALIMENTOS, HIJOS MAYORES DE EDAD, OBLIGACION DE

PROPORCIONARLOS.- La obligación de proporcionar alimentos a los mayores de edad, no desaparece por el sólo hecho de que éstos lleguen esta edad, en virtud de que su necesidad no se satisface automáticamente por la sólo realización de esa circunstancia.

Semanario Judicial de la Federación Séptima Época. Volúmenes 103-108. Cuarta Parte. Julio-Diciembre. 1977. Tercera Sala . Pág. 203.

3.1.6. DEBERES DE QUIENES ESTAN SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD.

En la relación paterno-filial existente en la patria potestad, se encuentran derechos y deberes tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo; respecto de los cuales el artículo 411 del Código Civil indica: "Los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Efectivamente, el sujeto pasivo debe honrar, respetar y obedecer no sólo a sus padres sino también a sus mayores. Esta disposición obedece al punto esencial de la patria potestad, que es la formación del menor para su desarrollo físico e intelectual, en virtud de que debe recibir los elementos primordiales del sujeto activo para tal fin, siendo necesario que los padres sean un buen ejemplo para sus hijos.

Dentro de esta idea no se encuentran, aquellos padres, abuelos o tíos que abusando de su facultad jurídica y familiar, obligan al menor a realizar actos inmorales o en contra de la ley aprovechándose de la inmadurez del sujeto pasivo para satisfacer intereses propios, ya que según ellos, el menor debe obedecer lo que ordenen sus mayores

En extremo a lo manifestado, tampoco debe crearse en el menor, una imagen de que el sujeto activo es invulnerable, perfecto, ya que todo lo que el padre ha hecho en su vida sea obligatorio que el sujeto pasivo lo realice, obedeciendo a todo cuanto mande o disponga el padre.

Es cierto que los padres desean para el hijo lo mejor, pero siempre hay que valorar las inquietudes del menor, para entender y comprender sus cualidades y defectos, que en ocasiones no serán los mismos que los que tenga el sujeto activo.

El Maestro Galindo Garfias opina respecto a lo dispuesto en el artículo 411 del Código Civil: "El deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes cualesquiera que sea su estado, edad y condición no se extingue al terminar la patria potestad. Por su contenido moral el deber de honra y respeto hacia los ascendientes, aparte de que no puede ser considerado simplemente un efecto de la patria potestad, es el fundamento ético de las relaciones paterno-filiales de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia". 41

El comportamiento que tenga el menor es esencial para que los padres puedan cumplir con su misión, misma que se traduce en el desarrollo físico y mental del menor para su debida integración en el sociedad.

Tal formación la tiene el menor, no sólo respecto a sus padres, sino también del Estado, el cual debe velar para que los sujetos activos cumplan debidamente con sus deberes y en caso de que por cualquier motivo no lo hagan, o no ejerzan sus derechos como es debido, o no puedan ser ejercidos, proveer lo necesario para que la pretensión del menor pueda ser satisfecha, fincando desde luego, la responsabilidad que resulte por tal incumplimiento.

41 GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- Ob. Cit.- Pág. 677

CAPITULO 4.

EL ABANDONO DE LOS DEBERES DEL SUJETO ACTIVO COMO CAUSA DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

4.1. LA FRACCION III DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.

Para dar inicio con el último capítulo del presente trabajo, consideramos importante establecer la diferencia entre la extinción y la pérdida de la patria potestad

En primer lugar la extinción presupone una situación ajena de la voluntad del sujeto activo y esta determinada por realidades socio-jurídicas que tornan imposible su vigencia

Por otro lado la pérdida de la patria potestad esta fundada en una conducta del sujeto activo que manifiesta un grave incumplimiento o indebida satisfacción de los deberes integrantes de la misma, que por su esencia, provoca que la finalidad que persigue no se realice.

Una vez hecha la distinción entremos en materia, el abandono del menor así como el incumplimiento de las obligaciones y deberes del sujeto activo para con el sujeto pasivo, es una de las grandes prohibiciones contempladas en el derecho.

El Maestro Ibarrola, manifiesta al respecto: "Se toleró en Francia desde el año de 1811 la existencia de turnos en todos los hospicios y casas de beneficencia, donde los padres podían depositar al niño sin darse a conocer, se suprimieron los turnos pero no la facultad de los padres de enviar a su hijo a la oficina de niños abandonados del servicio de asistencia social, sin obligarlos a revelar su identidad".⁴²

El abandono no necesariamente es físico, sino también económico, sentimental y moral. Ya que un padre puede vivir junto a sus hijos pero también dejar de suministrarles alimentos, no darle amor, cariño, comprensión, educación, convivir con él, es decir ser un verdadero padre.

Ahora veamos las evoluciones que nuestro derecho ha tenido sobre la pérdida de la patria potestad.

La Ley de Relaciones Familiares en sus artículos 260, 261 y 267 señalaba

Artículo 260.- "La patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho, y en los casos señalados por los artículos 94 y 97". Estos dos últimos artículos se referían a la situación jurídica que respecto a la patria potestad tendrían los hijos en caso de divorcio, es decir, que los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, o en caso si ambos fueren culpables el juez proveerá a los hijos de un tutor conforme a la ley en caso de que no hubiere ascendientes

42 DE IBARROLA, ANTONIO.- Ob. Cit.- Pág. 422

Artículo 261.- "Los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce o modificar su ejercicio, si trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o preceptos corruptores".

Artículo 267.- "La madre o abuela que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad, si no hubiere persona en quien recaiga se proveerá a la tutela conforme a la ley"

Veamos ahora el artículo 283 del Código Civil antes de la reforma y después de ella

Artículo 283.- "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes:

I.- Cuando la causa del divorcio estuviera comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no lo hubiere se nombrará tutor.

II.- Cuando la causa del divorcio estuviera comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrando el otro al acaecer ésta. Entre

tanto, lo hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se le nombrará tutor.

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

Artículo 283.- (Reformado).- "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o designar tutor".

El artículo 444 del Código Civil fracción III señala: "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 los hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal".

Para entender la primera parte de la citada fracción, veamos el significado jurídico de la palabra depravado y depravador: "Depravado es el sujeto corrompido moralmente o sumido en los extractos más abyectos de la delincuencia y del

vicio. Depravador, es aquel que fomenta la depravación o inmoralidad, actuando inclusive de manera inconciente" 43

De tal manera, el sujeto activo que tiene costumbres depravadas es un depravado y actúa como depravador realizando actos (concientes o inconcientes), que producen en el menor efectos negativos en su persona tanto física, moral e intelectualmente

Ahora bien, las costumbres depravadas ¿Tendrán efectos posteriores en la personalidad y desarrollo del menor?. Claro que sí, es de todos sabido que los problemas de personalidad en que se ve afectada una persona, son repercusiones de traumas, complejos, carencias o conflictos que el sujeto pasivo tuvo en su niñez, de tal manera que las costumbres depravadas de los padres, si ponen en peligro el desarrollo del menor, provocando problemas en su salud mental, inseguridad en su capacidad de decisión y que propiciarían un desequilibrio en su personalidad.

Los malos tratamientos pueden ser de dos formas, la primera que sería físicamente, los cuales son producto por supuestas correcciones tendientes a una buena educación y que ocasionan al sujeto pasivo, lesiones que pueden clasificarse a su vez por el tiempo que tardan en sanar o si ponen en peligro la vida del lesionado.

En relación a lo anterior, el Doctor Francisco de P. Restrepo Gutiérrez manifiesta: "Los atributos de la patria potestad relativos a la persona misma del

43 CABANELLAS, GUILLERMO - "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". 18ª Edición Edit. Helस्ता, Tomo III Buenos Aires, Argentina. 1986.

hijo con derechos de coacción, son susceptibles de abusos desde el momento mismo en que el padre actúe por antipatía, por envidia o por venganza, porque en este caso la facultad se está desviando de su propia finalidad". 44

La segunda forma por los malos tratamientos que provocan daños psicológicos en el sujeto pasivo, estos pueden ser los insultos, vejaciones, injurias; actitudes del padre hacia el menor carentes de todo interés y preocupación en su crecimiento y desarrollo físico e intelectual, una forma de ser displicente hacia todo lo que le suceda y realice.

Realizado el anterior análisis, nos atrevemos a concluir que la convivencia también es un elemento importante en los deberes del sujeto activo, es decir la compenetración y entendimiento de las vivencias del hijo, deben ser motivo de comunicación con los padres para así conocer sus problemas, inquietudes, éxitos y capacidades que sirvan de base para orientarlo. Esto es lo que es una verdadera convivencia, no nada más el hecho de vivir en una misma casa y darle lo necesario para su subsistencia, ya que la relación paterno-filial va más allá de las cosas materiales y económicas, importando el desenvolvimiento del menor dentro de una familia sólida para así valerse por sí mismo

La última parte de la fracción en comento, da a entender que estos supuestos darán lugar a perder la patria potestad, si con la realización de los mismos

44 DE P. RESTRETO GUTIERREZ FRANCISCO - "El Abuso del Derecho en las Potestades Familiares". Revista Internacional del Notariado - Año XII. Cuarto Semestre No. 48. Edit. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, Españ. 1960 Pág. 71

podiera comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos aún cuando tales hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

Con esta especulación da lugar a que el padre o la madre que abandone a su hijo no pierda la patria potestad, ya que el cónyuge abandonado se esforzó para darle lo necesario para su desarrollo, no comprometiéndolo la salud, la seguridad ni la moralidad del menor. Situación que nos parece totalmente injusta, ya que se mantiene la patria potestad a favor de un ascendiente que abandona a sus descendientes de manera totalmente irresponsable, abusando de los sentimientos que su pareja tiene hacia sus hijos, los que motivan que éste supla; el incumplimiento de deberes que dejó de realizar el que los abandonó.

Como un ejemplo de lo anterior, lo es el hecho de que en un juicio de pérdida de la Patria Potestad, se condene a la parte demandada a la pérdida de ese derecho y ésta no conforme con la sentencia dictada, interpone Recurso de Apelación en el que el H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, modifica la sentencia apelada en el sentido de que ambas partes conservan el ejercicio de los derechos que otorga la patria potestad, tomando en consideración que como la parte actora se hizo cargo de los menores, éstos no han estado expuestos a riesgos y el abandono del demandado no comprometió la salud, la seguridad ni la moral de tales menores; no encuadrándose por tanto el supuesto a que se refiere la fracción III del artículo 444 del Código Civil, para decretar la pérdida de la patria potestad; situación que como ya se expuso en líneas anteriores, me parece totalmente injusta.

4.1. DISPOSICIONES DE LA JURISPRUDENCIA.

Por lo que respecta a este punto, veamos lo que dispone la jurisprudencia en torno a la pérdida de la patria potestad, por lo que me permito transcribirlas y hacer un análisis comparativo de las mismas.

PATRIA POTESTAD. PERDIDA DE LA MISMA POR ABANDONO DE DEBERES. Si la actora señaló en su ocurso de demanda que el enjuiciado había desatendido sus deberes de ministración de alimentos para con su menor hija y éste sostuvo por el contrario que mensualmente le otorgaba una suma de dinero, es claro que aquélla no podía probar un hecho negativo, en tanto que el enjuiciado se encontraba obligado a probar sus aseveraciones, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 281 y 282 del código adjetivo civil, con objeto de que no se tuviera por acreditada la causal de pérdida de la patria potestad prevista en la fracción III del artículo 444 del Código Civil, y si no probó a través del medio de convicción adecuado sus afirmaciones, es concluyente que dicha causal se debe tener por probada, pues el sólo hecho de no proporcionar al acreedor alimentista los medios adecuados que permitan el desarrollo de su persona, trae consigo el peligro de que se afecte no sólo su salud o su seguridad, sino también su aspecto moral y, por eso mismo, debe tenerse por acreditada dicha causal y decretar la pérdida de la patria potestad de su menor hija.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3158/88. Sara Judith Cárdenas Cardos. 4 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Francisco Sánchez Planells.

Amparo directo 128/89. Gloria Arcelia López Ruíz. 9 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique Ramírez Gámez.

Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Cuarta Parte. Pág. 241

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. ABANDONO DE LOS DEBERES PARA CON LOS HIJOS COMO CAUSA DE.

Para acreditar la causal de pérdida de la patria potestad consiste en que uno de los padres abandono sus deberes para con sus hijos, como son los de dar alimentos, cuidado y educación, es suficiente el reconocimiento de que tal abandono haga el obligado, en la contestación de la demanda o en el desahogo de la prueba confesional a su cargo, en virtud de que son la aceptación, y ante la ausencia de pruebas que acrediten lo contrario, queda debidamente probado el abandono de esos deberes y que éste comprometió la seguridad, la integridad física y la salud del menor, ya que, además, legalmente existe la obligación en su caso, hasta de consignar ante la autoridad competente, las cantidades de dinero necesarias para los alimentos, cuidado y educación de los menores.

Amparo directo 5042/86. Maris Stella Reyes Zurita. 15 de enero de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano.

Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Cuarta Parte, Pág. 236

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

Amparo directo 1858/87. Etchika Juárez Fernández. 21 de octubre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón.

Amparo directo 6323/85. Rubén Barrios Graff. 18 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente Jorge Olivera Toro.

Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Cuarta Parte, Pág. 241

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. PENSION ALIMENTICIA. EL INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACION DE CUBRIRLA SUPONE, POR LO GENERAL, EL ABANDONO QUE DA LUGAR A. La obligación de otorgar una pensión alimenticia, radica básicamente en la necesidad que tiene el menor de ese apoyo para atender a sus necesidades corporales, lo que implica que basta con que se deje de cumplir con esa obligación en forma reiterada por varios años, para que, si no existe

algún elemento que explique suficientemente o justifique ese comportamiento, se tenga que concluir que se incurrió en la causal de pérdida de patria potestad consistente en abandonar sus derechos poniendo en riesgo la salud y seguridad del menor.

Amparo directo 858/87 Etxhika Juárez Fernández. 21 de octubre de 1987.

Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón.

Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Cuarta Parte Pág. 241.

Las tesis jurisprudenciales anteriormente descritas, señalan que los padres que no cumplan con la obligación de proporcionar alimentos a los menores hijos, deben perder la patria potestad, opinión que comparto, ya que al no cumplirse con esta obligación, trae consigo el peligro de que se afecte la salud, la seguridad y la moral del acreedor alimentista; pues evidentemente la necesidad de percibir alimentos es de tal naturaleza que el incumplimiento de la obligación de proporcionarlos, es en sí mismo motivo suficiente para considerar que se compromete la seguridad de quien debe recibirlos, máxime cuando se trata de menores que no pueden valerse por sí mismos.

PATRIA POTESTAD. COSTUMBRES DEPRAVADAS PARA LOS EFECTOS DE LA PERDIDA DE LA. Por costumbre se entiende una manera de obrar establecida por un largo uso o adquirida por la repetición de actos de la misma especie y por depravado demasadamente viciado en sus costumbres; de ahí se deduce que "costumbres depravadas" no pueden ser sino las conductas reiteradamente viciosas, por lo que sólo ante la plena justificación

de ese tipo de conductas por parte de alguno o ambos progenitores puede privárseles de la patria potestad que ejerzan sobre un menor.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 280/92 Miguel Angel de Cristo Rey Sánchez de Cima Lezma.
25 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas.
Secretario Armando Cortés Galván

Octava Epoca. Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XII-Agosto, Pág. 504.

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

Amparo directo 5045/85. Carlos Cardozo Duarte. 15 de enero de 1987.
Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano.

Séptima Epoca Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Cuarta Parte, Pág. 237.

Estas tesis nos indican que las "costumbres depravadas" que la ley emplea, denota las conductas reiteradamente viciosas de una persona; y para que su comportamiento traiga como consecuencia la pérdida de la patria potestad, se necesita la realización de actos frecuentes que ponen en peligro la moralidad de los hijos, es decir que su proceder es llevado a cabo de manera constante.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. NO ES CAUSA EL QUE LA MADRE ESTE FUERA DE SU CASA, TRABAJANDO PARA AFRONTAR SUS RESPONSABILIDADES.

El hecho de que durante un juicio quede demostrado que la madre de una menor permanecía fuera de su casa durante determinadas horas del día, destinadas a desempeñar su trabajo, de ninguna manera configura el abandono como causal para la pérdida de la patria potestad, puesto que tales ausencias deben reputarse razonablemente justificadas, por tener como finalidad la de cumplir con las tareas que pueden proporcionarle lícitamente los medios económicos para subsistir y obtener así los recursos que le permitan dar vivienda, educación y sustento a la menor.

Amparo directo 6708/85. Blanca Estela Medina León. 9 de abril de 1987.

Unanmidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228, Cuarta Parte, Pág. 238.

PATRIA POTESTAD, ABANDONO DE DEBERES COMO CAUSAL DE PERDIDA DE LA. QUE LA MADRE TRABAJE Y ESTUDIE NO LOS IMPLICA. El hecho de que en el juicio de pérdida de patria potestad se

demuestre que la madre permanece fuera de su casa durante determinadas horas del día, destinadas a desempeñar su trabajo y a estudiar, de ninguna manera puede considerarse que configure el abandono de deberes como causal de pérdida de la patria potestad, puesto que su ausencia se encuentra razonablemente justificada, por tener como finalidad la de cumplir con las tareas que pueden proporcionarle lícitamente los medios económicos para subsistir y obtener los recursos que le permitan dar vivienda, educación y sustento a los menores, así como superarse para estar en mejores posibilidades de afrontar sus responsabilidades.

Amparo directo 5401/87. Ofelia López Mimbela. 13 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot

Amparo directo 3607/84. Fausto Eduardo Flores Aguilera. 7 de julio de 1986. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

Séptima Epoca. Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: I Primera Parte-I, Pág. 329.

Estas dos tesis antes señaladas, nos indican que no puede privárseles del ejercicio de la patria potestad a las madres que trabajan, porque con su proceder se están haciendo llegar medios y recursos necesarios para la subsistencia de los menores hijos

ABANDONO DE MENORES. NO PUEDE CONSIDERARSE PROBADO, COMO CAUSAL PARA LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, CUANDO EXISTEN INDICIOS QUE PERMITEN

PRESUMIR QUE LOS PADRES VIVIAN SEPARADOS DE COMUN ACUERDO. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 426, fracción IV, del Código Civil para el Estado de México, uno de los casos expresos y excepcionales en los que se prevé la pérdida de la patria potestad es el abandono de los menores hijos por más de seis meses. Ahora bien, para decretar la pérdida de la patria potestad se requiere de 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, reconocido 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. En este orden de ideas, cuando la causal invocada para la pérdida de la patria potestad se hace consistir en el abandono del menor (o menores) por más de seis meses, dicho abandono debe quedar probado fehacientemente, de modo contundente e indubitable, no pudiendo considerarse que se satisfacen estas características probatorias cuando existen indicios que apoyan la presunción de que los padres vivían separados de común acuerdo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 812/92. Roberto Cortés Blanco. 11 de noviembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretaria: Julieta María Elena Anguas Carrasco.

Octava Epoca, Tribunal Colegiado de Circuito, semanario Judicial de la Federación Tomo: XI-Abril. Pág. 199.

PATRIA POTESTAD. ABANDONO DE LOS DEBERES PARA CON LOS HIJOS, NO ES MOTIVO DE SU PERDIDA. La fracción III del

artículo 426 del Código Civil del Estado de México, contiene dos requisitos para que opere la pérdida de la patria potestad: a) La depravación de las costumbres de los padres, malos tratos o abandono de sus deberes y b) Cuando se compromete a la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no estén bajo el ámbito de la Ley Penal; en consecuencia, puede estar acreditado el primer elemento, en virtud del abandono del obligado a sus deberes, porque no proporcionó alimentos a sus hijos; sin embargo, ello no es suficiente para decretar su pérdida, pues no está justificado el segundo elemento. O sea, el quebranto ocasionado en la salud, la alteración de la seguridad o la moralidad, si existe ayuda de alguien, en el suministro de alimentos, escuela, atención médica, en favor de los acreedores.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 51/93. Abel Acosta Torres. 3 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretaria: Elizabeth Serrato Guisa. Octava Época. Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XI-Mayo. Pág. 366.

PATRIA POTESTAD, PRUEBA PARA LA PERDIDA DE LA. Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea consecuencias perjudiciales, tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 280/92. Miguel Angel de Cristo Rey de Cima Lezma. 25 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortes Galván.

Octava Época. Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XII-Agosto, Pág. 504.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA, POR ABANDONO DE LOS DEBERES QUE COMPROMETEN LA SEGURIDAD DE LOS HIJOS. PARA DECRETARLA NO BASTA CON QUE EL MENOR PRESENTE DEFICIENCIAS FISICAS O SICOLOGICAS, SINO DEBE DEMOSTRARSE QUE SON CONSECUENCIA DE UNA CONDUCTA INJUSTIFICADA DE LOS PADRES. Cuando el legislador estableció el abandono de los deberes que compromete la salud de los hijos, como causa para perder la patria potestad, indudablemente previó una conducta culposa e inexcusable y no simples situaciones de hecho. De lo anterior se sigue que no basta con que el menor presente determinadas deficiencias de orden físico o psicológico sino debe demostrarse plena e indiscutiblemente que fueron producto de acciones u omisiones, siempre injustificadas, atribuibles al padre, a la madre o a ambos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 6/92. José Javier Amado García Ramírez. 5 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretaria: Rosa María Roldán Sánchez

Amparo directo 269/88 Silverio Santillán Herrera. 8 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdoba. Secretario: Armando Cortés Galván. Octava Época. Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo IX-Junio, Pág. 399.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. PARA DECRETARLA SE REQUIERE PRUEBA PLENA. (CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). Las hipótesis de las fracciones III y IV, del artículo 444, del Código Civil, deben probarse en forma plena e indiscutible, es decir, se debe demostrar que el demandado había abandonado sus deberes y que con motivo de tal conducta, pudo comprometer la salud, la seguridad, la moralidad de su hijo o porque lo hubiera dejado abandonado por más de seis meses, de lo que consecuentemente debe afirmarse que la quejosa, para el efecto de justificar su pretensión, debió haber acreditado durante el juicio, tres requisitos fundamentales: a) - Que el progenitor al abandonar los deberes que civilmente le impone la paternidad (entendiéndose por abandono el incumplimiento de tales deberes). éstos hayan sido incumplidos voluntariamente; b).- Que por lo anterior, se hubiera comprometido la salud, la seguridad o la moralidad del hijo; y c).- Que exista una relación causal entre ambos supuestos, o sea, que debido al abandono del padre, el menor hubiera sufrido algún perjuicio o daño de los mencionados y en la especie, no se demostró con prueba alguna que el menor hubiera sufrido algún daño o peligro en su salud o seguridad, pues por el contrario, como quedó justificado en autos, la madre y ahora quejosa se hizo cargo del menor, por lo que el mismo no sufrió alguna de las consecuencias de

aquel abandono en que dice incurrió el padre, ya que contrariamente a lo manifestado por la peticionaria de garantías, no basta la sola posibilidad de que se pueda poner en peligro la salud y seguridad del menor para que proceda la pérdida de la patria potestad, debido a que ésta, es una sanción de notoria excepción, pues lo normal es que la ejerzan siempre los padres, dado que las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen, deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que únicamente cuando haya quedado probada fehaciente e indudablemente una de ellas, se surtirá su procedencia.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 632/90. Amalia Lelo de Larrea Zapata. 17 de mayo de 1990. Mayoría de votos de Martín Antonio Ríos y José Joaquín Herrera Zamora en contra del voto de Víctor Manuel Islas Domínguez. Ponente: Martín Antonio Ríos. Secretaria: Nubia Chapital Romo.

Octava Epoca Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo VI SEgunda Parte-2, Pág. 597.

Las jurisprudencias antes citadas señalan que aunque se haya probado el abandono de los deberes de uno de los padres para con los hijos, es indispensable probar que como consecuencia de ésto sobreviniese la exposición de los hijos a tal grado que se pusieran en peligro su salud, seguridad o moralidad.

4.3 DERECHO POSITIVO COMPARADO.

Dentro de las distintas legislaciones que se analizarán en el presente trabajo, la patria potestad reviste matices distintos en lo que respecta a su pérdida, tal y como se demuestra en el siguiente análisis comparativo.

4.3.1. ARGENTINA.

En el derecho argentino la patria potestad es ejercida por ambos padres, así como el poder sobre los hijos imponiéndoseles en un plano de igualdad los correlativos deberes. A ambos padres se les reconoce el derecho de cuidar y de prestar los auxilios necesarios para los menores concediéndoles el deber de educarlos y la facultad de corrección.

Al igual que en nuestro derecho, la representación participa de todos los atributos propios de la patria potestad, en consecuencia, le son aplicables las facultades y obligaciones propias de la institución. En relación a la pérdida de la patria potestad, el artículo 307 del Código Civil Argentino establece los supuestos que darán a dicha sanción y son los siguientes: Por delito cometido por el padre o la madre contra su hijo o hijos menores, para aquel que lo cometa; por la exposición o el abandono que el padre o la madre hiciera de sus hijos, para el que los haya abandonado; por dar el padre o la madre a los hijos consejos inmorales o colocarlos dolosamente en peligro material o moral, para el que lo hiciera.

Respecto a esto el Maestro Hugo D' Antonio señala: "Respecto al primer caso, es decir, del delito cometido por el padre contra el hijo, cabe señalar en primer lugar que se trata de delitos dolosos y no meramente culposos. También encuadrarían en la causal de pérdida, los delitos preterintencionales, ya que el tiempo propuesto por el autor era de contenido igualmente doloso, aun cuando el resultado lo hubiera excedido; el otro supuesto hace mención de la exposición con la armónica figura del abandono de un niño de corta edad merced de la calidad de terceros; en relación al último supuesto que menciona los casos de consejos inmorales y colocación dolosa en peligro material o moral, son especies de incumplimiento para concluir si por su brevedad tipifican un caso de pérdida de patria potestad". 45

Con ya mencionamos en el segundo capítulo de la presente tesis, para decretar la pérdida de la patria potestad por un delito cometido por el sujeto activo se necesita que exista una sentencia ejecutoriada que determine la culpabilidad del delincuente.

Del segundo supuesto se desprende que el legislador de ese país, consideró suficiente la gravedad y el riesgo que implica para el hijo dejarlo expuesto al amparo de terceros para que sea causa de perder la patria potestad, de cualquier manera, en mi opinión se necesita analizar las circunstancias que rodean el caso y principalmente la edad del hijo, así como las condiciones en que hubiesen sido expuestos.

En relación al último supuesto, tiene una semejanza a nuestra legislación civil en la fracción III del artículo 444, esos malos consejos se pueden equiparar

a las costumbres depravadas (consideradas como vicios excesivos de la conducta), que repercuten mentalmente en el menor y por ende se pueden considerar como cumplimiento indebido o incumplimiento de los deberes de educación y asistencia del sujeto activo.

La otra parte de este precepto contempla: que los menores estén situados en peligro material o moral por haber sido colocados en tal punto dolosamente por el padre. Esta disposición se presta, a nuestro modo de ver, a la misma disparidad de nuestra fracción en comento, por la razón de que hasta que punto puede considerarse que los menores abandonados por el padre o la madre estén colocados en una situación de peligro si el cónyuge abandonado se encarga de que esto no suceda.

4.3.2. CHILE.

El Código Civil Chileno contempla lo relacionado a la pérdida de la patria potestad del artículo 240 al 263.

El artículo 240 del ordenamiento legal citado establece: "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre legítimos sobre los bienes de los hijos no emancipados. Los hijos emancipados se llaman hijos de familia y el padre o la madre en su caso, con relación a ellos padre o madre de familia."

Como se puede ver, la definición anterior sólo menciona los derechos del padre o madre legítimos sobre los bienes del menor, es decir, la ley no atribuye facultades al sujeto activo respecto de la persona del sujeto pasivo. En efecto, del estudio realizado sobre este Código, ninguno de los que contemplan la patria potestad señalan derechos y deberes como los que en nuestro país deben observar los padres respecto de sus hijos.

Ahora veamos lo que señala respecto a la pérdida de la patria potestad, esta legislación no consigna motivos de pérdida de la misma, sólo se ocupa de sus suspensión en términos de los artículos 262 y 263 del Código Civil Chileno que señalan que la patria potestad se suspende por la prolongada demencia del padre, por su menor edad, por estar el padre en entredicho de administrar sus propios bienes y por la larga ausencia del padre, del cual se sigue a perjuicio grave en los términos del hijo a que el padre no provee; la suspensión de la patria potestad, será decretada por el Juez con conocimiento de causa y después de oído sobre ellos los parientes del hijo y del defensor de menores.

Lo mencionado en estos artículos en lo que respecta del padre, se aplicará en su lugar a la madre tal y como lo dispone el párrafo quinto, del artículo 240 del Código Civil Chileno. Tal suspensión tiene un carácter temporal, ya que dicha privación puede quedar sin efecto siempre que hubiesen desaparecido los motivos que la produjeron.

4.3.3. BOLIVIA.

El Código de Familia de este país, contempla en su Libro Tercero, Título Primero, las disposiciones generales sobre una figura llamada "Autoridad de los Padres" de contenido semejante a la patria potestad, tal y como lo conocemos en nuestro derecho

El objeto de la autoridad de los padres se establece para el mejor cumplimiento de los deberes y derechos que incumben a los progenitores respecto a sus menores hijos, siendo ineludible la cooperación y asistencia del Estado para la formación física, mental y moral de los sujetos pasivos, prestando asistencia a los incapaces en general mediante organismos técnicos y servicios sociales adecuados.

El artículo 258 del citado Código, señala los deberes y derechos de los padres que son: "La autoridad del padre y de la madre comprenden los deberes y derechos siguientes:

- 1) El de guardar al hijo;
- 2). El de corregir adecuadamente la conducta del hijo.
- 3). El de mantener y educar al hijo dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes;

4) El de administrar el patrimonio del hijo y representarlo en los actos de la vida civil".

La pérdida de la autoridad de los padres, dará lugar cuando se actualicen los supuestos contemplados en el artículo 277 el cual señala:

Artículo 277.- "Los padres conjunta o separadamente, pierden su autoridad.

1) - Cuando sean autores, cómplices o instigadores de delito contra el hijo o induzcan a éste a alguna acción delictiva o cuando cometan delito el uno contra del otro o contra tercero sujeto a pena de privación de libertad.

2).- Cuando por las costumbres depravadas o por lo malos tratamientos, por los ejemplos perniciosos o la incitación a actos reprobables, por el abandono en el incumplimiento de sus deberes o por otra forma de inconducta notoria, comprometan o pudieran comprometer la salud, la seguridad o la moralidad del hijo, aunque estos hechos no aparejen sanción penal.

3) - Cuando exponen o abandonan al hijo.

La fracción segunda del artículo anterior demuestra una situación concreta y determinante en el presente, y en el futuro ambigua. Me refiero a que con los supuestos que contempla dicha fracción, se comprometan o pudieran comprometerse la salud o la moralidad del hijo, aunque estos hechos no aparejen sanción

penal, bajo esas condiciones se provocarían consecuencias inciertas obteniéndose posibles resultados en sentidos opuestos.

La postura del Código Familiar en relación a lo manifestado en el párrafo anterior, en mi opinión me parece conflictiva al momento de que el juzgador resuelva un problema concreto, puesto que al analizar la conducta en los padres, deberá fundamentar para condenar o no la pérdida de la autoridad de los padres en una norma que presenta dos supuestos diferentes, esto es, si comprometió o no pudo comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos. Tal disyuntiva no tiene la rigidez con que se debe aplicar al derecho en una problemática tan importante como ésta.

4.3.4. ESPAÑA.

El Código Civil de España contempla lo referente a la patria potestad en el artículo séptimo, llamado "De las Relaciones Paterno-Filiales" que comprende del artículo 154 al 171.

La patria potestad se ejerce por el padre y la madre sobre los hijos no emancipados y se llevará a cabo en su beneficio y de acuerdo a su personalidad, comprendiendo las siguientes facultades:

A) - Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral;

B).- Representarlos y administrar sus bienes.

Como ejemplo de lo anterior, podemos decir que en una familia que cuente con varios hijos, el sujeto activo ejercerá la patria potestad de acuerdo con la personalidad de cada uno de ellos, es decir, si uno de los menores es rebelde o desobediente, el padre tiene la facultad de corregirlo.

En nuestro derecho, aunque no se menciona específicamente que el padre o la madre ejercerán la patria potestad sobre sus hijos de acuerdo con su personalidad, se sobreentiende que el sujeto activo debe hacerlo, esto debido a la variedad de caracteres físicos y sobre todo psicológicos entre los integrantes de una familia.

El incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad por parte del padre o madre, traerá como consecuencia la privación total o parcial de su potestad, los tribunales en beneficio e interés del hijo acordarán la recuperación de la misma cuando hubiere cesado la causa que motivo la privación.

Las medidas cautelares para asegurar el bienestar del menor, pueden ser dictadas por el juez competente de conformidad al artículo 158 del Código Civil Español que a la letra establece " El juez a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio social dictará:

1.- Las medidas cautelares convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.

2.- Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a sus hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.- En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitar perjuicio."

Como podemos ver, la patria potestad que se ejerce en los países anteriormente citados esencialmente persiguen el mismo fin, que es el desarrollo físico y mental del menor para su debida integración en la sociedad, los deberes y derechos se analogan a una misma meta, aunque la redacción en los textos de tales leyes varían en cuanto a su escritura más no en su esencia

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La patria potestad aparece en el Derecho Romano, con la presencia del "Pater Familias", al cual se le otorgaban derechos y facultades que se traducían en su propio beneficio y no en el de los individuos que estaban dentro de su "domus", desviándose así la esencia y finalidad de la patria potestad de acuerdo a su concepción moderna.

SEGUNDA.- Con posterioridad, se le otorga a la madre el derecho de intervenir en el desarrollo de sus hijos ejerciendo conjuntamente con el padre la patria potestad

TERCERA.- La filiación es el fundamento de la patria potestad, creando por el hecho del nacimiento la relación paterno-filial; pero puede existir la filiación sin el carácter consanguíneo, como lo es el caso de la adopción, por lo que se puede afirmar que puede haber filiación sin patria potestad, pero no patria potestad sin filiación.

CUARTA.- La finalidad de la relación existente entre los sujetos de la patria potestad, es que no se persigan intereses propios, si no el desarrollo físico e intelectual del menor hijo y su debida integración a la sociedad, meta a la cual se llegará con el cumplimiento de los derechos y obligaciones que nacen de la patria potestad de la manera más conveniente para el sujeto pasivo.

QUINTA.- El ejercicio de la patria potestad es una función tutiva, es decir, la conjunción de una serie de derechos y deberes otorgados a los sujetos activos para educar, cuidar, alimentar, representar, corregir al menor así como administrar

sus bienes, forjando en él la conciencia de superación y madurez que le servirán para progresar, creando consecuentemente personas productivas para nuestro país.

SEXTA.- El Estado debe vigilar que los derechos y deberes atribuidos a los padres sobre los menores hijos, sean cumplidos debidamente y en caso de que no lo hagan o no los cumplan como es debido, proveer lo necesario para que la protección al menor sea satisfecha e imponer las sanciones correspondientes a los responsables.

SEPTIMA.- Los padres deben ocuparse de la formación física y moral del menor así como atenderlo y auxiliarlo dentro y fuera de la escuela con el firme propósito de prepararlo para una profesión o actividad determinada que represente una utilidad para él y hacia la sociedad misma.

OCTAVA.- La convivencia que tengan los padres con los hijos, es un elemento importante en los deberes del sujeto activo, para conocer sus problemas, inquietudes, éxitos y capacidades que sirvan de base para orientarlo, para el debido desenvolvimiento del menor dentro de una familia para así valerse por sí mismo.

NOVENA.- El sujeto pasivo necesita de la unión familiar para poder crecer en un ambiente sano y cordial que les permita realizarse positivamente, pero si alguno de los sujetos activos no cumple con sus obligaciones inherentes a la patria potestad, abandonando el núcleo familiar y por consecuencia al menor, no es posible que la relación de la patria potestad subsista, por lo que se le debe condenar a perderla, ya que no

se puede tomar como un ejemplo al padre que abandone sus deberes, puesto que lejos de beneficiarle al menor le causa daños irreparables tanto físicos como psicológicos.

DECIMA.- Debe reformarse la fracción III del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que establece. "La patria potestad se pierde: III.- 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"; quedando de la siguiente manera: Fracción III.- Por las costumbres depravadas, malos tratamientos o abandono de sus deberes de los ascendientes, independientemente de que se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos. Ya que con la redacción vigente se mantiene injustamente la patria potestad a favor de un ascendiente que abandona a sus hijos irresponsablemente, abusando de los sentimientos que su pareja tiene hacia sus hijos, los que motivan que ésta supla el cumplimiento de los deberes que dejó de realizar el que los abandonó y por lo tanto no están en el peligro que establece la fracción III del artículo 444 del Código citado.

DECIMA PRIMERA.- Las legislaciones extranjeras, así como la de nuestro país en relación a la patria potestad esencialmente persiguen el mismo fin, que es el buen desarrollo físico y mental del menor para su debida integración en la sociedad, los deberes y derechos se analogan a una misma meta, variando la redacción en los textos más no en su esencia.

BIBLIOGRAFIA.

BENEYTO PEREZ, JUAN. Instituciones de Derecho Histórico Español. Prof. de Rafael Altamira Vol I Librería Bosch. Barcelona, España. 1932.

BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. Edit. Porrúa S. A. Tomo I. México. 1983

CARREFATA, JOSE IGNACIO. La Guarda de Menores. Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1986.

CASTRO FERNANDEZ, LUIS. La Madre y la Patria Potestad en el Derecho Español. Anuario de la Escuela Judicial. Tomo X. Madrid, España. 1972.

CICU, ANTONIO. El Derecho de Familia. Edit. Ediar, S. A. Editores. Buenos Aires, Argentina. 1977.

D'ANTONIO, DANIEL HUGO. La Patria Potestad. Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina 1979.

DE IBARROLA, ANTONIO. Derecho de Familia. 3ª Edición, Edit. Porrúa, S. A. México. 1986

DE PINA, RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia. 7ª Edición, Edit. Porrúa, S. A. México. 1979.

FERNANDEZ CLERIGO, LUIS. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Unión Tipográfica Edit. Hispano Americana. México. 1947.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Derecho Romano. 10ª Edición, Edit. Esfinge. México. 1981

GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil. Edit. Porrúa, S.A. México. 1983.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad. Edit. José María Cajiga. J. R. S. A. Puebla, Puebla. México. 1971.

PORTE PETIT CANDAUCAP, CELESTINO. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal. Edit. Jurídica Mexicana. México. 1969.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. VOL. I. PERSONAS Y FAMILIA. 26ª Edición, Edit. Porrúa, S. A. México. 1995.

SANCHEZ MARTINEZ, FRANCISCO. SANCHEZ CANTU, S. Formulario de Derecho Familiar y Jurisprudencia. Edit. Trillas, S. A. México. 1988.

SOHM, RODOLFO Instituciones de Derecho Privado. Traducción de Wenceslao Roces. Antigua Librería Robredo. México. 1961.

DICCIONARIOS, ENCICLOPEDIAS Y REVISTAS.

PALLARES, EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil.

13ª Edición, Edit. Porrúa S.A. México. 1981.

CABANELAS, GUILLERMO. Diccionario Jurídico de Derecho Usual. 18ª Edición, Edit.

Helicuta, S.A. Tomo III Buenos Aires, Argentina. 1986.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 3ª Edición, Edit.

Porrúa, S.A. Tomo A-CH México. 1989.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires,

Argentina. 1984.

SIBLER, PHILLIPE. Noción de la Guarda del Infante. Revista Trimestral de Derecho

Civil Julio-Septiembre, Francia. 1979.

MENDEZ COSTA, J.J. Actos de Administración y Actos de Disposición. Revista

Notarial, Buenos Aires, Argentina 1980.

DE P. RESTRETO GUTIERREZ, FRANCISCO. El Abuso del Derecho en las

Potestades Familiares Revista Internacional del Notariado. Año XII. Cuarto Semestre.

№48. Edit. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, España. 1970.

LEYES Y CODIGOS.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

**CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y
PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.**

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

CODIGO DE FAMILIA DE LA REPUBLICA DE BOLIVIA.

CODIGO CIVIL CHILENO.

CODIGO CIVIL ESPAÑOL.