

879309
10
25

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

CLAVE: 879309



" LA RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD "

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

Licenciado en Derecho

PRESENTA:

Martha Carranco Ugalde

Asesor: LIC. HECTOR GUSTAVO RAMIREZ VALDEZ

Celaya, Gto.

Noviembre de 1999.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

272738



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios....

Por haberme dado la vida y todo lo que en ella me ha sucedido.

A mi linda Marbet....

Por ser la razón de mi existir y luz de mi camino, por que contigo aprendí el valor de la vida, te adoro.

In Memoriam...

A Ernesto.....

Con amor por su gran apoyo, los años de felicidad que junto a ti conocí, por haber dado a mi vida una razón de vivir.

A mi Madre.....

Sra. Sofía Guadalupe Ugalde Corona

Agradeciendo de esta manera el permitirme llegar a ser lo que soy, por estar siempre conmigo, por tus sacrificios y apoyo continuo, por que siempre aceptaste y protegiste mis errores con una sonrisa además de que en ti encontré siempre una palabra de aliento en mis triunfos y fracasos.

A Dios.....

Por haberme dado la vida y todo lo que en ella me ha sucedido.

A mi linda Marbet....

Por ser la razón de mi existir y luz de mi camino, por que contigo aprendí el valor de la vida, te adoro.

In Memoriam...

A Ernesto:.....

Con amor por su gran apoyo, los años de felicidad que junto a ti conocí, por haber dado a mi vida una razón de vivir.

A mi Madre.....

Sra. Sofía Guadalupe Ugalde Corona

Agradeciendo de esta manera el permitirme llegar a ser lo que soy, por estar siempre conmigo, por tus sacrificios y apoyo continuo, por que siempre aceptaste y protegiste mis errores con una sonrisa además de que en ti encontré siempre una palabra de aliento en mis triunfos y fracasos.

A mi Padre.....

Sr. Carlos Carranco Rodríguez

Por ser el mejor Papá del mundo y un ejemplo constante de dedicación y perseverancia, por estar siempre a mi lado con un consejo de aliento y que aunque no quiera siempre tiene la razón.

A ambos por haberme permitido lograr el sueño más grande que desde niña albergué que ahora se hace realidad,.....Gracias, los quiero.

A mis Hermanos.....

Gaby, por los momentos más bonitos de mi niñez en tu compañía y por ser siempre mi ángel de la guarda.

Caro y Carlos, con el deber de querer ser un ejemplo y por darme la oportunidad de volver con ustedes a ser niña.

A mi asesor:

Lic. Gustavo Ramírez Valdéz

En agradecimiento por sus conocimientos y el tiempo que a mi trabajo dedicó, por sus consejos, además de haber sido mi mejor maestro.

A mis Amigos.....

Simplemente por ser ustedes un gran estímulo, con cariño a Brenda Jasso M., Gaby Arellano R., Gaby Nito S., Luzma Pescador C., Faby Ordoñez J., Miguel A. Rodríguez M., Adriana Villegas V. y Lulú Gallardo C.

A mis compañeros:

Por su amistad.

Martha Carranco Ugalde.

Noviembre de 1999.

INDICE

Pág.

INTRODUCCION.....	1
--------------------------	----------

CAPITULO I LA FAMILIA

1.1. Evolución histórica.....	4
1.2. Concepto.....	8
1.3. Su integración.....	9
1.4. Importancia de la familia dentro de la sociedad.....	12
1.5. Sus derechos Constitucionales.....	13

CAPITULO II EI PARENTESCO

2.1 Antecedentes.....	17
2.2 Concepto.....	18
2.3 Fuentes constitutivas del parentesco.....	19
2.4 Clases o tipos de parentesco.....	21
2.4.1 El parentesco en nuestra legislación.....	22
2.5 Grados de parentesco.....	25

CAPITULO III EL MATRIMONIO

3.1	Antecedentes.....	27
3.2	Naturaleza Jurídica del matrimonio.....	28
3.3	Finalidad del matrimonio desde un punto de vista religioso... 31	
3.4	Maternidad y Paternidad.....	36

CAPITULO IV EL DIVORCIO

4.1	Antecedentes.....	39
4.2	Concepto.....	41
4.3	Clasificación o tipos de divorcio.....	43
4.4	Causales de divorcio.....	46
	4.4.1. Medidas que pueden asumirse antes y durante la tramitación de un juicio de divorcio contencioso.....	50
4.5	Efectos de la sentencia de divorcio en cuanto a la Patria Potestad.....	51

CAPITULO V PATRIA POTESTAD

5.1.	Antecedentes.....	55
5.2.	Concepto.....	56
5.3.	Naturaleza jurídica.....	57
	5.3.1. Fuentes de Patria Potestad.....	63
5.4.	Características de la Patria Potestad.....	64
5.5.	Los que ejercen la Patria Potestad.....	68
5.6.	Terminación de la Patria Potestad.....	70
5.7.	Suspensión de la Patria Potestad.....	71
5.8.	Pérdida de la Patria Potestad.....	72

5.8.1	Efectos de la pérdida de la Patria Potestad.....	75
5.9.	La muerte del tutor legal.....	75

**CAPITULO VI LA RECUPERACION DE LA PATRIA
POTESTAD**

6.1	Posibilidades.....	78
6.2	Análisis al artículo 497 del Código Civil para el Estado de Guanajuato.....	83
6.3	Propuesta.....	91

CONCLUSIONES.....	96
--------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA.....	100
--------------------------	------------

INTRODUCCION.

Al hablar de Patria Potestad, inmediatamente evocamos la situación de los niños y los incapacitados, pero, que hay de tras de estas simples palabras, que encierran en sí como institución protectora de los menores. En este trabajo de tesis revisaremos primeramente todos los elementos necesarios para el correcto desarrollo y funcionamiento de esta institución y dentro de esta misma tesitura analizaremos la problemática que encontramos en la señalización que la ley hace respecto de la pérdida de la Patria Potestad en relación a los menores sujetos a ella.

En el primer capítulo encontramos como elemento esencial para el correcto desarrollo de la Patria Potestad a la familia, célula social que trataremos de definir y de explicar su importancia dentro de nuestra sociedad en relación a sus integrantes que son y serán los ciudadanos que componen a nuestro país.

De la misma manera se describirán en los subsecuentes capítulos otros de los elementos de esta institución tan importante, como lo son el parentesco, el matrimonio, el divorcio, que actualmente es considerado un mal necesario y es uno de los principales elementos que pone de relieve la problemática de la pérdida de la Patria Potestad, ya que como consecuencia de él se rompe la institución del matrimonio y también de forma casi definitiva a la familia, lo que da inicio al problema de la pérdida de la Patria Potestad; dentro de este apartado revisaremos los tipos de divorcio que existen en nuestra legislación así como sus consecuencias legales y familiares.

El Quinto capítulo de este trabajo será destinado al estudio de lo que es la Patria Potestad dentro del que se estudiará si es una institución, un poder, un conjunto de facultades y derechos, una función, etc. así como sus

características y todos sus demás componentes a fin de proporcionar un panorama general sobre este particular para de esta manera formarnos un criterio con la finalidad de contar con un conocimiento a cerca de la trascendencia de esta institución en la vida familiar y social de todo ser humano.

De la misma forma y en relación a lo anterior observaremos que cuando por resolución judicial se condena a uno de los padres a la pérdida de este derecho se da origen a un fuerte problema que es la imposibilidad de Recuperación de la Patria Potestad por parte del padre culpable.

En el sexto capítulo entraremos al estudio sistemático y concreto de la pérdida de la Patria Potestad y sus consecuencias partiendo de que en la actualidad no existe un procedimiento establecido y concreto dentro de nuestras leyes para la recuperación de la misma; siendo vital que se le dé la importancia adecuada dentro nuestro Código Civil ya que se puede dar el caso de que el padre que fue condenado a la pérdida por alguno de los supuestos señalados en ley y que ese mismo supuesto que dio origen a esa sanción ya no exista por que el padre se recuperó de la causal que provocó la pérdida o simplemente que con posterioridad a esta resolución se comprueba por medios fehacientes que se encuentra rehabilitado y capacitado física, moral y psicológicamente para hacerse cargo de sus hijos y además de detentar la Patria Potestad sobre ellos.

Aquí la interrogante es la siguiente: ¿Que sucedería con ellos?, cual es la forma o procedimiento para que el padre, en este caso, recupere de forma inmediata la Patria Potestad del menor sin que éste pase a la tutela de algún pariente ajeno que por el simple hecho del parentesco tenga derecho a detentar la Patria Potestad o, en un momento dado, del Estado por medio de alguno de sus órganos auxiliares, por ejemplo el DIF; situación que comprobadamente genera grandes contradicciones y traumas en el menor, por que ante todo es mejor y más conveniente que se encuentre con alguien como su padre o algún familiar que en realidad se responsabilice del menor con verdadero cariño como lo hacen los padres.

Además si partimos del supuesto de que nuestras leyes tienen como fin común la protección, sobre todas las cosas, de las personas; inmerso en ello su calidad moral y estabilidad familiar como célula de nuestra sociedad.

Por último, es de mencionarse que en este trabajo se hace una clasificación de los supuestos que señala el apartado de Pérdida de Patria Potestad que prevé nuestro Código Civil, en virtud de que no todos son susceptibles de recuperación, ya que algunos en razón precisamente de salud mental y física del menor se prevé que puedan, en verdad, suponer la máxima sanción de pérdida de esta institución sin la mínima posibilidad de recuperación.

CAPITULO I

LA FAMILIA

1.1. EVOLUCION HISTORICA

La familia a pesar de ser la más antigua de las instituciones humanas y de ser un elemento esencial para la comprensión y funcionamiento de la sociedad, de ser el proveedor de los miembros que conforman la comunidad y la encargada de prepararlos para que se desarrollen adecuadamente en el rol que les corresponde; no es fácil definirla, no obstante que todos nacemos, nos formamos y morimos en ella, la dificultad estriba en la complejidad. Tiene tantos elementos e interacciones entre ellas que es complicado definirla e incorporarlos a todos, sin embargo daremos varias definiciones al respecto, solo con la finalidad de darnos una noción un poco más concreta de lo que es la familia sin pretender determinar cual de ellas es la mejor, pues no es el interés de este estudio.

La familia en Roma estaba conformada por dos clases de personas y estas eran: *Las Alieni Juris* y *Las Sui Juris*. Para el efecto de poder distinguirlas podemos decir que las primeras eran aquellas que se encontraban sometidas a la autoridad de otra; interpretando esta afirmación, nos encontramos con que en Roma había personas que disfrutaban de potestades que ejercían sobre otras personas que estaban subordinadas a tal autoridad.

El concepto de Familia en el derecho romano podía entenderse de dos maneras diversas:

1.-Podía hablarse de la familia en sentido propio conocida como "*domus*" y era "El conjunto de personas colocadas bajo la autoridad a

la manus de un jefe único”, por lo tanto estaba compuesta por un jefe único que era el *pater familias*, uno o varios descendientes sometidos a la autoridad del padre y una mujer que no tenía potestades más que sobre los esclavos y que se encontraba en la misma condición que una hija, a esta mujer se le llamaba *loco filiae*.

2.- Otro concepto de familia que impera dentro del derecho romano, consistía en que el pater familias y las personas colocadas bajo su autoridad o *manus*, estaban unidas entre ellas por el parentesco civil, llamado *Agnatio*.

3.- Así mismo podemos mencionar como un antecedente de la familia a la Familia Punalua:

Punalua: Compañero íntimo o asociado. Si el primer progreso en la organización familiar consistió en excluir a los padres y los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo fue la exclusión de los hermanos.

Por la mayor igualdad de edades de los participantes, este progreso fue más difícil que el primero. Se realizó poco a poco, comenzando tal vez por la exclusión de los hermanos uterinos, al principio en casos aislados, luego, gradualmente, como regla general y acabando por la prohibición matrimonio hasta los hermanos colaterales es decir, en términos actuales, los primos carnales, primos segundos y primos terceros. Este progreso constituye “una magnífica ilustración de cómo actúa el principio de selección natural.” (1)

Las tribus donde este progreso limitó la reproducción consanguínea, se desarrollaron más rápido y más completas que aquellas donde el matrimonio entre hermanos continuó. Este progreso se hizo palpable con la institución de la Gens, nacido de él, y que rebasó con mucho su fin inicial. La gens formó la base de la mayoría de los pueblos bárbaros de la tierra y de ello se pasó a Grecia y Roma, sin transiciones, a la civilización.

En ninguna forma de familia por grupos puede saberse con certeza quien es el padre, pero sí sabe quien es la madre. Aun cuando este llama hijos a todos los de la familia común y tiene deberes maternales para con ellos, no por eso deja de distinguir a sus propios hijos entre los demás. Por tanto, es lógico que este tipo de familia y en todos en donde existió el matrimonio por grupos, la descendencia solo puede establecerse por línea materna; el reconocimiento exclusivo de la filiación materna y las relaciones de herencia que después se les llamó derecho materno; aún cuando es este estadio de la sociedad no existía el derecho aún en sentido jurídico.

4.- La Familia Sindiasmica.- En esta fase se formaban ya parejas conyugales para un tiempo mas o menos largo; el hombre tenía una mujer principal entre sus numerosas esposas y era para ella el esposo principal entre las demás. (2)

Uno de los antecedentes de este tipo de familia lo constituyó el rapto de mujeres, indicio ya de un tránsito hacia la monogamia, este rapto consistía en que, cuando un joven, con ayuda de sus amigos, se lleva por su voluntad o por la fuerza a una joven, esta es gozada por todos, uno tras otro, pero después se considera mujer del promotor del rapto.

En esta etapa un hombre vivía con una mujer, pero la poligamia y la infidelidad ocasional seguía siendo un derecho para los hombres, aunque por causas económicas la poligamia se observaba raramente; al mismo tiempo se exigía la más estricta fidelidad a las mujeres mientras duraba la vida común, y su adulterio se castigaba cruelmente. Sin embargo, el vínculo conyugal se disolvía con facilidad por cualquiera de las dos partes y después como antes los hijos pertenecían a la madre.

5.- Familia Monogamica: Nació de la familia sindiásmica, su triunfo marcó el nacimiento de una nueva civilización, con el derrocamiento del derecho materno y se fundó entonces el predominio del hombre, su

fin primordial fue procrear hijos cuya paternidad fuera indiscutible, también se caracterizó por una solidez en los lazos conyugales que ya no podían disolverse por el simple deseo de cualquiera de las partes, ahora solo el hombre podía repudiar a la mujer ya que se le otorgó el derecho de la infidelidad al varón.(3)

Este tipo de familia se encontraba fundada en el poder del hombre. Un poder de origen económico radicado en el control masculino por la propiedad privada y tiene el objeto formal de procrear hijos de una paternidad cierta por que heredarán los bienes de la fortuna paterna.

6.- En México un antecedente muy importante es la Familia Nahua la que se fundaba en el matrimonio, que era una unión definitiva el cual estaba supeditado a reglas muy estrictas y tradicionales sin las cuales no eran considerados como casados a los cónyuges; en esta sociedad no existió la promiscuidad se prohibían las relaciones entre parientes en línea recta, en línea colateral igual, en la colateral desigual hasta el tercer grado con la excepción del varón con la hija de su hermana materna; por afinidad entre padrastros y entenados y concubinas del padre con el hijo.

La mujer desposada recibía el nombre de *cihuatlanti* y una vez que se convertía en madre se llamaba *tlacallacahuilli*. Existía también el concubinato, el varón tenía derecho a un número indeterminado de concubinas pero solo era esposa legítima aquella con la que se cumplían todas las formalidades que implicaba el procedimiento del matrimonio y todos los hijos ya fueran de esposa o concubinas eran considerados como legítimos. (4)

El hombre era el jefe de la familia ante su derecho, aunque en su realidad y de forma consuetudinaria estaba en igualdad de circunstancias con su mujer ya que el hombre se encargaba de educar, guiar y castigar a los hijos varones, mientras que la mujer hacía lo mismo con la las niñas.

1.2. CONCEPTO:

Comenzaremos este apartado con la opinión del autor Murdock quien define a la familia como “un grupo social caracterizado por residencia común, cooperación económica y reproducción; incluyendo adultos de ambos sexos y/o hijos sean propios o adoptados. (5)

Bonnecase, la define “como un organismo social de orden natural, basado en la diferencia de sexos y en la diferencia correlativa de las funciones, cuya función consiste en asegurar no solamente la perpetuidad de la especie humana, sino también el único modo de existencia que conviene a sus aspiraciones y/o sus caracteres específicos”. (6)

En sentido más amplio es el conjunto de personas (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil).

Así mismo es el conjunto de descendientes y colaterales que provienen de un tronco común, es la familia parental y alude en general a los parientes. Aunque desde el punto de vista jurídico el concepto familia es restringido a los cónyuges y a los ascendientes y descendientes de un varón y una mujer (los cónyuges).

“Familia se refiere a la vida constituida por un conjunto de parientes y allegados que viven en la misma casa (familia doméstica)” Este concepto no es jurídico, mas bien tiene un aspecto sociológico ya que ésta se encuentra fundada en lazos de afecto o de estimación y en el hecho de que sus componentes en algunos casos comparten en la misma casa una vida comunitaria.

La palabra "Familia" puede aplicarse al producto del hecho biológico de la procreación, en épocas anteriores solía llamarse familia natural, producto de uniones libres e ineficaces de crear una vinculación jurídica, con relaciones, solo de afecto y algunas veces con consecuencias jurídicas entre padres e hijos.

Por lo tanto, el concepto familia es ambivalente, por una parte, en sentido amplio comprende al conjunto de descendientes y colaterales que provienen de un tronco común, es la familia parental y alude en general a los parientes.

1.3. SU INTEGRACION.

Los seres humanos y la sociedad mantienen relaciones biológicamente necesarias, pues aquellos no pueden subsistir sin ésta y la existencia de ésta depende de aquellos. En este intercambio se observa una división del trabajo que corresponde a necesidades colectivas ya sean inducidas o reales. Para que esta división sea eficaz debe estar sustentada en la solidaridad, en la respuesta de colaboración de cada varón y cada mujer frente a los fines comunes.

La familia como agrupación humana, tiene sus propias pautas normativas; en su seno se regula de manera espontánea la conducta que deben observar los miembros del grupo en sus relaciones internas para formar la comunidad familiar y para que ésta pueda desempeñar sus funciones de manera estable, segura y ordenada.

La familia en cualquiera de sus formas tiene las siguientes características: 1) Relación sexual continuada, 2) Una forma de matrimonio o institución equivalente - como el concubinato -, de acuerdo con la cual se establece y se mantiene la relación sexual, 3) Deberes y derechos entre los esposos y entre los padres y los hijos, 4) Un sistema de nomenclatura que comprende modo de

identificar a la prole, 5) Disposiciones económicas entre los esposos y con especial referencia a las necesidades relativas a la manutención y educación de los hijos, 6) Generalmente un hogar aunque no es indispensablemente necesario que este sea exclusivo. (7)

Se trata de reglas de conducta, que son integradoras (no solo reguladoras) del grupo social mismo. De tal manera que su transgresión atenta contra la vida del grupo familiar en su conjunto.

Esta característica normativa esencial y propia del grupo familiar no es la creación del legislador. Decía Portalis, uno de los redactores del Código Civil Francés de 1804. "El legislador no crea el derecho, el autor de la ley, no hace sino expresarlo." La verdad que encierra este pensamiento de Portalis, si bien aplicable al derecho en general, encuentra en la familia, una comprobación de la verdad palmaria expresa.

En efecto entre los diversos problemas que plantean las relaciones conyugales y paterno filiales, ni el juez, ni el interprete en mi particular parecer, deben apartarse de esta consideración fundamental intrínseca del problema jurídico familiar, a saber: toda solución que se proponga, toda perspectiva o tratamiento del problema que pretenda postular desde un punto de vista exclusivamente legal, es una solución que lleva en sí un germen de error, mientras no se tenga en cuenta que la familia como grupo social primario, y su convivencia humana, crea sus propias normas de comportamiento, cuyo origen se encuentra en la naturaleza humana (por que es una agrupación humana natural) y de las cuales el precepto o preceptos legales aplicables son sólo expresión de esas reglas espontáneas por decirlo, de conducta, reglas que son a la vez parte consustancial del grupo, podríamos decir que lo constituyen normas necesarias y por ello mismo esenciales, son elementos de existencia de la familia. Y esa misma característica espontánea de la normativa familiar, que se identifica con la naturaleza misma del grupo, esas pautas de conducta, participan en alguna medida de la idiosincrasia o particular carácter de

los diversos grupos familiares, según sea el nivel social, económico, cultural, religioso y aún geográfico al que pertenece cada uno.

Hay autores que califican a la familia por sus relaciones y su constitución en:

Legítima.- Sí está constituida por el matrimonio.

Ilegítima.- Sí esta se deriva del concubinato o de madre soltera.

Y otros autores afirman que la única familia es la que se genera por el matrimonio como Mazeaud, opinión que no comparto toda vez que la familia puede existir, y existe, como tal aún sin un documento que lo acredite, ya que puede existir fundada solamente en bases morales y de cariño mutuo.

Sin embargo la familia es una realidad sociológica con un fondo moral, y el nacimiento y la constitución de la misma es un hecho que no debe catalogarlo; esto no quiere decir que los derechos y las obligaciones no sean iguales en las familias originadas del matrimonio y los que son extramatrimoniales. Tomando en consideración los principios éticos, religiosos y las buenas costumbres debe procurarse, pues, que toda familia se constituya por el matrimonio, pero sin negar la realidad social, en cuanto que hay un gran número de familias originadas por el concubinato, amor libre o de madres solteras. Es por eso que nuestro derecho busca equiparar en derechos y obligaciones a todas las familias así como los derechos y obligaciones de los miembros que la conforman sin importar su condición.

Después de exponer en términos generales algunas ideas básicas sobre la estructura jurídica de la familia, debemos señalar que este núcleo social primario descansa en tres grupos de normas: las que organizan la institución del matrimonio, las que se refieren a la filiación y las que organizan la Patria Potestad, que es la que para efectos de nuestro trabajo nos interesa, ya que una buena

organización familiar es la que dará a los menores de nuestro país una base moral fuerte y suficiente para enfrentarnos a todos los retos que implica el desarrollo. Por lo tanto considero que es muy importante que la familia se conserve como una célula, situación que es fundamental para el desarrollo correcto de cualquier ser humano, dando la oportunidad a aquel progenitor que recaiga en los supuestos de pérdida de la Patria Potestad de que en el caso de que se recupere o deje sin efecto la causal que dio motivo a tal pérdida, la recupere para el bien del menor y en sí de toda la familia.

1.4. IMPORTANCIA DE LA FAMILIA DENTRO DE LA SOCIEDAD.

Empezaremos este tema estableciendo que la familia es el núcleo sobre el cual recae nuestra sociedad y por lo tanto debemos darle mayor importancia tanto a nivel social como a nivel jurídico, ya que dentro de la sociedad este grupo humano es el que representará nuestro nivel cultural y moral además de que repercute en nuestro sistema jurídico ya que de una mala situación familiar se desprenderán grandes problemas sociales como divorcios, menores infractores, delincuentes, etcétera, de ahí que sea de suma importancia que la ley tome muy en consideración a este grupo social y provea las medidas necesarias para que se conserve el núcleo familiar.

Actualmente vivimos un nuevo concepto de familia en donde participan activamente en las relaciones todos y cada uno de los miembros de la misma, así como en el trabajo productivo externo como en las labores del hogar y en la educación de los hijos.

Esta nueva familia, debe ser, una familia respetuosa de la individualidad de cada uno de los que la conforman ya que todo ser humano tiene el mismo derecho al desarrollo de su personalidad, a la búsqueda de su felicidad y su perfección, pero sin olvidarse de lo importante de la armonía del grupo familiar. Aquí los padres deben participar en la educación de los hijos de una manera responsable, proporcionándoles todos los elementos necesarios para un desarrollo íntegro tanto

física como espiritualmente, de aquí la importancia de este estudio, ya que son los padres los más adecuados para proporcionar esa educación a los menores y por lo tanto es conveniente que se establezca en nuestro Código Civil que en el caso de que un padre que perdió la Patria Potestad y de que esté en el supuesto de que la causal que dio origen a la pérdida ya se sobrepasó, entiéndase que se recuperó, o que el padre demuestre que psicológicamente está recuperado tenga la posibilidad de recuperar la Patria Potestad de su hijo. De esta manera se revalorará el trabajo domestico y se gozará del privilegio de la formación de los hijos, que es una especie de alimento del espíritu el disfrutar de la dicha de establecer los parámetros para encausar por el sendero correcto a un nuevo ser, como lo es un hijo.

Esta concepción de la familia es en la que impera la igualdad jurídica, la igualdad de dignidades de ambos sexos, y que dentro de sus diversidades conforman una sola entidad, hará posible que la familia sea, un conglomerado basado en el amor conyugal y paternofilial, en la comunicación de sus elementos, que permite un ámbito de respeto mutuo encaminado a su perfeccionamiento.

La familia es una institución de vida social y permanente dada entre dos personas de diferente sexo que por el solo hecho de contraer nupcias o decidir vivir en concubinato, originan el nacimiento de una familia; aquí se atribuyen derechos e imponen obligaciones a los miembros del grupo familiar, obligaciones y derechos que se encuentran armónicamente dispuestas, coordinadas a fin de lograr que se cumplan los fines de la familia: la comodidad y la ayuda mutua entre sus miembros.

1.5. SUS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Dentro de nuestra Constitución, como principal ordenamiento para los mexicanos, encontramos que también visualiza a la familia como un elemento esencial para nuestra sociedad, al señalarnos cual es la función

social de la familia, que no es otra que la formación y educación de los hijos con un sentido de responsabilidad social como lo subraya el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, "El varón y la mujer son iguales ante la Ley. "Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia." Marzo de 1975. (8)

La familia en México, en su calidad de célula fundamental de la sociedad se encuentra protegida desde el máximo nivel normativo, pues el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su párrafo segundo, que la ley protegerá la organización y el desarrollo del núcleo familiar sobre la base de igualdad entre el varón y la mujer. En el párrafo tercero, señala que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Asimismo en el párrafo sexto, estatuye el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades, y a la salud física y mental.

Ese deber que tiene el Estado de custodiar la familia le da al propio Estado ciertos derechos sobre la familia. Es función propia del Estado el exigir que los padres cumplan con sus deberes, que la educación que proporcionen a sus hijos sea correcta, que los hijos estén sujetos a una sana autoridad paterna, etc.

Por lo anterior, resulta claro que todos los miembros del núcleo familiar, gozan de las Garantías Constitucionales que se regulan en los párrafos mencionados. Tales garantías consisten básicamente en los siguientes derechos:

- Derecho a la constitución del núcleo familiar y a la decisión sobre el número y espaciamiento de los hijos.
- Derecho al desarrollo armónico del núcleo familiar.
- Derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer.

- Derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

Por lo tanto, podemos decir que la familia mexicana como tal está protegida desde el más alto nivel normativo que es nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con el único fin de buscar el bien común mediante la estabilidad de este núcleo social el cual proveerá de ciudadanos a nuestra comunidad.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL PRIMER CAPITULO.

- 1) Lewis H. Morgan, Dinámica Social, Edit. Pág. 38, Tomo I.
- 2) Chavez Asencio Manuel. La familia en el derecho. Relaciones Jurídicas Paterno filiares. Editorial Porrúa. México D.F.
- 3) Chavez Asencio Manuel. La familia en el Derecho, Tomo III, Editorial Porrúa, México 1984. Pág. 173.
- 4) De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México 1993, Pág. 105.
- 5) Chavez Asencio Manuel. Op. cit. Pág. 199.
- 6) La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1945, Pág. 207.
- 7) Recasens Luis, Sociología, Vigésima Edición. Editorial Porrúa, México, 1986. Pág. 470.
- 8) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CAPITULO II

EL PARENTESCO

2.1. ANTECEDENTES:

El parentesco en Roma.- La organización familiar de la antigua Roma establecía que el núcleo en torno al cual giraba toda la estructura de la *muma*, era el pater familias, y tomando como referencia a él había dos tipos de parentesco:

1.- *La Agnatio*.

2.- *La Cognatio*.

Es oportuno que demos una explicación de estas dos clases de parentesco para poder definir sobre quien y en que condiciones se ejercía la potestad paternal.

La *cognatio* era el parentesco que unía a las personas descendientes unos de otros en línea directa, o descendiendo, de un autor común, línea colateral sin distinción de sexo. Este parentesco, en otras palabras, lo determinaba la naturaleza lo cual para los romanos no revestía importancia para poder conceder todas las prerrogativas que el derecho civil otorgaba a este tipo de parentesco. Esta figura es el antecedente del parentesco consanguíneo contemporáneo.

La *Agnatio* era el parentesco civil basado en la autoridad paternal o marital; puede decirse que los agnados eran los descendientes, por vía de varones, de un jefe de familia común, y que estaban colocados bajo su autoridad o que estarían sometidos si aun viviere.

Se incluía dentro de este parentesco a la mujer *in manu* (casada), que aunque no era descendiente del pater familias, en derecho se le consideraba como una hija más.

La familia conformada por el parentesco agnático comprendía a:

- A) Las personas que estaban bajo la autoridad paternal, entre estos mismos y con relación al jefe. La agnación existía entre el padre y la madre, sus hijos legítimos o los introducidos a la familia por adopción.
- B) Los que hayan estado bajo la autoridad del jefe, y que lo estarían si aún viviese.
- C) Los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre, pero que lo hubiesen estado de haber vivido.

2.2. CONCEPTO:

Primeramente, parentesco deviene del latín popular *parentatus*, de *parens entis* que significa pariente.

Para Planiol, parentesco es la relación que existe entre dos personas, de las cuales la una desciende la otra, como el hijo del padre, el nieto del abuelo, o que desciendan de un tronco común, como dos hermanos, dos primos.

(1)

El parentesco desde un punto de vista biológico: Es la relación que se establece entre los sujetos que descienden unos de otros o de un tronco común.(2)

También se la llama parentesco a relación jurídica que se establece entre los sujetos en relación de la consanguinidad, de la afinidad o de la adopción.

Al nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre el cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre el adoptante y el adoptado, se denomina parentesco. Los sujetos de esta relación son entre sí parientes. El grupo de parientes y los cónyuges constituyen la familia.

La relación entre progenitor (a) e hijo (a) es el parentesco más cercano que puede darse y toma el nombre estricto de Filiación. La Filiación es parentesco, más no todo parentesco es filiación. (3)

En otras palabras, el parentesco, no es sino la adscripción de una persona a una determinada familia, es la relación que media entre dos o más personas y que deriva del simple hecho del nacimiento, el matrimonio o la adopción.

2.3. FUENTES CONSTITUTIVAS DEL PARENTESCO.

Generalmente se señalan como fuentes constitutivas del parentesco: el **matrimonio**, la **filiación** y la **adopción**.

En nuestro derecho y de acuerdo con nuestro Código Civil la Adopción no es fuente de parentesco, ni por consiguiente de la familia, sólo establece un vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado; aunque actualmente

existe la adopción plena que coloca al adoptado en la misma categoría que un hijo biológico con los mismos derechos y obligaciones que éste.

Al mencionar que la filiación constituye una fuente del parentesco comenzaremos por definir que se entiende por filiación:

Filiación es la relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. (4)

La relación existente entre padres e hijos trasciende los límites del primer vínculo de parentesco. Entre ellos media una relación más profunda y compleja, derivada de la sangre y complementada por la convivencia y el afecto recíproco. Aunque la filiación tiene exclusivo origen biológico.

Ello se traduce jurídicamente en la filiación, entendida por tanto como el lazo derivado de la sangre en su manifestación más próxima, que une a las personas en la relación paterno filial con proyecciones jurídicas.

La filiación, al igual que la familia y el matrimonio, pertenece al orden natural de las cosas. El derecho no la crea sino que simplemente le reconoce trascendencia por razones de índole superior, a las que no podría contradecir sin menoscabar las bases organizativas de la sociedad, poniéndola en peligro.

El matrimonio es fuente del parentesco por afinidad; el parentesco consanguíneo tiene como única fuente la filiación, el matrimonio por lo que se refiere al parentesco, tiene importancia respecto a la prueba de la filiación.

En efecto, los hijos nacidos de mujer casada se reputan hijos del marido y por tanto la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio de los padres.

2.4. CLASES O TIPOS DE PARENTESCO

Derivado del concepto jurídico existen tres clases o tipos de parentesco: Por consanguinidad, por afinidad, parentesco civil o por adopción para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho que deben estar declaradas y reconocidas por la ley, aunque consuetudinariamente existe dentro de nuestra cultura religiosa un cuarto parentesco que de la misma forma explicaré aunque no contiene ninguna relevancia jurídica. A continuación haremos una leve explicación de los tipos de parentesco.

Por consanguinidad.- Es la relación jurídica que surge entre las personas que descienden de un tronco común, esta clase de parentesco deviene de la relación biológica.

Por afinidad.- Es la relación jurídica surgida del matrimonio, que es la fuente de este parentesco y únicamente se da entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro, son las personas no parientes que llegan a unirse a la familia por virtud de un matrimonio, son los que comúnmente se les llama parientes políticos, aquí el grado de parentesco es idéntico al que tiene el otro cónyuge; el matrimonio no crea lazos de parentesco entre dos familias, solo entre el cónyuge y los familiares del otro, así mismo el marido y la mujer no se convierten en parientes entre sí en razón del matrimonio.

El matrimonio origina en un principio una relación conyugal entre los contrayentes, una relación de parentesco entre los descendientes y una relación de afinidad entre los consanguíneos de un cónyuge con el otro.

El parentesco por afinidad imita al parentesco consanguíneo, pero no es tan extenso como este; ya que no establece relación entre los afines de la mujer y los afines del marido de ésta. Pero una vez disuelto el matrimonio que da origen a éste, el mismo se extingue.

Parentesco Civil.- Es el que se establece en razón de la Adopción existe entre el adoptado y los adoptantes; se comprende por el término adopción al vínculo de filiación que surge entre un mayor de 25 años con un menor de edad o un incapacitado, previa declaración judicial que se haga; y surge con independencia de la consanguinidad la ley lo admite como un parentesco ficticio que se establece y emana de un contrato particular llamado adopción, ya que es una imitación del parentesco real y es creado exclusivamente por el derecho ya que nada tiene que ver con la consanguinidad.

De lo antes mencionado podemos deducir que solo se dan completos estos tipos parentesco en la familia legítima, que es productos del legítimo matrimonio, ya que en la familia natural, sólo habrá parentesco con la madre, con los consanguíneos de la madre o con quien reconozca al descendiente y los consanguíneos.

Parentesco Espiritual.- En el derecho Canónico existe otra clase de parentesco llamado “espiritual” (canon 768) que se crea entre el bautizante y los padrinos con el ahijado y que se convierte en impedimento para contraer matrimonio entre ellos(canon 1079). Este parentesco no lo recoge la legislación Civil, aun que existe un artículo en el Código de Procedimientos Civiles que se refiere a los lazos que surgen por vínculo religioso. (Art. 170 F. III). (5)

2.4.1 EL PARENTESCO EN NUESTRA LEGISLACION.

Algunas instituciones de derecho de familia surgen como hechos jurídicos recogidos por la ley para atribuírseles consecuencias, independientemente de la voluntad de los sujetos afectados. Tal sucede con el parentesco que se establece por el nacimiento en ciertas circunstancias, sin necesidad de declaración de voluntad acorde y aún ante la inconformidad de los involucrados en él. Así, se es padre, madre, hijo, hermano, tío, etc. Como resultado natural del hecho del nacimiento, convertido en hecho jurídico al recogerlo la norma como supuesto en

la producción de consecuencias jurídicas. Lo propio sucede con las normas derivadas del parentesco: alimentos, patria potestad, tutela legítima, sucesión intestada. Surgen y tiene la naturaleza plena de hechos jurídicos. En nuestra legislación el vínculo familiar primario es el que se establece entre la pareja humana que entable relaciones sexuales permanente, sancionadas por la ley y la sociedad a través del matrimonio o sin la sanción legal configurándose el concubinato. Derivadas de esas relaciones sexuales surge la procreación que, a su vez, da origen al parentesco. En virtud del parentesco las personas tienen el derecho a la sucesión de sus parientes, de acuerdo con la Patria Potestad los parientes tienen derecho sobre la persona y bienes de los hijos así como la obligación de proporcionarles lo necesario moral y económicamente para su supervivencia y adecuado desarrollo.

Entre las obligaciones que el parentesco genera podemos encontrar: que los padres tienen la obligación de educar a sus hijos, el deber de respeto, también es obligación proporcionar alimentos mutuamente y los parientes en general tienen la obligación de aceptar el cargo de tutor en los casos que la ley establece, así mismo la afinidad no establece obligación alimenticia entre los afines ni da lugar al derecho de heredar ni tampoco impone la obligación de desempeñar el cargo de tutor o curador de los afines menores o incapacitados. De las incapacidades que genera el parentesco una de las más importantes es la prohibición de contraer nupcias entre pariente próximos, etc.

De esta manera comenzaremos por mencionar lo que el parentesco comprende dentro del Derecho mexicano, teniendo especial interés para nuestro estudio lo que el Código de Guanajuato señala:

CODIGO CIVIL DE GUANAJUATO.
TITULO SEXTO DEL PARENTESCO Y LOS ALIMENTOS.
CAPITULO I
DEL PARENTESCO.

ART. 346 La ley no reconoce más parentesco que el de los de consanguinidad, afinidad y el civil.

ART. 347 El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

ART. 348 El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

ART. 349 El parentesco civil es el que nace de la adopción plena o de la adopción simple.

En la adopción simple el parentesco, existe solamente entre el adoptante y el adoptado.

En la adopción plena, el parentesco confiere los mismos derechos y obligaciones que los derivados del parentesco consanguíneo.

ART. 350 Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.

ART. 351 La línea es recta o transversal. La recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un mismo progenitor o tronco común.

ART. 352 Línea recta es ascendente y descendente; la ascendente es la que liga a un apersona con su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.

ART. 353 En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común. (6)

En nuestro régimen jurídico la afinidad no establece obligación alimenticia entre afines, ni da lugar al derecho de heredar, tampoco

impone, como en el parentesco consanguíneo, la obligación de desempeñar el cargo de tutor o curador de los afines o incapacitados.

2.5. GRADOS DE PARENTESCO.

Grado es la generación que separa a un pariente de otro; **línea** es la serie de grados, estas son recta y colateral. La línea recta es, a su vez, descendiente y ascendiente, la colateral puede ser igual o desigual.

Las líneas, recta o colateral, pueden ser paterna o materna en razón de que el ascendiente sea el padre o la madre. Los grados en la línea recta se cuentan por el número de generaciones que separan a un pariente de otro o por el número de personas, excluyendo al progenitor.

El parentesco en línea recta no tiene limitación de grados.

La línea colateral o transversal se establece entre las personas que descienden de un progenitor común; hermanos, sobrinos, primos, tíos. En la línea colateral los grados se cuentan por el número de generaciones que separan a ambos parientes con respecto al tronco común, ascendientes por un lado y descendientes por el otro, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL SEGUNDO CAPITULO.

- 1) De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México 1993. Pág. 121.
- 2) Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Séptima Edición. Universidad Autónoma de México. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1994. Pág. 2323.
- 3) Montero Duhalt Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1985. Pág. 46.
- 4) Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. Pág. 1447.
- 5) Montero Duhalt Sara. Op. Cit. Pág. 48.
- 6) Código Civil para el Estado de Guanajuato.

CAPITULO III

MATRIMONIO

3.1. ANTECEDENTES:

El matrimonio entre los ciudadanos romanos se llamaba *justae nuptiae*; era de tipo monogámico, exigiéndose 14 años de edad para el hombre y 12 años para la mujer, la cual era prácticamente objeto de una operación de compraventa que se realizaba con los padres de ésta; de esta especie de matrimonio, derivaban los derechos familiares que entonces se reconocían, tales como la Patria Potestad y el parentesco civil: la esposa tomaba el nombre de *uxor* y el esposo *vir*, al lado de las justas nupcias, la Ley romana reconocía el concubinato y no lo prohibía, de hecho, lo reglamentaba debidamente, en la legislación romana; el matrimonio fue considerado solamente como un contrato civil, no obstante que al celebrarse se llevaban acabo ciertos actos religiosos, que no tenía el carácter de contrato público ni solemne.

En la India: Varios siglos antes del nacimiento de Cristo, sucedía que la mujer era tratada como un ser impuro, que debía tenerle al marido un exagerado respeto y cuya función, y en consecuencia de la finalidad del matrimonio, era simplemente reproductora (tener hijos). En caso de las mujeres infértiles, éstas podrían tener relaciones con los parientes del marido a modo de que cumplieran con su función de la procreación.

En Egipto: EL matrimonio se fincaba en el matriarcado. El hombre tejía y la mujer realizaba actividades de comercio y las inherentes a las características de ser la cabeza de familia. En principio el matrimonio egipcio fue

poligámico y más tarde evolucionó a la poligamia. Fue una relación menos promiscua y barbara que la indú con claro predominio de la mujer.(1)

Los musulmanes: Para los musulmanes la preponderancia del hombre era importante, y las mujeres eran seres inferiores; por lo mismo se aceptaba la poligamia, la cual subsiste hasta nuestros días. La mujer era comprada y podía ser repudiada, características que subsisten actualmente dentro de esta cultura. Haya países musulmanes donde se limita el número de esposas a cuatro, en tanto en otros se limita a tantas mujeres se puedan mantener.

En México, la familia nahua concebía al matrimonio de una manera puramente religioso, ya que carecía de toda validez cuando no se celebraba con todas las ceremonias del ritual, el que consistía en que un joven mancebo al estar en edad de contraerlo se reunía con sus padres, parientes y maestros a quienes se les ofrecía una comida con un hacha para obtener su conformidad quienes después le conseguirían la mujer y posteriormente por medio de intermediarias o casamenteras la pedía a sus padres quienes se debían de negar varias veces y después aceptar; posteriormente se celebraba una fiesta en casa de la novia en la que los presentes obsequiaban regalos delante del fuego. Por la tarde de ese mismo día por la tarde bañaban a la novia lavándole los cabellos, le aderezaban los brazos y piernas con pluma colorada y le pegaban margaritas en el rostro cerca del hogar y la colocaban en un petate y allí pasaban a saludarla los viejos de parte del mozo quienes le daban consejos. Posteriormente se les dejaba solos en una cámara por cuatro días sin consumir el matrimonio y posteriormente se sacaba el petate por las casamenteras y se sacudía el mismo con ciertas formalidades, así se consideraba como formalizado el matrimonio. (2)

3.2. NATURALEZA JURDICA DEL MATRIMONIO

Comenzaremos este punto haciendo alusión al origen de la palabra matrimonio la cual es de origen latino y se deriva de la unión de *matris*

(madre) y *monium* (carga o gravamen). Su significación etimológica da idea de que las cargas más pesadas que derivan de la unión recaen sobre la mujer sujeta a la misma, por lo tanto, sobre la madre.

La institución ideal para formar una familia, es el matrimonio, por que es a través de esta institución que el individuo reconoce en forma clara, expresa y responsable ante la sociedad el compromiso que adquiere al formar una pareja, de velar por los valores que consideran esenciales para el desarrollo de la persona y de la familia.

La palabra matrimonio se aplica indistintamente a dos situaciones diferentes, si bien unidas entre sí por una relación de causa y efecto: La celebración del matrimonio y el matrimonio en sí (sociedad conyugal) que forman marido y mujer. (3)

El matrimonio puede ser considerado desde varios puntos de vista, a saber:

- a) Como un acto jurídico solemne;
- b) Como un contrato, y
- c) Como una institución social reglamentada por la ley.

El acto del matrimonio es de naturaleza civil, y desde las leyes de reforma, expedidas por un juez en el Puerto de Veracruz el día 23 de Julio de 1859, dejó de ser un acto religioso para convertirse en un contrato sujeto a la autoridad igualmente civil. Que el matrimonio sea un acto jurídico, es decir, que el compromiso sea jurídico tiene un significado especial y un propósito determinado y fundamentado. Lo jurídico no es un añadido, como una exigencia legalista que sobrepasa la dimensión amorosa de la relación conyugal. No es un “papelito” como se acostumbra señalar al referirse a este aspecto; a su vez, son elementos de validez de todo acto jurídico, los siguientes:

- 1.- Capacidad
- 2.- Ausencia de vicios de la voluntad
- 3.- Licitud en el objeto, fin y condición del acto
- 4.- Forma, cuando la ley lo requiera.

Puede también considerarse el matrimonio como una institución social, por que tiene los caracteres que se atribuyen a las instituciones jurídicas, que son los siguientes:

Un conjunto de normas jurídicas, debidamente unificado, que reglamenten determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial. Es evidente que el matrimonio tiene las características mencionadas.

Como acto, está sujeto a las siguientes disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y territorios Federales del artículo 146 al 161, inclusive y en el Código de nuestro Estado está regulado en los artículos 143 al 158.

El matrimonio como contrato y como institución está sujeto a las siguientes disposiciones: del artículo 162 al 234 en el C.C.D.F. y en el C.C. Edo. Gto. en los artículos 159 al 290. De donde se desprenden también los derechos-deberes que nacen del matrimonio:

- 1.- Deber de cohabitación, que a su vez podemos subdividir en el derecho sobre el cuerpo del otro cónyuge para realizar los actos de suyo propios para engendrar, y la obligación de vivir en el mismo domicilio.
- 2.- Deber de fidelidad.
- 3.- Deber de asistencia.

Así mismo, dentro de este apartado haremos mención de cuáles son los requisitos para contraer matrimonio a los que hace referencia Rafael

Rojina Villegas (4), encontrando que los mismos están divididos en dos grupos que son los siguientes:

De existencia:

- Diferencia de sexo y unidad de persona
- Consentimiento (*affectio maritalis*)
- Celebración: Presencia del juez del Registro Civil y dos testigos.

De validez:

- Consentimiento libre y espontáneo
 - * Error
 - * Fuerza
 - * Rapto
- Capacidad de las partes, impedimentos dirimentes
 - * Absolutos
 - * Relativos
- Formalidades
 - * Anteriores
 - * Coetáneas
 - * Posteriores

3.3. FINALIDAD DEL MATRIMONIO DESDE UN PUNTO DE VISTA RELIGIOSO.

MISION DE LA FAMILIA CRISTIANA.- En el designio de Dios Creador y redentor la familia descubre no solo su "identidad", lo que "es", sino también su "misión", lo que puede y debe "hacer". El cometido, que ella por vocación de Dios esta llamada a desempeñar en la historia en la historia, brota de su mismo ser y representa su desarrollo dinámico y existencial. Toda familia descubre y

encuentra en sí misma la llamada imborrable, que define a la vez su dignidad y su responsabilidad: familia, ¡"se" lo que "eres"¡

Remontarse al "principio" del gesto creador de Dios es una necesidad para la familia, si quiere conocerse y realizarse según la verdad interior no sólo de su ser, sino también de su actuación histórica. Y dado que, según el designio divino, está constituida como "íntima comunidad de vida y de amor", la familia tiene la misión de ser cada vez más lo que es, es decir, comunidad de vida y amor, en una tensión que, al igual que para toda realidad creada y redimida, hallará su cumplimiento en el Reino de Dios. En una perspectiva que además llega a las raíces mismas de la realidad, hay que decir que la esencia y el cometido de la familia son definidos en última instancia por el amor. Por esto la familia recibe la misión de custodiar, revelar y comunicar el amor, como reflejo vivo y participación real del amor de Dios por la humanidad y del amor de Cristo Señor por la Iglesia su esposa.

(5)

Todo cometido particular de la familia es la expresión y la actuación concreta de tal misión fundamental. Es necesario por tanto penetrar más a fondo en la singular riqueza de la misión de la familia y sondear sus múltiples y unitarios contenidos

En este sentido, partiendo del amor y en constante referencia a él, el reciente sínodo ha puesto de relieve cuatro cometidos generales de la familia:

- 1) Formación de una comunidad de personas;
- 2) Servicio a la vida;
- 3) Participación en el desarrollo de la sociedad;
- 4) Participación en la vida y misión de la Iglesia.

El matrimonio como sacramento tiene una doble finalidad:

1.- Unir a los esposos a Dios por la ayuda mutua que se procuran; ayuda que, no debe conseguirse dentro de una perspectiva temporal y terrena, sino también como un medio espiritual muy apropiado para levantarse juntos en el amor y servicio de Dios.

2.- Engendrar y educar para Dios hijos, pues los seres hechos a imagen de Dios, como son el hombre y la mujer tienen como fin procrear y propagar la especie, no es esto otra cosa que dar vida a nuevas imágenes de Dios destinados a conocerlo, amarlo y glorificarlo.

De lo que podemos concluir que la finalidad más importante del matrimonio es la educación de los hijos que se califica como un derecho primario y de obligación gravísima; La educación de los hijos debe ser completa comprendiendo todos los aspectos de educación escolar y comprende también la educación moral y religiosa, la física y social, debiendo también los padres prever sobre su bien temporal, ya que este solo se sujeta al tiempo en que ellos están bajo la Patria Potestad o cuando se unen en matrimonio.

SITUACION DE LA FAMILIA EN EL MUNDO DE HOY.- La situación en que se haya la familia presenta aspectos positivos y aspectos negativos: signo, los unos, de la salvación de Cristo operante en el mundo; signo los otros, del rechazo que el hombre opone al amor de Dios.

En efecto, por una parte, existe una coincidencia más viva de la libertad personal y una mayor atención a la calidad de las relaciones interpersonales en el matrimonio, a la promoción de la dignidad de la mujer, a la procreación responsable, a la educación de los hijos; se tiene además conciencia de la necesidad de desarrollar relaciones entre las familias, en orden a una ayuda recíproca

espiritual y material, al conocimiento de la misión eclesial propio de la familia, a su responsabilidad en la construcción de una sociedad más justa. Por otra parte no faltan, sin embargo, los signos de preocupante degradación de algunos valores fundamentales: una equivocada concepción teórica y práctica de la independencia de los cónyuges entre sí; las graves ambigüedades acerca de la relación de autoridad entre padres e hijos; las dificultades concretas que con frecuencia experimenta la familia en la transmisión de los valores; el número cada vez mayor de divorcios, la plaga del aborto, el recurso cada vez más frecuente de la esterilización, la instauración de una verdadera y propia mentalidad anticoncepcional. (6)

En la base de estos fenómenos negativos está muchas veces una corrupción de la idea y de la experiencia de la libertad, concebida no como la capacidad de realizar la verdad del proyecto de Dios sobre el matrimonio y la familia, sino como una fuerza autónoma de autoafirmación, no raramente contra los demás, en orden el propio bienestar egoísta.

Merece también nuestra atención el hecho de que en los países del llamado tercer mundo a las familias les faltan, muchas veces, bien sea los medios fundamentales para la supervivencia como son los alimentos, el trabajo, la vivienda, las medicinas, bien sea las libertades más elementales. En cambio, en los países más ricos, el excesivo bienestar y la mentalidad consumística, paradójicamente unida a una cierta angustia e incertidumbre ante el futuro, quitan a los esposos la generosidad y la valentía para suscitar nuevas vidas humanas; y así la vida en muchas ocasiones no se ve ya como una bendición, sino como un peligro del que hay que defenderse.

La situación histórica en que vive la familia se presenta pues como un conjunto de luces y sombras.

Se plantea así a toda la Iglesia el deber de una reflexión y de un compromiso profundos, para que la nueva cultura que está emergiendo sea

íntimamente evangelizada, se reconozcan los verdaderos valores, se defiendan los derechos del hombre y de la mujer y se promueva la justicia de las estructuras mismas de la sociedad. De este modo el “nuevo humanismo” no apartará a los hombres de su relación con Dios, sino que los conducirá a ella de una manera más plena.

En el matrimonio y en la familia se constituye un conjunto de relaciones interpersonales –relación conyugal, paternidad-maternidad, filiación, fraternidad- mediante las cuales toda persona humana queda introducida en la “familia humana” y en la “familia de Dios”, que es la Iglesia.

El matrimonio y la familia cristiana edifican la Iglesia, en efecto, dentro de la familia la persona humana no solo es engendrada y progresivamente introducida, mediante la educación, en la comunidad humana, sino que mediante la regeneración por medio del bautismo y la educación en la fe, es introducida también la familia de Dios, que es la Iglesia.

La familia humana, disgregada por el pecado, queda reconstruida en su unidad por la fuerza redentora de la muerte y resurrección de Cristo. El matrimonio cristiano, partícipe de la eficacia salvífica de este acontecimiento, constituye el lugar natural dentro del cual se lleva a cabo la inserción de la persona humana en la gran familia de la Iglesia.

El mandato de crecer y multiplicarse, dado al principio al hombre y a la mujer, alcanza de este modo su verdad y realización plenas.

La Iglesia encuentra así en la familia, nacida del sacramento, su cuna y el lugar donde puede actuar la propia inserción en las generaciones humanas, y éstas, a su vez, en la Iglesia.

3.4. MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

MATERNIDAD.- Es el nexo jurídico que une a una persona con su madre y es, de igual forma, el nexo moral más grande entre nuestros congéneres; se deriva de materno, estado o calidad de madre; la maternidad tiene en derecho varios efectos en relación a la filiación, al ejercicio de la Patria Potestad, a los alimentos, a las sucesiones en las relaciones familiares, en el establecimiento de la punibilidad, etcétera.

En lo que se refiere a la filiación esta resulta con respecto a la madre del solo hecho del nacimiento. Este hecho puede ser investigado por el hijo habido fuera del matrimonio o por sus descendientes, pudiendo probarse por cualquier otro medio ordinario excepto cuando se trate de imputar la maternidad a una mujer casada, salvo que la investigación se deduzca de una sentencia, ya sea civil o penal.

La maternidad es una de las figuras más importantes entre los seres humanos, en especial en nuestra cultura mexicana, ya que es la madre una de las personas que mas importancia tienen en el núcleo familiar en virtud de ser ella quien se encarga, en la mayoría de los casos, de la educación de los hijos.

PATERNIDAD.- Del latín *Paternitasatis*, que significa condición de padre, al igual que la maternidad, la paternidad tiene diversos efectos jurídicos; en relación a la filiación, a los alimentos, a la Patria Potestad, etcétera, sin embargo, la figura que más relevancia tiene, por los problemas que conlleva y por ser esta la causa de las otras relaciones, es la filiación.

Es del hecho biológico de la procreación de donde se derivan la serie de deberes, obligaciones, facultades y derechos entre el padre y el hijo, de ahí la importancia de su determinación.

También es muy responsable la paternidad y maternidad, entendiéndose por esto el deber del padre y la madre de comunicar la vida a plenitud que comprende la procreación y todo lo necesario para un desarrollo físico, mental, económico, cultural, social y religioso de los hijos, así mismo la paternidad responsable no solo se refiere a la procreación, sino también al sentimiento de educación y atención al hijo.

La paternidad está en relación directa y estrecha con el amor conyugal. Lo que falta en el amor conyugal se refleja como ausencia o carencia en la paternidad (7). De aquí que el ejercicio de la Patria Potestad deba realizarse de común acuerdo entre marido y mujer y ambos son responsables de los resultados, de tal manera que uno no puede ni debe delegar esta responsabilidad en el otro.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL TERCER CAPITULO.

- 1) Elías Azar Edgar, *Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano*. Segunda Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1997. Pág. 134.
- 2) De Ibarrola Antonio. *Derecho de Familia*. Cuarta Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1993. Pág. 105.
- 3) Chávez Asencio Manuel. *La familia en el derecho. Relaciones Jurídicas conyugales*. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México 1997. Pág. 41.
- 4) Rojina Villegas Rafael. *Derecho Civil Mexicano, Tomo Segundo. Derecho de Familia*. Séptima Edición. Editorial Porrúa. México 1987. Pág. 232 y 234.
- 5) Juan Pablo Segundo. *Exhortación Apostólica. La familia en los tiempos modernos*. Familiaris Consortio. XXIII Edición. Ediciones Paulinas S.A. Enero de 1991 México D.F. Pág. 30.
- 6) Op. Cit. Pág. 12.
- 7) Chávez Asencio Manuel. Op. Cit. Pág. 175.

CAPITULO IV

EL DIVORCIO

4.1. ANTECEDENTES:

En el Derecho Romano.- En cuanto al vínculo existió desde épocas muy remotas; y se podía pedir sin causas jurídicas que lo justificase, a pesar de la afirmación de Plutarco, quien atribuye a Rómulo una fantástica ley que determinaba las causas legítimas del divorcio; tomando en cuenta que la institución del matrimonio romano se fundaba no solo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal, por lo tanto en cuanto este desaparecía, era procedente el divorcio.

(1)

La facilidad para obtener el divorcio produjo la inmoralidad en las clases poderosas del pueblo romano; la decadencia en las costumbres en esta materia fue tan grande que Constantino reforma esto y únicamente permitió el Divorcio cuando existiera una causa justa para obtenerlo y en caso contrario, se castigaba al infractor de esta norma, pero no se nulificaba el divorcio y estableció como causas legales las siguientes:

Para el hombre...

- 1.- Que la mujer le hubiese encubierto maquinaciones contra el Estado.
- 2.- El adulterio probado en la mujer.
- 3.- Atentado contra la vida del marido.
- 4.- Tratos con otros hombres contra la voluntad del esposo.
- 5.- Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.
- 6.- Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia.

Para la mujer...

- 1.- La traición oculta del marido.
- 2.- Atentado contra la vida de la mujer.
- 3.- Intento de prostituirla.
- 4.- La falsa acusación de adulterio.
- 5.- Que el marido tuviere su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo o modo responsable, con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a separarse. (2)

El divorcio fue introducido en la legislación civil mexicana, por decreto de 29 de Diciembre de 1914 publicado el 2 de Enero de 1915 en El Constitucionalista, periódico Oficial de la Federación que se editaba en Veracruz, sede entonces del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista. En ese decreto, se modificó la fracción IX del Artículo 23 del la Ley de 14 de Diciembre de 1874 reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de Diciembre de 1873.

La introducción del divorcio en México, no fue precedida de polémicas ni de discusiones de ningún tipo, como ha sucedió en España o Italia, pues nadie se consultó al respecto, ya que se hizo en pleno periodo revolucionario, sin que hubiera precedido ninguna declaración en tal sentido del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, ni éste hubiera incluido el tema en ninguna de sus proclamas o de sus discursos de carácter oficial. En efecto, no encontramos ningún rastro de ninguna alusión al tema del divorcio, ni siquiera al tema de modificar revolucionariamente el entonces derecho de la familia, en el Plan de Guadalupe suscrito por Carranza y que fue la bandera de la Revolución llamada Constitucionalista, ni el discurso ante el Congreso del Estado de Sonora del propio Carranza, en donde delineó las políticas de su futuro gobierno al triunfo de la revolución, ni en ninguna otra de las actuaciones que hasta entonces había tenido el que sólo era para esa época Primer Jefe del Ejército Constitucionalista. Este, en virtud de las facultades que le concedía el Plan de Guadalupe (el cual nunca mencionó nada

referente al matrimonio) reformó la legislación, y concretamente el Código Civil, introduciendo el divorcio vincular, o sea, el divorcio que disuelve el vínculo del matrimonio el cual fue una novedad trascendente en la legislación mexicana que desde entonces nadie se ha atrevido a reformar, pues, atacar el divorcio no es democrático, como escribía Jorge Ripert hace años. La reforma pasó inadvertida en aquel tiempo, ya que la época no era para discusiones sobre tales temas, ante la lucha armada a matar o morir que sostenían los carrancistas, villistas, zapatistas y demás fracciones revolucionarias. Pero lo que viene a ser un antecedente real y muy importante es:

La Ley Sobre Relaciones Familiares, a partir de esta ley expedida por Venustiano Carranza, se logra el paso definitivo en materia de divorcio, al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble y permite, por lo tanto, a los divorciados celebrar nuevas nupcias después de transcurrido el tiempo que marca la ley para las mismas, el cual puede ser de dos años para el cónyuge culpable y de un año para ambos cónyuges en el caso de divorcio por mutuo consentimiento.

4.2. CONCEPTO.

Proviene del latín *Divortium*, que significa disolución del matrimonio, forma sustantiva del antiguo *Divertere*, que significa separar lo que estaba unido, tomar líneas divergentes. (3)

Según el pensamiento etimológico, el divorcio significa dos sendas que se apartan del camino.

En sentido metafórico, más amplio y moderno, el divorcio es la separación de cualesquiera cosas que estaban unidas.

En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y una menor; la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de

cuerpos que deja subsistente el vínculo. En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal.

Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por al autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un matrimonio válido.

Para captar cabalmente el concepto de divorcio como forma legal de extinción del matrimonio válido, habrá que determinar, así sea brevemente, el concepto jurídico de matrimonio.

El matrimonio es un contrato solemne, de interés público, por el cual un solo hombre y una sola mujer establecen una comunidad de vida total y permanente, que la sociedad y la ley consideran el fundamento de la familia.

Para contraer el matrimonio se deben llenar una serie de requisitos sustanciales y formales. Cumplidos éstos el matrimonio se considera válido. Crea en los que contraen el estado civil de casados con sus consecuencias Jurídicas de derechos y deberes recíprocos.

Determinando el concepto de matrimonio y sus consecuencias, las que solo se pueden extinguir por tres causas: la muerte, la nulidad y el divorcio.

La muerte de alguno de los cónyuges extingue el matrimonio.

La nulidad opera cuando el matrimonio se realizó incumpliendo con alguno o varios de los requisitos necesario para su validez. Por lo tanto el matrimonio solo puede terminar por la muerte o el divorcio.

Sentado que el matrimonio es la forma legal de fundar una familia por la unión de la pareja humana que cumple con ciertos requisitos, los cónyuges no pueden voluntariamente extinguir su vínculo sin cumplir forzosamente con los requisitos específicos ordenados por la ley.

El divorcio de acuerdo con la legislación mexicana es la disolución legal del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro (Arts. 266 y 291 C.C.). En algunas legislaciones se entiende dentro del término de divorcio la mera separación de cuerpos, sin la disolución del vínculo, como es el caso del Estado de Sinaloa.

DEFINICION LEGAL.- Art. 322 del Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato: El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. (4).

4.3 CLASIFICACION O TIPOS DE DIVORCIO

El divorcio como institución es paralelo en la antigüedad al matrimonio. Desde que las sociedades se organizaron jurídicamente crearon la institución del matrimonio como la forma legal de fundar la familia y, concomitantemente, se instruyó el divorcio como una forma permitida de extinción del mismo. Forma de la cual surgen los distintos tipos de divorcio que a continuación se enumeran:

DIVORCIO POR SEPARACION DE CUERPOS: En este sistema el vínculo matrimonial perdura quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: la separación material de los cónyuges, quien ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente, a hacer vida marital; refiriéndose solamente a la separación de lecho y habitación, esta situación no está reglamentada en el Estado de Guanajuato, pero es de gran uso en nuestra sociedad, ya que muy frecuentemente

tenemos casos en los que los cónyuges se separan pero nunca dan fin al matrimonio con el divorcio.

Como consecuencia de la extinción del deber de cohabitación, termina también la figura del domicilio conyugal. Cada cónyuge tiene derecho a señalar su propio domicilio voluntario.

Este tipo de "divorcio" fue el único conocido en los códigos mexicanos del siglo pasado por la influencia en los medios del derecho canónico que establece la indisolubilidad del matrimonio.

El divorcio-separación produce las siguientes consecuencias jurídicas: (5)

- a) Extingue el deber de cohabitación y el débito conyugal.
- b) Persisten los demás derechos deberes del matrimonio: Fidelidad, ayuda mutua, patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal y su administración conforme a lo pactado, salvo que la causa sea enajenación mental y que el administrador haya sido el enfermo.
- c) Custodia de los hijos por el cónyuge sano.

DIVORCIO VINCULAR: La principal característica de este divorcio consiste en la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias. Dentro de este sistema podemos hacer una división bipartita, a saber Divorcio Necesario y Divorcio Voluntario, que en nuestro Código se establece como divorcio por Mutuo Consentimiento. (Art. 323 XVII C.C. Gto.)

El divorcio vincular necesario se decreta por las causales señaladas en las fracciones I a la XVI del artículo 267 del Código Civil vigente, que podemos clasificar en los siguientes grupos:

- a) Por delitos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge contra terceras personas.
- b) Hechos inmorales.
- c) Incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio.
- d) Actos contrarios al estado del matrimonio.
- e) Enfermedades o vicio enumerados específicamente

Estas causas graves dan origen al divorcio vincular aún en contra de la voluntad del cónyuge culpable y siempre que este sea a petición del cónyuge inocente, siendo considerado inocente el que no haya incurrido o dado lugar o causa al divorcio.

Ahora bien, dentro del divorcio vincular necesario, podemos mencionar el divorcio sanción y el divorcio remedio. El primero supone que el motivo de la separación es una violación grave a los deberes del matrimonio y el divorcio es la sanción que se aplica al “culpable”; por ello la acción corresponde al cónyuge llamado “inocente” por él no dio origen al divorcio y es libre de ejercitarla, perdonar o permitir que la misma prescriba, y

EL DIVORCIO REMEDIO.- Existe cuando sin culpa de alguno de los esposos, la vida en común se deteriora por enfermedad, impotencia o locura, que hagan imposible llevar a cabo una convivencia normal.

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.- La fracción XVII del artículo 323 del Código Civil de Guanajuato señala como causa el “mutuo consentimiento”, dando lugar al mutuo consentimiento, el cual de acuerdo con la teoría puede ser administrativo o judicial. El Divorcio Administrativo se obtiene bajo el siguiente procedimiento: artículo 272 del Código Civil para el D.F: “Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron se presentarán ante el oficial del Registro Civil del lugar de su

domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse”. Este tipo de Divorcio existe en el Distrito Federal, el Estado de Puebla y algunos estados más pero en el Estado de Guanajuato no lo contempla la ley.

En el segundo, Divorcio por Mutuo Consentimiento Judicial, los consortes que pretendan disolver su vínculo matrimonial por este medio pueden solicitarlo acudiendo ante el juez de su jurisdicción para que en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato puedan divorciarse mediante el procedimiento especial que previene el Título Tercero, Capitulo Unico del Libro Tercero.

4.4. CAUSALES DE DIVORCIO.

Diversos criterios doctrinarios se han empleado al clasificar las causales. La dificultad para clasificar en forma totalmente distintiva consiste en que muchas de las causas de divorcio pueden clasificarse en diferentes grupos. Por ejemplo, el adulterio, que puede considerarse como delito, (como es el caso de nuestro Estado), como divorcio sanción, como incumplimiento de los deberes que implica el matrimonio, como conducta desleal, como injuria.

Estos criterios son los siguientes: causas que implican delito; causas que constituyen hechos inmorales, las contrarias al estado matrimonial o que implican incumplimiento de obligaciones conyugales, causas eugenésicas llamadas también causas remedio, causas que implican conducta desleal, etc. La doctrina más reciente agrupa las causas en dos únicos sectores: causa que implican culpa y causa objetivas. Y los últimos avances legislativos nos muestran el abandono total de las causales resumiéndose todas en una sola: quiebra efectiva, total y comprobada del matrimonio.

Son causas de divorcio todas las señaladas en el artículo 323 del Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato y que a continuación se describen:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

Etimológicamente adulterio es el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados; etimológicamente significa: “yacer ilícitamente en lecho ajeno”; la acción para que el cónyuge ofendido solicite el divorcio por la causal de Adulterio es de seis meses a partir del momento en que tuvo conocimiento del hecho.

II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse aquél y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.

IV.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

VI.- Padecer cualquier enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o que científicamente haga prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes de ese matrimonio o padecer impotencia incurable, siempre que no se esté en algunas de las excepciones señaladas por la fracción VIII del artículo 153. No es causa de divorcio la impotencia en uno solo de los cónyuges si sobrevino al matrimonio y como consecuencia natural de la edad, ahora bien, tampoco hay que confundir la impotencia para la cópula con la esterilidad, ya que puede tener lugar la cópula pero sin la posibilidad de fecundación.

En el caso de las enfermedades, estas se sancionarán con el divorcio sólo cuando causen un grave peligro físico. Siendo las principales las

enfermedades sexuales, la rabia y otras que sean adquiridas de manera culpable; y las que son sin culpa, nada mas representan una causa para la separación del lecho conyugal.

El artículo que se menciona se refiere los impedimentos para contraer matrimonio: “. VIII.- La embriaguez habitual, la morfinomanía, eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. Las enfermedades o conformaciones especiales que sean contrarios a los fines del matrimonio, bien por que impidan las funciones relativas, bien por que sean contagiosas o incurables o bien por que científicamente hagan prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes en ese matrimonio. La impotencia no será impedimento cuando sea por la edad o por otra causa cualquiera, en alguno o en ambos contrayentes y sea conocida de ellos.

VII.- Padecer enajenación mental o incurable.

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

IX.- La separación el hogar conyugal originada por una causa que sea bastante grave para pedir el divorcio, si no se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable demanda de divorcio.

La acción concedida al cónyuge que dio causa a la separación del otro del domicilio conyugal, solamente tiene por objeto obtener la disolución del vínculo matrimonial; pero los efectos que por esto se produzcan en relación con la situación de los hijos y las obligaciones de suministrar alimentos, se resolverán teniendo como cónyuge culpable al que se compruebe que incurrió en alguna de las causas mencionadas en las demás fracciones de este artículo; Pero, para que se de esta causal se requiere la existencia de un domicilio conyugal y, a su vez, la separación de él por parte de uno de los esposos por más de seis meses sin motivo aparente, además, de que consuetudinariamente este va aparejado con el incumplimiento de las obligaciones familiares. Este abandono debe ser continuo y el hecho de que el cónyuge ausente regrese interrumpe en término.

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

En este caso la ausencia deberá ser mayor de dos años.

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan imposible la vida conyugal.

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 161, siempre que no puedan hacerse efectivos los derechos que les conceden los artículos 162 y 163;

Conforme a este artículo tiene el marido la obligación de alimentar a su esposa y cubrir todos los gastos necesarios para el mantenimiento del hogar si ésta no trabaja o no tiene bienes. En caso contrario ella colaborará hasta con la mitad de los gastos y si el marido está imposibilitado para trabajar y no tiene bienes será la esposa quien sufrague todos los gastos.

En lo que atañe a los artículos 162 y 163 C.C. Gto., los derechos son: La mujer tiene siempre el derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido, de sus sueldos o emolumentos por las cantidades que por concepto de alimentos le correspondan a ella a sus hijos menores y puede pedir el aseguramiento de los bienes para hacer efectivo ese derecho, cuando la mujer tenga obligación de cubrir en todo o en parte para los gastos de la familia y el hogar.

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

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que implique deshonor para el otro cónyuge o para sus hijos, pero que se le imponga una pena de prisión mayor de dos años.

XV.- Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto intencional que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII.- El mutuo consentimiento, y

XVIII.- La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos. La acción podrá ejercitarse en cualquier tiempo y no tendrá mas objeto que declarar la disolución del vínculo, conservando ambos la Patria Potestad de los hijos y quedando vigentes todas las obligaciones relativas a alimentos. La custodia de los menores la tendrá el cónyuge con el cual hayan vivido, pero los menores que hubieren cumplido catorce años, podrán elegir a su custodio. El contrato de matrimonio con relación a los bienes terminará al declararse el divorcio y se procederá a la liquidación en los términos de la ley, sin perjuicio de lo que las partes convinieren al respecto. En este supuesto ambos cónyuges tienen la obligación de esperar un año para contraer nuevas nupcias.

4.4.1. MEDIDAS QUE PUEDEN ASUMIRSE ANTES Y DURANTE LA TRAMITACION DE UN JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO.

Las medidas pueden dividirse en:

- a) Aquellas que se refieren a las personas de los cónyuges y de sus hijos; y,
- b) Las relativas a los bienes y obligaciones de naturaleza patrimonial.

Dentro de las primeras, existen las siguientes:

- 1.- Separar a los cónyuges en todo caso;
- 2.- El depósito o la separación de los cónyuges;
- 3.- Las que se toman respecto de la mujer que queda encinta; y
- 4.- El depósito de los hijos menores

Dentro de las segundas están las siguientes:

- 1.- Señalar y asegurarse los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.

2.- Las medidas convenientes para que el administrador no cause perjuicios al otro cónyuge en sus bienes propios o en las de la sociedad conyugal o legal.

Todas las medidas mencionadas pueden decretarse antes de iniciarse el proceso por el que se encausará el juicio de divorcio en prevención de la integridad física y moral de los integrantes de la familia. Una de las medidas más importantes dentro de estos juicios es aquella que consiste en señalar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge deudor al acreedor y a los hijos habidos dentro del matrimonio, esto se puede dar desde el momento mismo de interposición de la demanda de divorcio.

4.5. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO EN CUANTO A LA PATRIA POTESTAD

Una de las particularidades que se dan en las sentencias de divorcio, ya sea voluntarios o necesarios, consiste en que únicamente alcanzan la fuerza de cosa juzgada material cuando el fallo concede el divorcio tan solo en lo relativo a la disolución del vínculo conyugal, pérdida de la Patria Potestad, declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges, etc. Pero no sucede así en lo relativo al monto de la pensión alimenticia, obligación de pagarla y situación de los hijos.

Lo que da margen a que en un momento dado la situación de los hijos sea susceptible de cambio en relación a la Patria Potestad. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes:

I.- Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones III, V, y XV del artículo 323, 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 le nombrará tutor.

II.- En todos los demás casos excepto en las fracciones VI y VII el Juez decidirá sobre los derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad y la custodia de los hijos menores de edad, determinando su conservación, pérdida o suspensión para uno o ambos cónyuges, independientemente del carácter del vencedor o perdedor en juicio, mirando solo el beneficio de los menores.

En su caso, llamará a quien legalmente corresponde el ejercicio de la Patria Potestad o designará tutor, y

III.- En los casos de las fracciones VI y VII del artículo 323, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de los hijos (artículo 337 C.C.).

Antes de que se prevea definitivamente sobre la Patria Potestad o tutela de los hijos podrán acordar los tribunales, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier providencia que se considera benéfica a los menores artículo (338 C.C.).

NUEVO MATRIMONIO.- El Código Civil para el Estado de Guanajuato vigente en su artículo 498, señala, “La madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por este hecho la Patria Potestad”.

Cabe hacer mención que este artículo no habla de qué sucedería si fuese el padre o abuelo el que contrajera nuevas nupcias; situación que nos hace suponer que los hombres si pierden la Patria Potestad al encontrarse en este supuesto.

MEDIDAS QUE PUEDE DICTAR EL JUEZ DESPUES DE EJECUTORIADA LA SENTENCIA DE DIVORCIO. El artículo 341 del C.C. para el estado de Guanajuato previene que “Ejecutoriado el divorcio, se

procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.”

Dando lugar a la ejecución forzada de las obligaciones que en el convenio contrajeron los consortes, puesto que la fuerza obligatoria del convenio deriva de la aprobación otorgada por el juez en la sentencia de Divorcio, aunque la ley prevé el supuesto de que el convenio celebrado entre los cónyuges es modificable en todas sus partes, pero no rescindible.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CUARTO CAPITULO.

- 1) Pallares Eduardo. El Divorcio en México. Tercera Edición. Editorial Porrúa S. A. México 1981. Pág. 11
- 2) Op. Cit. Pág. 12.
- 3) Diccionario Jurídico Mexicano. D-H. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa. Universidad Autónoma de México. Séptima Edición. México 1994. Pág. 1184.
- 4) Código Civil para el Estado de Guanajuato. Orlando Cárdenas Editor S.A. de C. V. Irapuato Guanajuato. 1998.
- 5) Montero Duhalt Sara. Derecho de Familia. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1985. Pág. 220.

CAPITULO V

PATRIA POTESTAD

5. 1. ANTECEDENTES.

En el derecho romano se definía como “el poder jurídico que el *paterfamilias* tiene sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, descendientes legítimos de los varones dependientes a ella, extraños ingresados en la familia por adopción o errogación y sobre los hijos naturales legitimados”. (1)

Originariamente se le consideró como un poder absoluto a favor del padre, evolucionando progresivamente sin perder el carácter de potestad sobre las personas y bienes de los sometidos a ellas. La *potestas* era la jefatura domestica que el *pater familias* ejercía en forma absoluta sobre los miembros de una familia.

Se reconocían diferentes formas de poder del padre: en la persona y bienes de los hijos, en la persona y bienes de la mujer y sobre los esclavos. En los primeros se llamaba a esta relación *patria potestas*, en la segunda se llamó *manus* y en la tercera *dominica potestas*, con el común denominador de la *potestas* que era la imagen y símbolo del poder del padre; misma que actualmente se conserva al definir a este conjunto de derechos-deberes patria potestad, emulando a esta antigua institución.

A la potestad del padre se encontraban sometidos, como consecuencia de este poder, los hijos, los hijos de sus hijos y sus respectivas esposas

con las que hubieran contraído matrimonio *cum manu* o *sine manu*; así como los esclavos.

En la antigua Roma los efectos de la Patria Potestad. Durante mucho tiempo el *pater familias* pudo matar, mutilar, arrojar de su casa a las personas *alieni iuris* como podía romper, destruir, abandonar las cosas que le pertenecían. Podían venderlas, y hasta el tiempo de Cicerón, darlas en prenda, Hasta Augusto, el hijo de familia podía ser objeto de un robo. En la economía primitiva se confundían el poder de disponer de las personas y el derecho real sobre las cosas, por que el uno y el otro tenían un valor pecuniario.(2)

5.2. CONCEPTO.

PLANIOL define a la Patria Potestad diciendo que es el conjunto de derechos y poderes que la ley le concede al padre y la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padres. Agrega, que no debe perderse de vista que estos derechos y poderes, únicamente se concede a los padres, como consecuencia de los pesados deberes que tienen que cumplir. Solo existe la Patria Potestad por que hay obligaciones numerosas a cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola frase, la educación del hijo. (3)

El Dr. GALINDO GARFIAS señala que la Patria Potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y los bienes de los hijos menores, para cuidar de estos y dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere. (4)

CLEMENTE DE DIEGO, la conceptúa como el deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las

personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos.
(5)

En todas las definiciones se habla de los derechos y deberes que ejercen los padres, y se señala también como una institución de asistencia y protección hacia los menores o incapacitados que quedan sujetos al ejercicio de la Patria Potestad la cual tiene una naturaleza especial y un fin determinado.

Como se puede observar la Patria Potestad se ocupa de las relaciones que existen entre padre y madre con el hijo, relación que es ejercitada conjunta o separadamente después de que la filiación queda definida. Por lo tanto, de todo lo anterior podemos concluir que por Patria Potestad debe entenderse el conjunto de derechos, deberes y obligaciones que la ley otorga y concede a quien la ejerce en función a la formación integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes.

5.3. NATURALEZA JURIDICA

En relación a su naturaleza jurídica encontramos las siguientes opiniones de autores, acerca de lo que es la Patria Potestad. Hay quienes la conciben como una institución otros como una conjunto de facultades y derechos, algunos como un poder otros mas como el reconocimiento de una facultad natural, otros como una función y otros más como un derecho subjetivo.

a) Institución.- El DR. GALINDO GARFIAS, señala que la Patria Potestad es establecida por el derecho, con la finalidad de asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de nacidos del matrimonio, de hijos nacidos fuera de él o de hijos adoptivos. (6)

También PUIG PEÑA señala que la Patria Potestad es una institución jurídica. Es decir, el trasunto en la ley de la situación, hecho que surge en las relaciones paterno filiales. La ley, la disciplina y de sus preceptos es posible deducir en todo en donde, por encima de la variedad de sus disposiciones, se descubre la armonía de la institución. (7)

Se dice también que la Patria Potestad es una institución necesaria para la cohesión del grupo familiar que comprende tanto la familia legítima como la ilegítima, por lo tanto, muy importante socialmente.

b) Facultades y Derechos.- DE PINA dice que la Patria Potestad se define como el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidos a quienes los ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria. (8)

GALINDO GARFIAS nos habla que para lograr esa finalidad tuitiva que debe ser cumplida a la vez por el padre y por la madre, la Patria Potestad comprende un conjunto de poderes deberes impuestos a los ascendientes que éstos ejercen sobre las personas y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida que su estado de minoridad de requiere. (9)

Como conjunto de derechos es definida la Patria Potestad por COLIN y CAPITANT, al decir que es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre los bienes y persona de sus hijos mientras son menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, alimentación y educación a que están obligados. (10)

c) Poder.- Desde este punto de vista se hace referencia a la autoridad, y de ella se dice que contiene las relaciones jurídicas basadas en el

reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre los hijos menores. No hay una relación jurídica entre iguales, pues el padre y la madre ejercen una potestad.

CARBONIER dice que la autoridad paterna está constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre, al objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto en razón de su juventud e inexperiencia.

ZANONI dice que la Patria Potestad contiene relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. Es decir, no se trata de relaciones cuyo objeto presupone la igualdad jurídica de los sujetos por el contrato; los fines que satisfacen, implican que tanto el padre como la madre ejercen una potestad, un poder.

Se trata de un poder reconocido por la ley, como medio de actuar en el cumplimiento de un deber. El deber paterno o materno en punto a los fines, no es una mera prerrogativa disponible del padre o de la madre. Ellos deben ejercerla; y es más están obligados a ejercerla personalmente ya que ese ejercicio es indelegable a terceros.

Otros autores señalan que la Patria Potestad esta constituida por un conjunto de poderes necesarios para que los que la ejercen puedan cumplir los deberes que les conciernen respecto a los hijos. (11)

La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la Patria Potestad, no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas en una situación de oposición, y no corresponden el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder, se ha conferido para el cumplimiento de un deber. (12)

d) Reconocimiento de la facultad natural.- Si tomamos en cuenta que la filiación es un hecho natural, y que hace referencia a la

procreación por lo cual alguien procrea al otro, y el que procrea tiene mayor edad, conocimiento y posibilidades, la Patria Potestad debe ser el reconocimiento de una facultad natural del procreador, que se ejerce mientras el procreado necesite de la atención.

Se trata, pues, del reconocimiento de una facultad natural, no es que los padres tengan la propiedad de sus hijos como sostenían las viejas doctrinas. (13)

IGNACIO SERRANO, reconocido civilista español apunta que la Patria Potestad es una institución natural que no necesita del derecho positivo para actuarse, por que aún cuando no hubiera estado habría Patria Potestad.

Fue con el cristianismo cuando la Patria Potestad se concibió como una misión conferida por Dios en beneficio de los hijos, y estableció los límites al poder, antaño absoluto, de los padres. La iglesia en reiteradas ocasiones ha defendido la prioridad de los padres frente al Estado, ha subrayado el carácter natural del poder de aquellos a quienes la misma naturaleza da el derecho de educar a sus hijos, imponiéndoles al mismo tiempo el deber de que la educación y enseñanza de la niñez corresponda y diga bien con el fin para el cual el cielo les dio los hijos. (14)

e) Función.- La concepción moderna de la Patria Potestad la identifican como una función que ejerce el padre para la protección de los hijos. Esta concepción a la que se fue llegando gradualmente, estaba suficientemente propagada, en general, al acaecer la Revolución Francesa y se impuso con ella, trascendiendo al derecho intermedio. Así se descubre, aunque no lo proclamen expresamente, en los Códigos Civiles que regulan la Patria Potestad como una función temporal productora de bienes para el padre y limitan las facultades atribuidas a éste.

CASTAN VAZQUEZ, hace notar que la concepción generalizada en el derecho moderno de la Patria Potestad como función coincide con las orientaciones cristianas acerca de éste instituto; que la evolución ha trocado el antiguo poder en un deber. (15)

Para JOSSERAND los derechos derivados de la Patria Potestad son “Derechos Funcionales”, pues están condicionados por el fin para el que fueron creados, es decir, la protección y educación de los hijos.

ROJINA VILLEGAS, comenta en el derecho moderno la regulación jurídica de la Patria Potestad; ha tomado en cuenta principalmente que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan no es para beneficio propio ni mucho menos para convertir a los sujetos a ella en simples medio puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales, sino que por el contrario, esta institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen. (16)

f) La Patria Potestad como Derecho Subjetivo.- La Patria Potestad se puede contemplar como derecho subjetivo al cual ya se refería CICU, quien puso de relieve por un lado, el derecho de reivindicación o mejor de reclamación, que compete al padre contra quien ilegítimamente detenga el poder; por otro lado, el derecho de ejercitar la Patria Potestad, o de ser puesto en condiciones de ejercitarla, removiendo los obstáculos que se impongan; en todo caso el derecho de derecho familiar, inseparablemente ligado a los intereses del hijo, por lo que al defender el propio derecho, el padre defiende el interés del hijo elevado al interés superior.

CHAVEZ ASECIO dice que existen derechos subjetivos conyugales y familiares, derivados y originados en la persona y de la familia como institución, que son inalienables y que forman parte de su personalidad y patrimonio humanos. Dentro de estos derechos está la Patria Potestad, como

Derecho Subjetivo, que es una facultad o prerrogativa que corresponde a los progenitores, de acuerdo con el ordenamiento jurídico y que se opone erga omnes, dentro del cual está el derecho al ejercicio de la Patria Potestad que es oponible frente a terceros. (17)

Como puede observarse existen variedad de opiniones y en ellas se nota la suavización del concepto de Patria Potestad, pues el interés primordial es la asistencia y el cuidado de los hijos.

De lo anterior podemos concluir que por Patria Potestad debe entenderse el conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la ley concede a quienes la ejercen (padres o abuelos) en función a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes.

Con relación a la Patria Potestad CHAVEZ ASENCIO apunta que no se trata de un poder o potestad sobre la persona, aun cuando en nuestra legislación se dice que la Patria Potestad se ejerce sobre la persona de los hijos. Los hijos, aún los menores, son personas y tienen su dignidad, por lo que no puede haber un poder sobre ellos como si fueran cosas, que recuerda el derecho real como potestad sobre algo. Aquí se trata de alguien que tiene personalidad y es sujeto de derechos y obligaciones.

Por otra parte, tampoco se trata de un poder sobre los bienes del menor, aún cuando se diga que se ejerce sobre los bienes de los hijos, pues, más bien se trata de la administración de los bienes, con facultades bastante limitadas en cuanto al ejercicio de actos de dominio. (18)

Son deberes, obligaciones y derechos atribuidos a los padres, quienes los cumplen y ejercen como una función propia derivada de la paternidad y la maternidad; no es algo que se le imponga arbitrariamente por ley.

Tampoco es una delegación de funciones que hace el Estado en la persona de los padres, sino que el derecho reconociendo la realidad natural de la filiación y el hecho de que alguien tiene que dar protección, guarda, sostenimiento y dirigir el grupo familiar, y que esta realidad se deriva de la naturaleza, la asume y la reglamenta para la convivencia de este grupo doméstico.

Por otro lado, las relaciones jurídicas derivadas de la filiación también se atribuyen a los hijos, quienes cumplen sus deberes y ejercen sus derechos como respuesta.

Nuestro Código Civil no concibe la Patria Potestad como un poder. Se trata, fundamentalmente, de obligaciones y facultades. Se hace referencia aislada al término autoridad, al señalar que ésta se ejerce en el hombre y la mujer (Artículo 164 C. C. Gto.). Por lo tanto se hace referencia más bien a una actividad y a un servicio, por lo que puede emplearse el concepto función para destacar la naturaleza jurídica de la Patria Potestad.

El concepto función se usa más en el Derecho Público que en el Privado. Significa en Derecho Público, la acción, hacer un oficio, el empleo de una facultad, pero podríamos también entenderla como una actividad dirigida a realizar algún servicio, y en este último sentido debemos tomarla.

Por lo tanto la Patria Potestad es una función de orden público que dentro de la relación jurídica paterno filial desempeñan los padres o los abuelos en substitución de aquellos, para la custodia, educación del menor y administración de sus bienes.

5.3.1. FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

La fuente real de la Patria Potestad es el hecho natural de la paternidad y la maternidad, ya sea de una unión legítima o ilegítima. La

autoridad materna y paternal se confiere para el cumplimiento de educar y proteger a los hijos, y este deber de proteger y cuidar a los hijos no depende de la existencia de un vínculo material sino de la procreación que impone a los padres la inevitable obligación de criarlos y educarlos convenientemente.

De la misma forma, la Patria Potestad nace de la adopción, en virtud de que los padres adoptivos deben reconocer al hijo adoptado como hijo biológico dándole su apellido con todos los derechos y obligaciones implícitos y recíprocos, por que crea un vínculo de parentesco que no se extingue. Ya que se le trasmite al padre adoptivo la Patria Potestad del menor obligándose a ejercer una acción educativa sobre aquel.

“El adoptante o adoptantes adquieren la Patria Potestad y en consecuencia, el derecho de administrar los bienes de éste y a percibir los frutos que de conforme al código civil pueda percibir hasta que el adoptado alcance la mayoría de edad y sea capaz.” (19)

5.4. CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

De la Patria Potestad se derivan algunos caracteres que identifican a esta institución. Entendiendo por Institución un conjunto de normas que en abstracto comprenden y regulan una situación determinada. Como caracteres de la Patria Potestad pueden destacarse los siguientes:

A) Personal.- Es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidos a través de terceros. En nuestro derecho ejercen la Patria Potestad el padre y la madre o los abuelos paternos o maternos, en casos de excepción, si no la ejercieren los padres.

B) Obligatorio.- Ejercer la Patria Potestad es obligatorio y ésta obligatoriedad se deriva de su propia naturaleza. De la Patria Potestad no pueden desligarse los padres.

C) Cargo de Derecho Privado que se ejerce en Interés Público.- Por la naturaleza jurídica de la Patria Potestad encontramos que si bien es un cargo de derecho privado, se ejerce en interés público. En nuestro Derecho, la Patria Potestad es una función que se ejerce por los padres en interés público, para hacer posible el cumplimiento de las finalidades superiores de la familia, a favor de los hijos.

D) Representación Total.- Existe un conjunto de deberes orientados a la persona del menor, de contenido extramatrimonial no valorables en dinero, y que se refieren a la buena educación y atención del menor, pero también existe una serie de obligaciones orientadas a la administración de los bienes del mismo. La Patria Potestad significa una representación total y diversa a la que puede encontrarse en el derecho Patrimonial. Es una representación que comprende a la persona del menor y sus bienes. En relación a la persona, se da para el desempeño de los deberes jurídicos familiares que buscan la promoción integral del menor en todo el aspecto humano, psicológico y espiritual.

La representación en cuanto a esos bienes, corresponde a la administración del patrimonio del menor con las limitaciones impuestas por la ley.

Es representación legal puesto que suple una deficiencia personal. Es una representación directa, se actúa en nombre y por cuenta del representante. No es formal, se da por el parentesco.

E) Temporal.- En la Actualidad la Patria Potestad es temporal. Inicia con el nacimiento y termina por lo supuesto que la ley señala en el artículo 443 del C.C.

F) Irrenunciable.- La Patria Potestad es irrenunciable. Las razones por las que se establece su irrenunciabilidad al cargo, derivan de su propia naturaleza. En primer lugar por que su ejercicio es de interés público. La familia, la sociedad y el Estado tienen interés en la adecuada formación de los menores.

En segundo lugar, solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros. En tal caso la renuncia al ejercicio de la Patria Potestad por el ascendiente que debe desempeñar el cargo, implicaría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos y perjudicaría los derechos de los menores que se encuentren bajo de ella.

No existe libertad del titular de la Patria Potestad para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo. Sobre los progenitores recae esa función y no están en la posibilidad de renunciar a su ejercicio.

En la Patria Potestad la garantía del cumplimiento de esta importante función descansa en los lazos de afecto que existen entre el progenitor para educar y formar a los hijos.

G) Intrasmisible.- Los derechos, los deberes y las obligaciones que integran esta relación jurídica, están fuera del comercio. Es decir, no pueden ser materia de transferencia o enajenación ya que corresponde a los padres o a los abuelos exclusivamente.

La Patria Potestad es intrasmisible por voluntad de los particulares. Solo puede transmitirse como consecuencia de que el juez de lo civil haya aprobado la adopción, como mediada protectora del interés del adoptado.

H) Imprescriptible.- Significa que los deberes, obligaciones y derechos que implica la Patria Potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo. Por ser parte del derecho de familia presenta esta característica.

I) Tracto Sucesivo.- El ejercicio de la Patria Potestad es continuado y por el tiempo requerido hasta que como institución se acaba. Se trata de una prestación que no se agota al cumplirse. Es de tracto sucesivo, que implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, guarda y atención de los menores.

J) Interés Social.- La Patria Potestad es de interés social y no solo en relación a los que la ejercen, sino también por el interés que observa el Estado a través de funcionarios adecuados. Como la Patria Potestad tiene como objeto la debida formación de los menores que serán los futuros ciudadanos, el Estado está interesado en la mencionada institución en busca del bien público y común.

K) Responsabilidad en el ejercicio de la Patria Potestad.- Esta se ejerce en relación a la persona del menor y sus bienes. Quien ejerce la Patria Potestad tiene la obligación de dar cuenta de su administración al Juez y entregarle luego de que se emancipe el hijo o llegue a la mayoría de edad todos los bienes y frutos que le pertenecen. Consecuentemente, pueden generarse daños y perjuicio por una mala administración que eventualmente podría tipificar un delito.

Respecto a los progenitores o abuelos que ejercen la Patria Potestad en relación a la persona del hijo, la Legislación no prevé sanción compensatoria en caso de incumplimiento. Desde luego, está la pérdida de la Patria

Potestad como sanción, pero esta no compensa al hijo los daños causados en relación a su persona, que pueden ser muchos.

L) Contenido de carácter natural y ético.- La Patria Potestad tiene un contenido de orden natural (la procreación), y a veces efectivo (la adopción) de carácter ético (el deber de mirar por el interés de la prole).

Desde el punto de vista natural, el ordenamiento jurídico, toma en cuenta el sentimiento de afecto y el interés de los progenitores, para desempeñar ese cargo en la manera más eficaz.

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores que ejercen la Patria Potestad y los hijos, se presenta en el Estado de obediencia y de respeto de los descendientes y hacia los padres. Esta disposición deriva del deber moral de los hijos que contiene el decálogo: "Honrarás a tu padre y a tu madre."

El fundamento ético de la Patria Potestad consiste en que la función encomendada al padre y a la madre, no se agota en la procreación del hijo o de los hijos, impone a los padres la responsabilidad moral de la formación de sus menores hijos desde el punto de vista de físico, intelectual y espiritual.

5.5. LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD Y MENORES SUJETOS A LA MISMA.

Dentro del parentesco se originan las relaciones específicas que imponen la Patria Potestad entre padres e hijos o, en su caso, entre abuelos y nietos. Por consiguiente, se destacan sujetos especiales del derecho familiar que deben diferenciarse de los parientes en general, pues los derechos y obligaciones

que se originan por la Patria Potestad entre esa clase de sujetos no son las mismas que de una manera en general determina el parentesco.

La ley no distingue en su ejercicio a los hijos legítimos de los naturales, ya que no importa la relación que da origen al nacimiento del menor, lo importante que en ambos casos tienen los mismos derechos.

Nuestro Código Civil en el numeral 468 establece que “La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce”:

- I Por el padre y la madre.
- II Por el abuelo y abuela paternos, y
- III Por el abuelo y abuela maternos.

Aunque el orden de las fracciones II y III del artículo en cita considero que incurre en un gran error, por que hace una distinción en el derecho de los abuelos al entrar en el ejercicio de la Patria Potestad sin contar con una razón de fondo, además de que contraviene el uso social; como lo es en el mayor de los casos los hijos están mas apegados a abuelos maternos, en razón de que es la mujer la que ordinariamente carga con la responsabilidad de guiar y educar a los hijos, razón suficiente para que se disponga indistintamente del derecho de los abuelos a comparecer en reclamo de la Patria Potestad, siempre en beneficio del menor.

En el supuesto de que los hijos nacidos fuera de matrimonio, sean reconocidos por ambos progenitores y vivan juntos, estos ejercen la Patria Potestad, cuando vivan separados y el reconocimiento se efectuó sucesivamente, ejercerá la Patria Potestad el que primero hubiera reconocido, salvo convenio entre los padres y que el juez no creyera necesario modificar el convenio por mediar causa grave, pero si el reconocimiento se hace en el mismo acto, aún viviendo separados los padres, convendrán cual de los dos ha de ejercerla, y el caso de que no lo hicieren lo hará el juez de primera instancia. (Artículos 436, 437 y 470 del Código Civil.)

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

5.6. TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD.

El Código Civil para el Estado de Guanajuato en el artículo 496 referente a la Patria Potestad nos hace mención que esta se acaba como institución al no haber sobre quien recaiga. Las causales son las siguientes:

A) Muerte de quien al ejerce: La fracción I dice que se acaba la Patria Potestad con la muerte de que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga. Esta fracción es de lógico entendimiento ya que supone que el que detenta la Patria Potestad es el último sobreviviente de los que deber ejercer la Patria Potestad consignados en el artículo 468 del Código Civil, que habla de los padres, de los abuelos y abuelas paternos y maternos. La muerte del último, genera la necesidad de nombrar tutor al menor no emancipado, resolución que tomará el juzgador oyendo a los hermanos, tíos y demás familiares a fin de que la misma sea la mas adecuada.

Obviamente esta es una forma clara de extinción de la Patria Potestad, y debemos también de incorporar dentro de esta causa, la declaración de muerte que como consecuencia del procedimiento de ausencia se decrete.

B) Emancipación: En nuestro derecho sólo está contemplada la emancipación derivada del matrimonio y no por habilitación de edad del hijo.

Se funda en el principio de que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a Patria Potestad,

además de que con el matrimonio el contrayente adquiere una forma ficticia de mayoría de edad, aun cuando no lo sea.

C) Mayoría de edad: La Patria Potestad termina cuando el menor sujeto a ella alcanza la mayoría de edad, siendo a los 18 años. Desde ese momento se presume que ya no necesita la función protectora del padre y la madre. Sin embargo debe preverse el caso del mayor de edad enajenado; según la legislación vigente debe nombrarse un tutor que lo será uno de los padres. Parece conveniente una modificación para que en estos casos se prorrogue la Patria Potestad, pues los progenitores son de hecho quienes cuidan y atienden al incapacitado y la ley debe aceptar esto y reglamentarlo.

D) Muerte del Hijo: Aún cuando no está comprendida dentro del Artículo 496 el Código Civil del Estado de Guanajuato, es obvio que es un modo natural de extinción de la función del padre y la madre que ejercen la Patria Potestad, en virtud de que en este supuesto ya no hay en persona sobre quien va a recaer dicha institución.

5.7. SUPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.

La suspensión de la Patria Potestad es una medida preventiva que no implica, necesariamente, como en el caso de la pérdida, una sanción al padre o la madre. "Aquí se trata de evitar que el hijo carezca de una adecuada asistencia y representación jurídica".

El artículo 500 C.C. nos presenta tres causas por las que se suspende la Patria Potestad, que son:

A) Incapacidad: La fracción I hace referencia a la incapacidad declarada judicialmente. Es decir, al estado de interdicción que se establece por medio de sentencia de Juez de lo familiar competente, como

consecuencia de un proceso seguido ante él. Por lo tanto, están excluidos aquellos incapaces de hecho. En este caso se trata, no de la suspensión de la Patria Potestad sino de la en el ejercicio de la Patria Potestad, que ejercerá el cónyuge sano, pero conservará el enfermo todos los deberes y obligaciones inherentes a la Patria Potestad.

B) Por ausencia declarada en forma: La fracción II establece como consecuencia necesaria de la ausencia declarada en forma, la suspensión de la Patria Potestad. El ausente está imposibilitado para ejercerla y se le suspende de la misma, no solo del ejercicio de la Patria Potestad.

C) Sentencia Condenatoria. La última fracción del artículo 500 C.C. presenta múltiples posibilidades de suspensión de la Patria Potestad, pues señala en general que esta se suspende por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión. Por lo tanto, ¿Qué origina a esa causa de la sentencia?

EFFECTOS: El Código Civil no ha regulado los efectos de la suspensión de la Patria Potestad. Por tratarse de la suspensión de la Patria Potestad, aún cuando la misma se conserva, debe referirse y abarcar todas las funciones de la Patria Potestad. Implica también la obligación de restituir el patrimonio al menor con todos sus frutos.

5.8. PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Los casos de pérdida de la Patria Potestad implican la sanción legal "cuando la conducta ilícita de los padres contraría debidamente los contenidos sustanciales que los deberes-derechos emergentes de ella, imponen a los progenitores". En este supuesto se pierden los derechos inherentes a la Patria Potestad, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumben respecto de los sujetos a ella.

Todas las causas señaladas en el artículo 497 el Código Civil son de tal naturaleza graves, que la Patria Potestad se pierde definitivamente. Como sanción se impide su ejercicio, aún cuando directamente no fuere el hijo el perjudicado. Algunas de las causas tienen efecto preventivo y otras son consecuencia directa de la acción ejecutada en contra del cónyuge o del menor.

A) **Condena:** La fracción I del artículo 497 C.C. contiene dos causas. La primera cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. Debe tratarse de alguna actuación grave que implique la pérdida, pues debemos anotar que también por sentencia se puede imponer la falta del progenitor que la ejerce. Es de notarse que esta primera causal no hace referencia a si la condena debe ser originada por alguna actuación en contra del cónyuge, en contra del menor o en contra de terceros. Es de tal amplitud que queda al arbitrio judicial decidir, pero siempre tomando en cuenta la actuación grave y perjudicial para el menor sobre quien se ejerza la Patria Potestad.

B) **Divorcio:** La pérdida es consecuencia de la sentencia que disuelva el vínculo, y también como sanción contra uno de los consortes. “La sentencia de Divorcio fijará la situación de los hijos”, el juez en los términos del artículo 337 del C.C. tendrá “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 la custodia y el cuidado de los hijos” desde luego es de suponerse que el cónyuge culpable de una causal que afecta a los hijos pierde la Patria Potestad; si afecta a otro consorte, debe quedar al arbitrio del Juez la pérdida o suspensión y por las causales menos graves procederá solo la limitación, como las causales de enfermedad.

C) **Irresponsabilidad grave:** En la fracción III del artículo que se analiza, se encuentran nueve causales por las cuales los padres pueden perder, como sanción, la Patria Potestad. Estas son:

Por costumbres depravadas que puedan comprometer la salud, la seguridad o la moralidad del hijo.

Cuando por malos tratamientos pudieren comprometer: la salud, la seguridad o la moralidad del hijo.

Cuando por el abandono de sus deberes, pudieren comprometer: la salud, la seguridad o la moralidad del hijo.

D) Exposición y abandono: La fracción IV del artículo que se estudia contiene otra causa: "El abandono que el padre o la madre hicieren por más de tres meses"; se trata de una actitud pasiva de los padres que abdican a su responsabilidad de ejercer la Patria Potestad. El abandono puede configurarse cuando se deja al menor o al sujeto a la Patria Potestad sin posibilidad de subsistencia, privándolo de vivienda y alimentación; implica un despego o abdicación total de los deberes y obligaciones que impone la Patria Potestad.

Sobre el abandono, pueden presentarse dos situaciones, sin pretender que sean las únicas, que permiten mayor precisión. Puede suceder que uno de los que ejerzan la Patria Potestad se desentienda totalmente del menor, pero que el otro lo conserve bajo su custodia y le resuelva todos sus problemas de habitación y alimentación. En este caso, el menor no se encuentra totalmente desamparado, con peligro de su vida y salud, por que uno de los progenitores lo acoge y atiende. Entiendo que el abandono no requiere que el menor sufra las consecuencias de tal acto, es decir, que sufra la falta de vivienda y alimentación. Es una causa que se invoca por la actuación del progenitor, sin necesidad que el menor sufra el perjuicio en toda su intensidad. Basta la conducta culposa del progenitor que abandona al hijo a su suerte, ya que él tiene la obligación de velar por que sus hijos estén bien y se instruyan, tiene el derecho y el deber de educarlos.

5.8.1. EFECTOS DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Dentro de las consecuencias que produce la pérdida de la Patria Potestad, encontramos las siguientes:

a) Restitución.- Quien sufra esta sanción, debe restituir el patrimonio y los frutos del que hubiere estado bajo su administración.

b) Usufructo.- Se determina el usufructo de acuerdo al artículo 487 del C. C. el progenitor culpable, no tiene derecho a recibir los bienes del usufructo.

c) Obligaciones.- Se conservan las obligaciones económicas de ministración con cargo al progenitor irresponsable, especialmente las de alimentación.

d) Incapacidad para heredar.- El artículo 2572 C.C. en sus fracciones II, V, VI y VII previenen una serie de circunstancias por las que no se tiene capacidad de heredar, o se ha perdido; las señaladas hacen referencia a algunas de las causas comprendidas en el artículo 497 C.C.

5.9. LA MUERTE DEL TUTOR LEGAL.

Nuestra Legislación dispone que a falta de padres ejercerán la Patria Potestad sobre los hijos reconocidos los demás ascendientes. Colmo lo son el abuelo y abuela paternos o el que sobreviva, después en derecho se encuentran ambos abuelos maternos o el que sobreviva y a falta de todos ello, el juez designará un tutor (tutela dativa) si el sujeto a ella aún no cumple los dieciséis años.

La tutela Dativa es supletoria, de carácter subsidiario, ya que tiene lugar cuando el menor o incapacitado no tiene padres en ejercicio de la

Patria Potestad. Este tipo de tutela tiene la misma finalidad y obligaciones que los demás tipos de tutela, las que se definen así: institución destinada al cuidado y dirección de los menores de edad que no están sujetos a la Patria Potestad y tiene por objeto la guarda de la persona y bienes, solamente de los bienes de los que son incapaces de gobernarse por sí mismos.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL QUINTO CAPITULO.

- 1) ELIAS Azar Edgar. Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano. Segunda Edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1997. Pág. 368.
- 2) De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. Cuarta Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1993. Pág. 442.
- 3) PLANIOL Marcelo. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Cajica, S.A. Pág. 233.
- 4) GALINDO Garfias Ignacio. Derecho Civil. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México 1980. Pág. 667.
- 5) CASTAN Tobeñas José. Derecho Civil Español. Tomo V. Editorial Reus. Pág. 204.
- 6) GALINDO Garfias Ignacio. Op. cit. Pág. 668.
- 7) CHAVEZ Asencio Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiaras. Editorial Porrúa. México 1985. Pág. 269.
- 8) DE PINA Rafael. Elementos del Derecho Civil Mexicano. Vol. I. Editorial Porrúa. México 1986. Pág. 373
- 9) GALINDO Garfias Ignacio. Op. cit. Pág. 667.
- 10) HAVEZ Asencio Manuel. Op. cit. Pág. 270.
- 11) Ibidem.
- 12) GALINDO Garfias Ignacio. Op. cit. Pág. 673.
- 13) CHAVEZ Asencio Manuel. Op. cit. Pág. 271.
- 14) CASTAN Tobeñas José. Op. cit. Pág. 139.
- 15) CHAVEZ Asencio Manuel. Op. cit. Pág. 271.
- 16) DE PINA Rafael. Op. cit. Pág. 375.
- 17) CHAVEZ Asencio Manuel. Op. cit. Pág. 272.
- 18) Ibidem.
- 19) ELIAS Azar Edgar. Op. cit. Pág. 360.

CAPITULO VI

LA RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD.

6.1 POSIBILIDADES.

En esta materia de la Patria Potestad encontramos una evolución abismal, que ya no tiene nada que ver con sus antecedentes históricos, como lo fue la Patria Potestad romana que se concebía solo a favor de los intereses de quien la ejercía, otorgándosele poderes ilimitados sobre sus descendientes al grado de disponer de la vida y muerte de sus pupilos; por el contrario, en la actualidad se le concibe como un deber, un cargo de interés público, una función social en beneficio de los hijos, lo que habla de la influencia de los valores éticos. Si bien en la legislación, la Patria Potestad continua estructurada como el órgano de autoridad paternal, aunque en algunos Códigos Civiles, entre ellos el nuestro, la Patria Potestad que los padres ejercen ya está concebida como un deber antes que como un derecho. Ha sido la doctrina la que ha puesto en relieve que la Patria Potestad como poder sobre la persona y bienes de los hijos no prevalece en nuestros días, cuando se ha hecho notar que el hijo es persona desde que nace y por ello no puede ser objeto de un poder, sino en todo caso, sujeto del derecho de obtener la ayuda de la familia y en especial de sus padres, a quienes corresponde el deber de ejercer la Patria Potestad para el mejor y mas sano desarrollo del hijo a través de su educación y formación. Inclusive en el derecho de corrección de los hijos, se prevé un contenido moral, toda vez que esta facultad debe ejercerse siempre que los padres se conduzcan justa y éticamente, en otras palabras, deben gobernar con el buen ejemplo sin jamás extralimitarse en ese derecho que se les concibe como un medio únicamente preventivo y de auxilio.

Ejemplo de lo anterior, sólo por citar algunos, en el Código Civil para el Estado de Guanajuato se aprecia claramente en su Artículo 497, fracción I.- “Cuando quien la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado por delito grave”; fracción III “Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, etc.

En lo relativo a la pérdida de la Patria Potestad o suspensión de la misma se palpa de inmediato el contenido de moral en los preceptos jurídicos, pues fundamentalmente las causas que traen como consecuencia la pérdida de ese derecho son de naturaleza moral, y tienden directa o indirectamente a la protección del menor; pero en mi opinión, en el seno de la familia se desenvuelven vigorosos procesos configurantes de la personalidad de todos sus miembros; especialmente la personalidad individual concreta de los hijos se modela inicialmente y en una gran proporción dentro del seno de la familia, por lo tanto, la familia es el molde principal de configuración concreta de la personalidad del hijo, y es por esta razón que mi estudio se centra en la posibilidad de que el padre que fue condenado a la pérdida de la Patria Potestad una vez recuperado física, moral y psicológicamente de la causal que dio motivo a la pérdida de la patria potestad, se haga cargo nuevamente y se responsabilice de sus hijos sin que ellos pasen a manos ajenas y en caso de serlo de esta manera, puedan regresar con él.

Así mismo, encuentro un gran problema en nuestra legislación civil, la cual nada dice sobre la posible recuperación de la Patria Potestad perdida o suspendida. Pero en la doctrina encontramos clara tendencia hacia la posible recuperación de esta; tal y como lo menciona Castán Vázquez quien dice: “El titular de la Patria Potestad que perdió esta función la recuperará, en general, si cesa, antes de estar emancipado el hijo, la causa que produjo la pérdida o suspensión de la Patria Potestad.”

Así mismo, Planiol señala que, “La pérdida de la Patria Potestad no es irremediable ni definitiva, el padre o la madre privado de ella tiene derecho para demandar de los tribunales la restitución de su ejercicio”. “Si las causales de suspensión o modificación desaparecen antes de la emancipación del hijo, el padre o madre recuperan su antigua potestad”. De igual manera se conduce Puig Peña, el cual se inclina a la recuperación, pero en casos especiales pues hay otros que por su gravedad o naturaleza no permiten la recuperación. Todo lo anterior se deduce en razón de que si cualquier persona es condenado por un motivo y este, a través de tiempo o por circunstancias nuevas y favorables, desaparece queda sin objeto ni objetivo la sanción impuesta.

No es posible decidir en general sobre la posible recuperación de la Patria Potestad; pero sí estimo que deben analizarse algunos casos particulares; desde luego, solo refiriéndome a las personas y no a la institución, y en relación a las primeras sólo a los casos de pérdida y suspensión. Para evitar, en la medida de lo posible, que el menor o incapacitado pase a la tutela o que permanezca sujeto a ella el menor tiempo posible, situación que desde un punto de vista moral psicológico perturbaría gravemente al menor.

En los casos en que ambos padres sean encontrados culpables, los menores quedarán bajo la Patria Potestad del ascendiente que corresponda y si no lo hay se le nombrará un tutor, quien, según el artículo 502 del C.C. del Estado de Guanajuato, “tendrá por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la Patria Potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

En lo referente a la tutela, en ella se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades que le impongan las

leyes. Pero, en el caso de que el padre que fue condenado a la pérdida de la Patria Potestad, si este se encuentra en la posibilidad de comparecer ante el juzgador a fin de que se le reintegre en ese derecho debido a que dejó sin efecto las causales que la motivaron deberá recuperar la Patria Potestad de manera legal dejando, de esta forma, sin efecto la tutela concedida a cualquier otra persona.

El Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes de la Patria Potestad, su pérdida, su limitación o suspensión, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos siempre y cuando tenga los elementos necesarios para ello.

En el Código Civil también encontramos que existen excusas para no ejercer la Patria Potestad, las cuales están previstas en el artículo 501 C.C. para el Estado de Guanajuato:

La Patria Potestad no es renunciable por el padre ni por la madre. Art. 501 Código Civil para el Estado de Guanajuato.

Los abuelos podrán excusarse de ejercerla cuando tengan sesenta años cumplidos o por el mal estado habitual de su salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

El ascendiente que renuncie a la Patria Potestad o se excuse de desempeñarla, no podrá recobrarla.

Actualmente la pérdida de la Patria Potestad se entiende como el apartamiento irreversible del progenitor en relación a la institución, aún cuando se considera que es excesivo tal efecto tal y como se desprende de las opiniones de los autores anteriormente citados. Sin tener en cuenta que existe la posibilidad de que los padres pueden de dejar sin efecto tal privación si demostraran

que, por circunstancias nuevas y supervinientes la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos; si tomamos en cuenta que, por naturaleza, el niño siempre está vinculado con el amor paternal o maternal, es el fruto de la familia y todos los niños deben contar con un ambiente favorable para su debida formación.

Una de las funciones más importantes de nuestro Estado es la protección del bien común y la familia es una de las líneas primordiales y de la misma forma, el niño al ser el fruto de la familia tiene una especial importancia que debe ser considerada y protegida por todos los medios posibles contemplando, por esa razón, la posibilidad de recuperación de la Patria Potestad.

En el mismo tema que abordamos en el párrafo anterior, analizaremos que el DIF tiene importancia en la protección del niño ya que cuando el menor se ve amenazado por la inercia y la negligencia de alguno de sus padres, puede el Estado, por medio de este órgano acudir ante el Ministerio Público y coaccionar a los padres a hacer por sus hijos lo que exige el bien común. También se contempla la imposición de sanciones como la que previene el artículo 196 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, el cual textualmente dice: “Al que injustificadamente deje de satisfacer obligaciones alimentarias, no suministrando a otro los recursos necesarios para que subsista, se le aplicará prisión de seis meses a tres años y de tres a treinta días multa.” Demostrándose una vez mas el interés de nuestra legislación en el bienestar del niño así como la familia en como grupo social.

Dentro de este tema encontramos el problema que representa el hecho de cuando uno de los padres al quedar como el único que puede ejercer la Patria Potestad entregue al menor en adopción y que con posterioridad a ello el padre condenado a la pérdida de ese derecho se recupera, está en la imposibilidad siquiera de que en un momento dado se le reintegre en ese derecho ya que la madre o el padre que quedó como único representante del menor lo dio en adopción sin siquiera tomarle parecer.

6.2. ANALISIS AL ARTICULO 497 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

La máxima institución protectora de la minoridad de los hijos se encuentra sujeta a diversas vicisitudes que van desde el cese absoluto de su funcionamiento, por agotarse en sí misma al alcanzar la finalidad prevista o por fenecimiento de los sujetos que son destinatarios. Igualmente, existen motivos que vienen a alterar el normal desarrollo de la institución, cercenándola o parcializándola y suspendiéndola, derivados de contingencias inesperadas para la ley cuando regula con proyección al logro del pleno desarrollo personal del hijo, contempladas con orientación tutelar para evitar situaciones afligentes al menor.

Media una graduación en lo que respecta a la entidad de estas vicisitudes. Ellas van desde la extinción o pérdida de la Patria Potestad hasta un desmembramiento que debería resultar mínimo o temporal hasta en tanto se pueda recuperar la conducta normal requerida para el buen funcionamiento de esta institución.

Nos referimos seguidamente a las vicisitudes a que se encuentra sometida la patria potestad como es el caso de la pérdida, que en el código civil para el estado de Guanajuato se prevé en su artículo 497, el cual analizaremos a continuación:

Este artículo, desde mi punto de vista, presenta graves problemas en virtud de que se excede en el señalamiento que hace respecto de los motivos o causales que motivarán la pérdida de la Patria Potestad, ya que los supuestos que prevé para tal determinación son muy imprecisos y algunos con un muy bajo costo o perjuicio moral para el menor, si tomamos en cuenta, que lo que se procura es el perjuicio moral que se causa al menor para proceder a la pérdida de la Patria Potestad, considero que en este artículo se señalan supuestos muy excesivos que deberían de prever la posibilidad de restitución de ese derecho en atención a que

son susceptibles de quedar sin efecto si que el sujeto activo de tal conducta obtiene una recuperación física y psicológica que dejan sin validez dichos supuestos.

De esta forma entramos al análisis del ya mencionado artículo:

En la primera parte de la fracción I se puede observar que concede facultades muy amplias e imprecisas al Juez para que decida sobre la pérdida de la Patria Potestad, en virtud de estar facultado por la ley, ya que textualmente el artículo 497 reza: “Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.....” sin dar en este caso una causa expresa y, sobre todo, precisa para determinación dejando al arbitrio de juez la decisión sobre la pérdida de la Patria Potestad, lo que me parece que deja al demandado en un completo estado de indefensión en razón de que estos supuestos se ven posteriormente a una fuerte disputa o desavenencia matrimonial en la que el esposo o esposa pueden hacer uso de todo tipo de artimañas para hacer creer al juzgador circunstancias que pudieran ser fantasiosas y que el juez encontrándose en su facultad de libre decisión o arbitrio puede excederse en la apreciación de los hechos puestos a su consideración, a lo que Sara Montero Duhalt, señala: (1)

“El legislador debió limitar, pensamos, las amplísimas facultades del juzgador en razón de las disposiciones del propio Código en esa materia. No dudamos que existan jueces de lo familiar al mismo tiempo que sabios y peritos en materia familiar, sean de gran calidad humana, honestos, buenos psicólogos, etc.; pero, lamentablemente, esta conjunción de virtudes no es la regla general en los seres humanos, así sean jueces de lo familiar. Estos funcionarios deben tener indudablemente, un margen de arbitrio discrecional al tomar sus decisiones; pero es preferible, cuando hay norma establecida en una materia, atenerse en principio a ella.”

Ahora, de la última parte de la fracción primera del artículo 497 se desprende que es motivo de pérdida de la Patria Potestad cuando el que la ejerce es “condenado por delito grave”, pero, la pregunta es ¿qué es delito grave? ya que aquí no se da la definición de delito grave, ahora que si nos abocamos a esta definición, encontramos que delito grave es: “Aquellos delitos que privan al inculpado de la garantía de libertad caucional. Manuel Herrera y Lasso considera que en la propia Constitución se encuentra la regla para determinar la gravedad de un delito. Es de interpretarse que el artículo 20 fracción I, al referirse a la libertad bajo fianza, determina que los inculcados de algunos delitos considerados lo suficientemente graves, no gozan de la garantía caucional que la disposición consagra. Esta gravedad se traduce en una regla de aplicación de la pena: cuando el término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión. Dicho término se obtiene al calcular la media de la suma de las penas mínima y máxima que la ley correspondiente imponga a cada delito.” (2)

De lo anterior podemos deducir que, a título de ejemplo, en un dado momento cualquiera de los padres comete el delito de despojo que se sanciona con de tres meses a cinco años, abuso de confianza con sanción de 3 días a 7 años, usurpación de profesiones, pena de un mes a cinco años, etcétera, estamos en la posibilidad de perder a nuestros hijos, lo que no considero justo, ya que por naturaleza el hombre como ser humano es susceptible de cometer errores que pueden ser sancionados por la ley y que a pesar de ser delitos patrimoniales o con un fondo patrimonial, y que muchas de las veces provocados por la misma situación económica que en nuestro país se vive, existe la posibilidad de caer en el supuesto de que se imponga una pena mayor de dos años y medio, cayendo de esta forma en la causal enumerada en la segunda parte de la fracción primera del artículo en cita, lo que no considero razón suficiente para la pérdida de la Patria Potestad.

Fracción II “En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 337;” el cual nos remite al artículo 323 del mismo código Civil para el Estado de Guanajuato en sus fracciones III, V y XV:

Fracción III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.

Esta causal puede ser intentada, según la ley, solo por la mujer y no por el hombre al considerársele a éste siempre como culpable.

La anterior sanción tiene su fundamento en el supuesto de que el marido debe protección y amparo a su mujer, y de ningún modo faltar al cumplimiento de este deber al incitar a la misma a la prostitución y más aún cuando él mismo se hace autor de su propia deshonra. De tal forma que sería ilógico, injusto y contraproducente obligar a la mujer a vivir con el hombre que la empuja hacia tal peligro y deshonra.

Por lo tanto, no se trata solamente de la tentativa, es decir, de la propuesta del marido para prostituir a la mujer, o sea, cuando se obtiene que la mujer tenga relaciones con otros, por haber sido coaccionada ya sea física o moralmente y que la mujer por temor a represalias por parte del marido acceda a tales acciones.

Estos dos supuestos no necesariamente tienen que coincidir en su realización pues basta con que se dé uno de ellos para poder hacer valer la acción del divorcio.

En el caso, solo encontramos como excepción el consentimiento de la mujer a ser prostituida, supuesto que sí puede darse ya que actualmente la prostitución es una práctica diaria y casi normal en todas las culturas y sociedades de nuestro planeta, de hecho en nuestro país existen entidades que la regulan con gran éxito, dicha causal, en el ejemplo antes planteado, no es procedente,

pues su actitud implica un perdón tácito a la conducta del marido y una aceptación total del hecho.

Fracción V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

Es natural que a falta de los más elementales sentimientos que revela la conducta de los padres en este aspecto, sea un motivo suficiente de divorcio respecto del otro cónyuge, quien podrá ver con repugnancia a su consorte, que lejos de procurar el bien de sus hijos, los corrompe o trata de corromper, situación con la que estoy parcialmente de acuerdo, por lo que entraremos a su análisis.

De aquí se desprenden tres situaciones:

- Los actos inmorales ejecutados por ambos cónyuges.
- Los ejecutados solamente por uno de los cónyuges, y
- La tolerancia de su corrupción.

La corrupción puede consistir o presentarse en diferentes aspectos, es decir, puede consistir en la embriaguez, uso de estupefacientes, mendicidad, práctica del robo, etc. La corrupción implica toda una gama de miserias morales que provocan que el comportamiento del individuo se aleje del sentido natural que debe seguir, degradando a las personas en sí mismas y frente a toda la sociedad.

La corrupción de los hijos, no es solamente una causal de divorcio, sino que además constituye un delito previsto en el Código Penal en el Capítulo II. Corrupción de menores:

Art. 192.- Al que procure o facilite la corrupción de un menor de dieciocho años o lo induzca a la mendicidad.

Art. 193.- Al que emplee menores de dieciséis años en cantinas o centros de vicio, se le impondrán.....

Art. 194.- Los delincuentes a que se refiere este capítulo quedarán inhabilitados para ser tutores o curadores. Si el corruptor ejerce la Patria Potestad o la tutela sobre el pasivo del delito, el juez decretará la privación de una u otra según sea el caso.

Por otra parte la tolerancia en la corrupción de los hijos debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones: En consecuencia para que la pérdida de la Patria Potestad proceda, se requieren de actos claros y concretos que no den lugar a duda sobre la intención del cónyuge que ejerza la corrupción, pues estamos en la posibilidad de que el menor se conduzca por su propia voluntad y tome lo que denominamos “el mal camino”.

Fracción XV.- Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.

Aquí mi propuesta es solo referente a lo que dispone la fracción XV proponiendo que esta causal se enumere en el artículo 500 del C.C. de nuestro Estado ya que considero que los hábitos de embriaguez, juego y drogadicción son enfermedades psicológicas con posibilidad de recuperación por parte del enfermo; ya que el alcohólico puede llegar a recuperarse y llevar una vida normal; de igual forma sucede con el drogadicto y el jugador. Sin que estas sean causales lo suficientemente fuertes para que una persona pierda la Patria Potestad de su hijo.

Al realizar una interpretación literal de la fracción III del artículo 497, en contamos que cuando sujeta la pérdida de la Patria Potestad “por las costumbres depravadas de los padres” o “el abandono de sus deberes que pudieran comprometer la seguridad o la moralidad de los hijos” realiza una acertada medida, siempre y cuando de esta forma sí se comprometa la salud, seguridad o la moralidad de los hijos, no siendo así en lo referente a “los malos tratamientos”, pues, considero

que al igual que el alcoholismo, drogadicción y el juego, tienen una alta posibilidad de rehabilitación para el individuo que fue condenado por esta razón a la pérdida por medio de algún tratamiento psicológico que se realice con personal capacitado en estas cuestiones, siempre y cuando estas malos tratamientos no encuadren en el supuesto de las lesiones graves o gravísimas que contemplan los artículos 208, 209, 210 del Código Penal para nuestro Estado, por que podemos estar en presencia de alguna lesión levisísima que tenga por finalidad el solo llamamiento de atención al menor sujeto a la Patria Potestad, sin que jamás se haya pretendido poner en peligro la vida o salud del menor.

En apoyo a lo antes mencionado referiré el derecho que tienen los padres a aplicar correctivos: “Nunca hay que confundir el derecho de infligir a los niños ligeros castigos corporales con el derecho calificado de *derecho de corrección*. Por doquier admite la costumbre que los padres tienen el derecho de castigar a sus hijos, para constreñirlos a apearse a su autoridad, pero a condición de que se trate de castigos sin gravedad, infligidos en el mismo interés del niño y de la familia. Cualquier abuso a este respecto habría de ser sancionado por la ley penal y por la pérdida de la patria potestad.” (3). Este razonamiento encuentra también un sustento legal en la siguiente jurisprudencia:

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD. MALOS TRATAMIENTOS.- Los malos tratamientos por parte de los padres que origina la pérdida de la Patria Potestad deberán ser de tal naturaleza que por su gravedad y persistencia, evidencien la posibilidad de causar en el menor un estado que comprometa su salud, seguridad o moralidad; por que si los malos tratamientos no son continuos sino esporádicos o si consisten sólo en el uso de palabras altisonantes o en eventuales correctivos, que en ocasiones que en ocasiones y dados determinados medios sociales no medran el ánimo de la persona a quien están dirigidos, entonces no puede estimarse que el uso de un lenguaje soez o los actos correctivos que no constituyen golpes que trasciendan a la salud o dignidad del menor, son causas suficientes para privar de la patria potestad a un ascendiente.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito.

Amparo Directo 538/94. Genoveva Rosales Sandoval. 25 de Octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretaria: Cecilia Patricia Ramírez Barajas.

Octava Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIV-Julio, pág. 694.

Fracción IV “Por el abandono que el padre o la madre hicieres de sus hijos por más de tres meses”. Esta fracción también debería incluirse en el apartado relativo a la suspensión que se encuentra en el artículo 500 de nuestro código civil en razón de que se puede dar el abandono por más de tres meses, pero esto no indica que este sea doloso o con el ánimo de dejar a los menores en el total desamparo, además, el periodo que se fija en esta fracción es muy corto si tomamos en cuenta la situación económica que en nuestro país prevalece y la tendencia que existe entre los mexicanos de emigrar a otros países, en especial a los Estados Unidos de Norte América, buscando mejores oportunidades; dejando a sus familias, muchas veces en contra de su propia voluntad, por buscar mejores formas de vida; por lo tanto, existe la probabilidad de que este abandono no siempre sea de carácter doloso en todos los casos y mucho menos con la finalidad de comprometer la seguridad, salud o la moralidad de los hijos y que sí en muchos de los casos puede ser utilizada de manera perjudicial por el cónyuge que se encuentra al cuidado de los menores.

A lo mencionado en el párrafo anterior, encuentro apoyo jurisprudencial en ese sentido, y que a continuación transcribo:

PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA.- Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves 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 250/88. Guadalupe Méndez Blanca. 23 de Agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Amparo Directo. 63/88. Felipe Carmen Antonio Vergara López y otra. 12 de Abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.

Apéndice de jurisprudencia 1917-1985. Cuarta Parte. Tesis 204, pág605.

Octava época, instancia Tribunales Colegiados de Circuito, fuente Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIII-Marzo, pág. 417.

6.3 PROPUESTA.

Si partimos de que cualquier ley debe solucionar problemas sociales, sobre todo cuando, en alguna forma, se encuentra vinculada a la familia o la sociedad, debiendo establecer formulas jurídicas que pongan fin a problemas, reafirmen derechos y hagan exigibles las obligaciones, sobre todo tratándose de problemas relacionados con la familia. Es indiscutible que la familia es una institución social anterior al estado y principio de este como concepto jurídico y social, y que encuentra precisamente su fundamento en el vínculo biológico y el nexo afectivo que une a todos sus integrantes; nexo afectivo que puede ser experimentado con diferente intensidad y calidad hacia varios sujetos pero que siempre produce el deseo de ayudar, de sostener, de dar; pues en la medida que se ayuda, se sostiene y se da, se siente la propia fuerza y poder que solo este núcleo familiar produce en unión de todos sus integrantes

Por esto se puede decir, con toda autoridad, que dicho vínculo (el biológico) representa el vínculo primero y necesario de la familia y que está sujeto en tiempo y espacio a una estructura que lo norma y gobierna y cuya finalidad es la de calificar ese vínculo de acuerdo con la moral y las buenas costumbres.

Ahora bien, si hablamos en este estudio de un procedimiento pronto y expedito, se puede tener como principal inconveniente el hecho de que la sentencia haya causado estado, que tenga el carácter de cosa juzgada, aunque en nuestra legislación encontramos figuras análogas a las cuales podemos hacer mención, como lo son los incidentes de aumento o disminución de pensión alimenticia, a los que se refieren a la situación de la custodia de los mismo hijos, ya que estos son interpuestos y siguen su procedimiento después de que la sentencia ha quedado firme, por lo tanto estamos en presencia de un procedimiento equiparable, el cual deberá ser sustanciado por medio de una tramitación especial.

La pérdida definitiva de la Patria Potestad debe proceder en presencia de los siguientes motivos:

- a) Por ser el padre o la madre condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo.
- b) Por el abandono doloso que deje al menor en estado de indefensión y que comprometa con ello la salud, la vida o su seguridad.
- c) Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos o ejemplos perniciosos.

Por lo tanto, de acuerdo a lo analizado en las páginas anteriores, podemos concluir que la suspensión de la Patria Potestad deberá proceder sólo en los siguientes casos:

- I.- Por la incapacidad declarada judicialmente
- II.- Por la ausencia declarada en forma
- III.- Cuando el que la ejerce en condenado por delito grave

IV.- Cuando por los malos tratamientos de los padres se pudiera comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos. Quedando sujeta la recuperación al análisis psicológico realizado por dependencia estatal competente o por dictamen expedido por persona digna de fe y crédito que determine la capacidad del condenado para hacerse cargo de su hijo o hijos;

V.- En los casos previstos en el artículo 323, en sus fracciones V y XV siempre y cuando el cónyuge condenado a tal medida compruebe fehacientemente y que por haberse rehabilitado en su conducta ha dejado sin efecto la causal que dio motivo a la suspensión

El artículo 323 en su fracción V enumera: Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción; y la fracción XV señala: Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.

Las anteriores propuestas para la recuperación de la Patria Potestad deberán ser valoradas en un procedimiento especial basado en un examen escrupuloso y una evaluación razonada de todos los elementos con que se cuente y que sean susceptibles de conducir a la emisión de una resolución más adecuada en beneficio únicamente del menor o incapacitado.

La pérdida definitiva se limitaría a las siguientes causales:

I.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal,

II.- Por el abandono doloso que el padre o la madre hicieren de sus hijos por mas de seis meses.

De todo lo que antecede podemos concluir que de nuestro estudio se desprenderían adiciones al Código Civil, y en consecuencia también al Código de Procedimientos Civiles, el que deberá contemplar un Capítulo especial denominado “Recuperación de la Patria Potestad” dentro del Libro Tercero “Procedimientos especiales”, que impondría lo siguiente:

Los padres podrán recuperar la Patria Potestad mediante demanda o solicitud ante el tribunal que conoció de la Pérdida cuando reúnan los siguientes requisitos:

- I.- Que cuando menos hayan transcurrido dos años de ejecutoriada la sentencia.
- II.- Que su pretensión esté avalada por dictamen médico, psicológico y socioeconómico emitido y ratificado por dependencia estatal o profesionales en la materia de que se trate que de manera convincente demuestren que la causal que dio motivo a la pérdida de tal derecho ha quedado sin efecto por circunstancias nuevas y benéficas para el sujeto a la Patria Potestad.
- III.- Que el solicitante haya observado buena conducta por lo menos durante un año anterior a su petición, dándose vista al Ministerio Público de la citada solicitud.
- IV.- Una vez recuperada la Patria Potestad, el padre reivindicado, estará condicionado durante los primeros tres años a revisión y rendición de cuentas cada seis meses ante el juez que concedió la misma.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL SEXTO CAPITULO.

- 1) Montero Duhalt Sara. Derecho de Familia. Segunda Edición. Editorial Porrúa S. A. México 1985. Pág. 253.
- 2) Diccionario Jurídico Mexicano. D-H Instituto de Investigaciones Jurídicas. Séptima Edición. Universidad Autónoma de México. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1994. Pág. 882.
- 3) De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México 1993. Pág. 451.

CONCLUSIONES.

PRIMERA: La familia es una forma de agrupación humana en donde se conjuntan todos los descendientes de un mismo progenitor y que es de vital importancia para la formación de cualquier niño así como para la sociedad en la que vivimos y que cuando sobreviene la desestabilización del grupo familiar la Patria Potestad acompaña a esta crisis, es entonces cuando esta institución ya no cumple con la finalidad de lograr la buena y perfecta formación personal del menor.

SEGUNDA: El divorcio es de las instituciones que pone de relieve el problema de pérdida de la Patria Potestad ya que generalmente, sin ser la única manera, por medio de esta institución se hace la solicitud de pérdida de éste derecho, generando con esto graves problemas para el menor que está bajo la misma; ya que no en todos los casos la pérdida es lo más conveniente ni es la sanción adecuada para algunos actos cometidos por cualquiera de los padres.

TERCERA: La formación integral del hijo requiere imperiosamente la presencia de un grupo familiar estable, unido y armonioso. En caso de desestabilización de la familia se da lugar al funcionamiento anómalo de la Patria Potestad, ante la imposibilidad de que los progenitores satisfagan debidamente sus deberes y ejerzan a plenitud los derechos, es entonces cuando se sanciona con la pérdida de la misma a alguno de los padres o a ambos; sin dejar abierta la posibilidad de que esta situación cambie en beneficio del hijo.

CUARTA: La Patria Potestad evidencia un conjunto de derechos prerrogativas, poderes, potestades y deberes extinguidos dirigidos a la guarda, protección y custodia de la persona y bienes del menor o incapacitado sujeto a ella; lo anterior con la sola finalidad de la guarda y protección del menor y los bienes del mismo.

Deduciéndose que para poder desentrañar la esencia jurídica de la Patria Potestad hay que comenzar por tipificarla en su condición de institución protectora de los menores e incapacitados con el fin de lograr una mejor sociedad con personas de buenos principios morales y alta capacidad intelectual.

QUINTA: Nuestro Código Civil en sus artículos 497 y 500 que respectivamente disponen sobre la pérdida y suspensión de la Patria Potestad en beneficio del menor sujeto a la misma, encontramos que esta finalidad no se alcanza debido a que los legisladores no contemplaron la posibilidad de que el padre o la madre que fueron sentenciados a la pérdida de ese derecho por las causales ahí señaladas las dejaran sin efecto por circunstancias nuevas y favorables para el menor.

SEXTA: Es necesario que la familia se conserve como la célula básica de la sociedad, situación fundamental para el desarrollo correcto e integral de cualquier ser humano, dando la oportunidad de brindar aquél progenitor que recaiga en los supuestos de pérdida de la Patria Potestad de que en el caso en el que haya dejado sin efecto la causal que dio motivo a tal pérdida, la recupere, por que de lo contrario implicaría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos, perjudicando los derechos del menor que se encuentre sujeto a ella en su formación física, intelectual y espiritual, en los supuestos ya comentados. En esa razón debe ser considerada la posibilidad de recuperación de la Patria Potestad.

SEPTIMA: La suspensión de la Patria Potestad procederá sólo en los siguientes supuestos:

- I.- Por la incapacidad declarada judicialmente
- II.- Por la ausencia declarada en forma
- III.- Cuando el que la ejerce es condenado por delito grave
- IV.- Cuando por los malos tratamientos de los padres se pudiera comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos. Quedando sujeta la recuperación al

análisis psicológico realizado por dependencia estatal competente o por dictamen expedido por profesional especialista en la materia de que se trate, y

V.- En los casos previstos en el artículo 323 en sus fracciones V y XV. Los que hacen referencia en su fracción V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción y la fracción XV.- Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.

OCTAVA: Las causas de pérdida definitiva que menciona actualmente el artículo 497, serían las siguientes:

I.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres 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.

II.- Por el abandono doloso que el padre o la madre hicieren de sus hijos por más de seis meses.

NOVENA: El procedimiento a seguir propuesto en este estudio se debe incluir dentro del Libro Tercero “Procedimientos especiales” del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato bajo el nombre de “Recuperación de la Patria Potestad”, que impondría como condiciones para este beneficio lo siguiente:

I.- Que cuando menos hayan transcurrido dos años de ejecutoriada la sentencia.

II.- Que su pretensión esté avalada por dictamen médico, psicológico y socioeconómico emitido y ratificado por dependencia estatal o profesionales en la materia de que se trate que de manera convincente demuestren que la causal que dio motivo a la pérdida de tal derecho ha quedado sin efecto por circunstancias nuevas y benéficas para el sujeto a la Patria Potestad.

III.- Que el solicitante haya observado buena conducta por lo menos durante un año anterior a su petición, dándose vista al Ministerio Público de la citada solicitud.

IV.- Una vez recuperada la Patria Potestad, el padre reivindicado, estará condicionado durante los primeros tres años a revisión y rendición de cuentas cada seis meses ante el juez que concedió la misma.

Finalmente considero que la realidad familiar y social, requiere hoy en día que nuestra legislación civil regule en forma pormenorizada figuras como la que aquí se plantea, aspectos que sin lugar a dudas dejarán un largo camino por recorrer en el marco jurídico que nos rodea.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Chavez Asencio Manuel, La familia en el derecho.
Relaciones Jurídicas conyugales. Segunda Edición.
Editorial Porrúa, México 1990. 604 páginas.
- 2.- Chavez Asencio Manuel, La familia en el derecho.
Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares.
Segunda edición. Editorial Porrúa, México 1990. 517 páginas.
- 3.- Chavez Asencio Manuel, La familia en el derecho.
Relaciones Jurídicas paterno filiales, Segunda Edición
Editorial Porrúa, México 1992. 429 páginas.
- 4.- De Ibarrola Antonio, Derecho de Familia.
Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S. A.
México D. F. 1993. 608 Páginas.
- 5.- De Pina Rafael, Derecho Civil Mexicano
Decimoséptima Edición, volumen I, Editorial Porrúa S.A.
México Febrero de 1992. 404 páginas
- 6.- Elías Azar Edgar. Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano.
Segunda Edición.
Editorial Porrúa, México 1997. 578 páginas.
- 7.- Guitron Fuente Villa Julián, ¿Qué es el derecho Familiar?
Primera edición, Promociones Jurídicas.

- 8.- Juan Pablo II, La familia en los tiempos modernos.
XXIII Edición. Ediciones Paulinas S.A. de C.V.
México D.F. Enero de 1991, 159 páginas.
- 9.- Montero Duhalt Sara. Derecho de Familia.
Segunda Edición. Editorial S.A.
México, 1985. 429 Páginas.
- 10.- Pacheco E. Alberto. La familia en el Derecho Civil Mexicano.
Segunda Edición. Panorama Editorial, S. A.
México D. F. Abril de 1991, 223 Páginas.
- 11.- Pallares Eduardo. El Divorcio en México.
Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A.
México 1981. 250 Páginas.
- 12.- Recasens Siches Luis. Tratado General de Sociología.
Vigésima Edición. Editorial Porrúa S. A.
México 1986. 682 Páginas.
- 13.- Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo Segundo.
Derecho de Familia.
Sétima Edición. Editorial Porrúa S.A.
México D.F. 1987.

II) LEYES Y CODIGOS.

- 1.- Código Civil para el Estado de Guanajuato.
Orlando Cárdenas Editor S.A. de C.V.
Irapuato, Gto. Septiembre de 1998.

- 2.- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato.
Orlando Cárdenas Editor S.A. de C.V.
Irapuato, Gto. Septiembre de 1998.
- 3.- Código Penal para el Estado de Guanajuato.
Anaya Editores S.A.
México D.F. Marzo de 1998.
- 4.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Anaya Editores S.A.
México D.F. Marzo de 1998.

III) OTRAS FUENTES.

- 1.- Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo A-Ch.
Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, S.A.
Séptima edición. México 1994. 810-1602 Páginas.
- 2.- Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo D-H.
Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, S.A.
Séptima edición. México 1994. 810-1602 Páginas.