

566



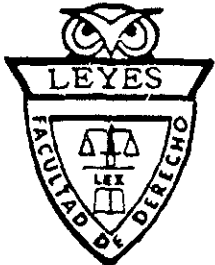
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**"LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD,
POR MALTRATO AL MENOR"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LUZ ERENDIRA MARTINEZ MUNIZ



ASESOR DE TESIS

DR. JOSE DE JESUS LOPEZ MONROY

Cd. Universitaria, D. F.

Febrero 2001

291226



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 la memoria de :

MA. DE JESUS SORIA ARROYO .

*Por todo aquello valioso que me brindó en mi
minoría de edad .*

A mis padres :

FRANCISCO MARTINEZ MOLINA

Y

MA. ELENA MUÑIZ SORIA

*Quienes siempre me dieron confianza, libertad y apoyo
en mi formación profesional.*

*Con el Agradecimiento a Profesores ,
Familiares y Amigos , que me apoyaron en la
elaboración del presente trabajo.*

Con amor a mi pequeña

TANIA .

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	1
 CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS	
1.1 DERECHO ROMANO	5
1.1.1 NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD ROMANA	 8
1.1.2 CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD	9
1.1.3 FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO	 13
1.1.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	 15
1.1.5 CAUSAS DE LA TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD	 18
1.2 DERECHO HISTORICO ESPAÑOL	20
1.2.1 FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD	28

1.3	DERECHO MEXICANO	30
1.3.1	DERECHO AZTECA	30
1.3.2	EPOCA COLONIAL	37
1.3.3	MEXICO INDEPENDIENTE	42
1.3.4	CODIGO CIVIL DE 1884	46
1.3.5	LEY DE RELACIONES FAMILIARES	50

CAPITULO II

PATRIA POTESTAD Y FILIACION

2.1	CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD	57
2.2	CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD	66
2.2.1	NATURALEZA JURIDICA	66
2.2.2	CARACTERISTICAS DE LA FUNCION DE LA PATRIA POTESTAD	69
2.2.2.1	IRRENUNCIABLE	69
2.2.2.2	IMPREScriptIBLE	70
2.2.2.3	INTRANSMISIBLE	71
2.2.2.4	TEMPORAL	73
2.2.2.5	TRACTO SUCESIVO	74
2.2.2.6	DE ORDEN PUBLICO	74
2.2.3	CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACION A LOS SUJETOS	77
2.2.4	DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA RELACION JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD	79
2.3	FILIACION	84

2.3.1	FILIACION LEGITIMA O MATRIMONIAL	87
2.3.2	FILIACION LEGITIMADA	88
2.3.3	FILIACION NATURAL	88
2.3.4	FILIACION ADOPTIVA	90

CAPITULO III

EL MALTRATO AL MENOR

3.1	CONCEPTO DE MENOR DE EDAD	92
3.2	CONCEPTO DE MALTRATO	102
3.3	REPERCUSION SOCIAL DEL MALTRATO AL MENOR	109
3.3.1	ALCOHOLISMO, FARMACODEPENDENCIA O DROGADICCION	113
3.3.2	PROSTITUCION	115
3.3.3	NIÑO DE LA CALLE	115
3.3.4	DELINCUENCIA	117
3.3.5	SUICIDIO	118
3.4	EFFECTOS JURIDICOS DEL MALTRATO AL MENOR	120
3.4.1	EN MATERIA PENAL	121
3.4.2	EN MATERIA CIVIL	127

CAPITULO IV

LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

4.1	CONCEPTO DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	134
-----	---	-----

4.2	EL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL	142
4.3	LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD COMO SANCION A QUIEN LA EJERCE	152
4.4	LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD COMO DEFENSA DEL MENOR	155

CAPITULO V

LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL JUICIO DE DIVORCIO Y COMO CAUSAL DEL MISMO

5.1	CONCEPTO DE DIVORCIO	158
	5.1.1 DIVORCIO VOLUNTARIO	166
	5.1.2 DIVORCIO NECESARIO	170
5.2	LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN RELACION CON LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	172
5.3	ETAPAS PROCESALES EN EL JUICIO DE DIVORCIO PARA EL PLANTEAMIENTO DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	209
5.4	EL MALTRATO AL MENOR COMO CAUSAL DE DIVORCIO	213
	CONCLUSIONES	216
	BIBLIOGRAFIA	219

INTRODUCCION

Es de observarse los cambios sociales por los que estamos atravesando, nos advierte una etapa histórica de sorprendentes logros, en el desarrollo de las ciencias, la tecnología, la cibernética, la era de las grandes computadoras, cerebros electrónicos, desarrollo nuclear, conquista del espacio, magnos avances y descubrimientos en la ciencia de la genética, los últimos descubrimientos de la clonación, etcétera.

Todo parece advertir el desarrollo humano en la ciencia y tecnología, que espero sea para los nobles fines en pro del ser humano, su desarrollo y bienestar, con el mejoramiento de su calidad de vida, y no así para fines contrarios.

Con todos estos avances en la ciencia y tecnología al voltear a nuestra sociedad, observamos el gravoso saldo de violencia que prevalece y nos rodea, que día con día va en un continuo crecimiento, que entra hasta nuestros hogares con los medios de comunicación, o bien, cuando la sufrimos en nuestras vivencias cotidianas, el cine, la televisión, los programas informativos, contienen una gran carga de violencia, reflejando de una u otra forma la situación actual de nuestra sociedad.

Nuestra sociedad, tiene como base de su organización a la familia, por lo que es conveniente, y de vital importancia prestar atención a la misma, a efecto de dislumbrar lo que está sucediendo en el seno de ella; toda vez, que en la familia, célula básica de la sociedad, recibe el impacto de todo cambio profundo que sufre la convivencia colectiva, y así mismo, es la integradora de la personalidad de los individuos que la conforman.

Así mismo la conducta de cada individuo, que es moldeado en el seno de nuestras familias, componentes de nuestra sociedad actual, va a influir y ser influido por los demás miembros de nuestro grupo social, por el solo hecho de estar inmerso en ella.

Por lo que reviste una vital importancia la adecuada formación de los menores miembros de la familia, integrantes de nuestra sociedad, pues es ahí donde encontraremos el origen de la desadaptación del individuo respecto a su colectividad.

El desarrollo que cada individuo tiene en pro o perjuicio del grupo social, se encuentra íntimamente relacionado con la formación que el mismo ha recibido en el seno familiar, durante su infancia y minoría de edad, pues es la familia el primer contacto que el ser humano tiene con otros individuos, es ahí donde aprende a relacionarse y ver el mundo.

Es de admitirse, que la familia al ser el agente socializador básico, en algunos casos al mismo tiempo constituya una instructora de la violencia, por el grado de malos tratos que en forma violenta en su interior prevalecen en donde el menor de edad, desde su corta infancia, aprende que las conductas agresivas, abusos del poder que ejercen sus padres, representan un método eficaz para controlar a las demás personas y para realizar sus personales deseos y fines egoístas.

Existe una interrelación en la familia y el resto social del grupo, pues la sociedad será como lo sean sus células componentes, es decir las familias. En las mismas el menor de edad desde sus primeros días, aprende a convivir tanto interna como externamente.

Es ahí donde va a recibir, el cúmulo de valores culturales, morales, ideológicos, jurídicos, etcétera, conformando así su educación. Así mismo el menor puede ser deformado en su personalidad.

Es por ello que el papel a desarrollar por sus padres en su formación es de suma importancia, quienes pueden proporcionarle al menor una atmósfera familiar, basada en el amor y respeto, educándolo conforme a los valores de nuestra sociedad, preparando a los hijos a efecto de realizar adecuadamente los fines nobles de la humanidad, o en su defecto propiciar todo lo contrario, dejando de cumplir con los nobles fines, encomendados por la necesaria institución de la patria potestad, la cual, dando cohesión al grupo familiar,

atribuye autoridad a los padres para el efectivo cumplimiento de sus deberes de educar, proteger, guardar y en general formar a los menores en su sano y positivo crecimiento, el interés de los padres ha de coincidir con el del grupo social, pues es un cargo que se ejerce en interés público, fundando el cumplimiento de sus deberes en el amor natural a los hijos.

Pero qué sucede cuando el menor recibe de sus ascendientes todo lo contrario a lo esperado para su sana formación y es de ellos, o de uno de ellos, de quien recibe abandono, corrupción, desprecio y todos aquellos malos tratos que lesionan su formación.

Las necesidades afectivas de los menores respecto de sus padres, parecen no ser de fácil sustitución, por lo que el maltrato que los padres infieran a los menores, han de dejar en los mismos huellas terribles, de difícil recuperación. Debemos tener en cuenta que los niños reproducen lo que reciben ¿Qué podemos recibir del niño maltratado por sus padres?, es ahí una de nuestras preocupantes, pues de generación a generación, se transmite y se erige en semilla de violencia en el grupo social.

Es en los malos tratos, donde podemos encontrar el origen de conductas antisociales, el individuo sufrirá la desadaptación al grupo social, que puede ir, desde una falta de aprovechamiento escolar, hasta la delincuencia, dejando en los mismos trastornos psicológicos, surgiendo así la necesaria y urgente rehabilitación, porque de lo contrario lo pueden acompañar a lo largo de su vida, con la reproducción de nefastas consecuencias.

Es por ello la importancia de la idónea regulación jurídica de las relaciones filiales, entre quienes ejercen la patria potestad, y quienes están sujetos a la misma, en un adecuado ejercicio de dicha institución o en su defecto cuando en el ejercicio de la misma se transgreden los intereses de los menores, a efecto de evitar los perjuicios inherentes a los malos tratos sufridos por los menores, la pérdida de la patria potestad, se nos presenta como excepción a la regla, una necesaria alternativa a efecto de poner fuera del contexto que lesiona al menor, y lejos del alcance de su agresor, como un punto de partida en las primeros pasos en su necesaria rehabilitación.

En esto encuentro el interés en desarrollar el presente trabajo, con el análisis de las circunstancias y su normatividad, regulada en nuestro Código, por ser los menores, los miembros más vulnerables de las familias, unidades integradoras de nuestra sociedad, he ahí la importancia de prevenir y protegerlos del maltrato, por ser este un problema actual, de profundas repercusiones sociales, que requiere de conocimiento y soluciones inmediatas por la frecuencia en que se presenta en nuestra sociedad, lo que representa un problema de gran magnitud y que tenemos que enfrentar por la complejidad de su proceso, que abarca y que tiene que ver con la educación, cultural, valores, así mismo y básicamente con nuestros ordenamientos jurídicos.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1.DERECHO ROMANO

En la antigüedad fueron varios los pueblos en los que predominó el régimen patriarcal, pero fue en Roma donde esta institución patriarcal alcanzó su máxima expresión.

En este derecho, aparece desde sus inicios un sistema estrictamente patriarcal, al grado que el parentesco por línea paterna era el que contaba en derecho, por lo que el poder del padre era vasto en extremo respecto de todos los miembros del hogar y este poder sólo terminaba con la muerte del padre, salvo algunas excepciones. No se extinguía cuando los hijos cumplían determinada edad como en el derecho actual.

En el Estado Romano la familia era el núcleo social en la que el robusto poder del padre sobre los miembros de cada familia o domus, se encontraba establecido y protegido por el derecho, que al ser un tipo de monarquía doméstica preparaba al individuo para la vida pública, en respeto y obediencia incuestionable en relación con el Estado Romano.

En la familia romana el poder se encontraba depositado en el paterfamilias, quien era el único que ejercía potestad sobre todos los miembros de la familia, la cual se integraba por la esposa, los hijos, los nietos, las nueras, los clientes y los esclavos, sometidos todos al poder del paterfamilias.

La patria potestad se configura, en este derecho mediterráneo, como un absoluto poder del padre, paralelo a un monarca y sacerdote doméstico, de ahí la obediencia y veneración que le fueron debidas. La institución de la patria potestad fue piedra esencial en el apoyo de la familia romana, razón por la que fue objeto de extremo cuidado en el orden jurídico romano. Adquirió esta figura caracteres de esclavitud, la rigurosa en extremo, potestad paterna.

El paterfamilias “como una especie de monarca doméstico puede imponer, inclusive la pena de muerte a sus súbditos, ejerciendo el terrible *ius vitae necisque*. Sin embargo, para medidas tan drásticas, el paterfamilias estaba bajo cierta vigilancia moral, por parte, primero de la organización gentilicia y luego, del censor”.¹

De tal forma que si el poder del paterfamilias respecto de los hijos llegaba al extremo de determinar la vida y muerte de estos, luego entonces con mayor razón éste podía imponerles toda clase de castigo sin límites, constituyendo a lo que en nuestro derecho se denominan maltratos. Quizás sea esto, una de las razones por la que el derecho de familia de este antiguo régimen jurídico romano no tuvo la misma repercusión en el derecho moderno que otras ramas, al contener una serie de figuras que fueron rechazadas por nuestro derecho.

La única persona que en la antigua Roma, tuvo plena capacidad de ejercicio y goce, así como una plena capacidad procesal, tanto activa como pasivamente, fue el paterfamilias y los miembros de sus *domus* dependían de él y participaban de la vida jurídica de Roma única y exclusivamente a través del mismo.

El paterfamilias era el único dueño de los bienes que constituían el patrimonio de la familia, era el señor de los esclavos, patrón de los clientes, titular de los *iura patronatus* sobre los libertos, ejerciendo la extrema patria potestad sobre los hijos y nietos, la potestad que ejercía sobre la esposa y nueras era equiparable a la de una hija, dependiendo esto, si el matrimonio con dichas mujeres se había realizado *sine manu* o *cum manu*, pues en el caso del primero la mujer no, entraba bajo la potestad del paterfamilias de la *domus* del esposo, y continuaba bajo la potestad del paterfamilias de su propia *domus*, a diferencia del segundo caso en donde si entraba bajo la potestad del paterfamilias de la *domus* del esposo.

¹ Guillermo Floris Margadant S.. “El Derecho Romano”, El Derecho Privado Romano, 5ª Ed., Edit. Esfinge. S.A., 1974, pág. 196.

Los hijos *filiusfamilias*, nietos, esposa o nueras, *cum manu*, y esclavos adquieren bienes patrimoniales sólo para el patrimonio del *paterfamilias*, ya fuere por su trabajo o por donación. Así mismo los miembros de su *domus* solo tienen por consecuencia a el capacidad jurídica de segundo grado al participar únicamente de la vida jurídica de Roma a través de él.

La potestad que el *paterfamilias* tenía respecto de todos los miembros de la familia, aún cuando era total y absoluto, tenía diferencias entre cada uno de los miembros de la *domus*, podríamos decir que respecto de la esposa y nueras podía tener la *manu*, y la potestad que ejercía respecto de las mismas no era tan severa como la que ejercía respecto de los hijos y nietos; respecto de los esclavos ejercía un poder comparable al que tenía en la propiedad privada, sobre los clientes tenía un poder patronal.

La potestad que ejercía el *paterfamilias* sobre la esposa y nueras, *cum manu* producía efectos jurídicos paralelos a los de la adopción, pues “la mujer quedaba colocada en la condición de hijo del marido (*loco filiae*), nieta del padre de éste (*loco neptis*), y hermana de sus hijos (*loco sororis*), ya que sufría una *capitis diminutio* que la hacía salir de su familia agnaticia para entrar en la del marido. Era honrada con la denominación de *materfamilias*—por lo menos cuando su marido era *sui iuris*—y la potestad a la cual quedaba sometida no tenía caracteres tan extremos como los de la *patria potestad*: no podía ser vendida, emancipada, ni dada en *noxa*, ni se ejercía sobre ella el *ius vitae et necis*.”²

Respecto del poder que el *paterfamilias* ejercía en la *patria potestad* sobre los hijos, éste podía también emancipar al hijo, venderlo, cederlo temporalmente a un tercero, por encontrarse en miseria o para garantizar una deuda a su acreedor, en el caso de venta del hijo su valor se estimaba de acuerdo a los servicios que podría proporcionar al acreedor el cual se comprometía a que en determinado tiempo lo liberaba y el hijo volvía a entrar bajo la *patria potestad* del *paterfamilias*.

² Augusto César Belluscio, “Derecho de Familia”, Tomo II, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 288.

1.1.1 NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD ROMANA

La patria potestad que se ejercía respecto de los hijos y nietos favorecía más a quien la ejercía, que proteger a los que se encontraban sujetos a ella, pues el titular de la patria potestad, tenía todos los derechos de su parte, y todas las obligaciones estaban a cargo de los sometidos a ella.

Esta institución se estableció por el interés de la familia que debería tener un solo jefe provisto de plenos poderes, para salvaguardar los intereses de la domus, y detrás del interés del grupo familiar estaba el del Estado romano, dado que tenía en cada familia una escuela de rigurosa disciplina y respeto a quien ejercía el poder, formando de esta forma a los individuos para la vida pública.

La patria potestad era perpetua, se ejercía únicamente por el varón paterfamilias, pues nunca era ejercida por la mujer, el varón no requería ser forzosamente padre dado que el varón desde la cuna podía ser paterfamilia, en el caso de que al nacer perdiera su pater. Esta institución implicaba la idea de soberanía doméstica, no implicaba necesariamente la idea de paternidad, razón por la que no requería ser padre porque no necesariamente se encontraban bajo la potestad del paterfamilias únicamente los hijos y nietos, sino incluso personas ajenas a los vínculos sanguíneos.

La legislación romana no contempló la potestad del padre y la madre, como en nuestra legislación, solamente estableció la del padre, no concediendo a la madre potestad alguna respecto de sus hijos, ni aún en el caso de fallecimiento del paterfamilia, dado que en tal caso la misma requería de un tutor especial para la toma de importantes decisiones.

De tal suerte que se daban relaciones variantes entre los hijos y las madres, dependiendo ello del tipo de matrimonio de la madre en relación con el padre, pues en algunos casos la madre al encontrarse bajo la potestad de su propio padre, a diferencia de las que se encontraban bajo la del marido o del padre de este, en quien recaía el título de paterfamilias podría darse el caso

que la misma perteneciera a la domus de su familia paterna y no a la de sus propios hijos, por lo que esto dependía del tipo de matrimonio de la misma, si era cum manu o sin manu..

En el caso de la “manu” – Era una potestad establecida por el derecho civil, propia del ciudadano Romano, que ejercía el paterfamilias sobre la esposa, cuando ésta ingresaba a la familia a ocupar un filiae loco”.³ En tal caso la mujer era considerada como hija del marido, y como hermana de sus hijos, dándose entre éstos y aquélla el derecho de sucesión recíproca que existe entre hermanos y hermanas, encontrándose unidos por lazos de poder más que de sangre.

En el matrimonio “ sin manu” , no se da tal vínculo, la madre y los hijos pertenecen a diferentes familias, a la razón de que los hijos nacen en la familia del padre, en tanto que la madre continúa perteneciendo a la suya, y como consecuencia no se da la relación a la herencia que se presentaba en caso del matrimonio antes descrito cum manu.

En un aspecto común tanto en el matrimonio cum manu y en el sine manu, en ambos el papel de la madre es totalmente anulado, pues la mujer es madre y esposa y nunca jurídicamente materfamilias, no existe su intervención en la patria potestad. Sin embargo el extremo rigor del derecho romano en esta materia se fue atenuando y las costumbres fueron concediéndole lo que la ley le negaba, y así, en la etapa del Imperio, se reconoce a la mujer en las fuentes, una serie de derechos.

1.1.2 CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

En las características de la patria potestad romana, a pesar de las transformaciones que tuvo esta institución a través de los años, Lemus García, anota las siguientes características:

³ Raúl Lemus García, “Derecho Romano”, Compendio. Edit. Limusa, 5ª Ed., México 1979, pág. 98.

- 1.- Era una institución de derecho civil.
- 2.- Correspondía al ascendiente varón de mayor edad. Este ejercía la patria potestad sobre sus hijos, nietos, bisnietos, etc.
- 3.- La mujer en ningún caso podía ser titular de la “Patria Potestad”, ésta únicamente podía ejercitarse por los varones .
- 4.- Se dice que la “Patria Potestad era perpetua”, porque no terminaba con la mayoría de edad de las personas que estaban sometidas a ella.
- 5.- Era un poder que se ejercía por un ciudadano Romano sobre otro ciudadano romano.
- 6.- Era una potestad que otorgaba derechos a su titular sobre la persona y bienes de quienes estaban sujetos a ella.”⁴

Pueden considerarse las anteriores como las principales características de la patria potestad en el derecho romano, variando su acentuación de una a otra característica, dependiendo del momento histórico de la evolución de este derecho. Tal es el ejemplo que en Derecho Clásico y del bajo Imperio se observa la tendencia a limitar los derechos y poderes del paterfamilias, tanto sobre la persona como en los bienes del hijo. A diferencia del Derecho Antiguo, en el que la potestad paterna comprendía derechos absolutos y rígidos al paterfamilias, similares a los ejercidos sobre los esclavos.

Así tenemos que en el Derecho Antiguo el paterfamilias, al tener un derecho absoluto sobre sus descendientes, podía venderlos, abandonarlos, darlos en pago de alguna deuda, etc., por lo que estos se encontraban en las mismas condiciones que los esclavos. La Ley de las Doce Tablas establecía que el padre que vendía tres veces en forma sucesiva al hijo, este por tal hecho se volvía sui juris. El hijo no podía casarse sin el consentimiento del paterfamilias, y si lo hacía así, éste podía romper el matrimonio de su hijo o hija imponiéndoseles la separación.

⁴ Raúl Lemus García, op. cit., pág. 100.

En el ejercicio de la patria potestad que el paterfamilias tenía respecto de sus descendientes en el ámbito educativo, en tal ejercicio, podía imponerse maltratándolos seriamente, con severos y crueles castigos corporales, y aún matarlos, tal como se manifestó anteriormente.

Los bienes de la domus, solamente se encontraban bajo la propiedad del paterfamilias y era el único que disponía de los mismos, sin importar que parte de ellos fueran adquiridos por el hijo mediante su trabajo, se le podía confiar a este un peculio, para su administración únicamente, sin otorgar la propiedad.

La diferencia que existía en esta época entre el hijo y el esclavo, era que el hijo de familia era persona libre, tenía el status libertatis, que no tenía el esclavo. Además tenía el status civitatis que lo consideraba como un ciudadano romano con los derechos tales.

En el derecho Clásico y Bajo Imperio, poco a poco fue modificándose la legislación romana, y a fines de la República se presentó la tendencia a limitar los poderes del paterfamilias y a reconocerle derechos a los hijos, tanto en su persona, como en sus bienes.

En el Derecho Clásico encontramos un aspecto de gran importancia, al poder el hijo reclamar alimentos al paterfamilias, quien tenía a su vez la obligación de proporcionar alimentos. “En caso de hijas, éstas tienen derecho además (desde el emperador Augusto) a que el padre les dé una dote adecuada a su clase social”.⁵

Encontrando aquí un aspecto de proporción, al poder, la hija, solicitar que la dote que le fuera entregada no sería menor a la clase social en que se encontraba inmersa, garantizando así que la misma pudiera continuar desenvolviéndose en el mismo nivel social de origen.

⁵ Guillermo Floris Margadant S., op.cit., pág. 202.

- “1.- Séptimo Severo suprimió el derecho de vida y muerte sobre los hijos.
- 2.- Antonio el “Piadoso”, limitó el derecho del pater-familias, a romper el matrimonio de sus hijos mediante el divorcio.
- 3.- Se limitó el derecho del pater-familias a vender a sus hijos en casos de extrema miseria y necesidad.
- 4.- Bajo Constantino, prohibió al paterfamilias abandonar a sus hijos, salvo cuando nacieran adhucanguinolentus.
- 5.- Se facultó al hijo para reclamarle alimentos, al pater-familias.
- 6.- Se le reconoció el derecho al hijo de quejarse judicialmente, en contra del pater-familias”.⁶

Respecto a los bienes, se crearon diversas clases de Peculios :

Bajo la férula y época de César se creó el Peculio Castrense, que comprendía lo que el hijo adquiría en calidad de militar en los campos de batallas, especialmente su sueldo, y su parte en el botín de guerra, de estos bienes era absoluto propietario el hijo y podía disponer de ellos testamentariamente, a su muerte, si moría intestado pasaban al padre.

Durante Constantino, se creó el Peculio Cuasicastrense que comprendía todos aquellos bienes que el hijo había adquirido en el ejercicio del servicio a la Corte, del Estado o bien de la Iglesia.

Existían también los llamados bienes adventicios, que eran los que el hijo había recibido en la sucesión de su madre, y también se comprendieron los bienes que el hijo bajo potestad adquiriera y le pertenecieran en propiedad, salvo los bienes que procedieran de su padre y que seguían formando el peculio Profecticio, además se comprendían también los bienes que adquiría el hijo, de los padres de su madre, de su cónyuge y de su prometida.

⁶ Raúl Lemus García, op. cit., pág. 101.

Sobre todos estos bienes, el paterfamilias tenía el derecho de administración y de goce, con excepción del peculio castrense.

Como es de observarse la legislación romana en materia de la patria potestad, sufrió cambios notables, tanto en el aspecto humano, como en el material, del derecho antiguo, al derecho clásico y el bajo imperio.

1.1.3 FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO

Esta figura jurídica surgía principalmente de tres fuentes de derecho civil, normalmente del matrimonio o justas nupcias; y de manera excepcional de la adopción y la legitimación.

Se llamó justas nupcias al matrimonio legítimo que se efectuaba conforme a las reglas del derecho civil en Roma. Era de gran importancia la continuidad de la familia o gens, ahí la importancia del matrimonio base de la sociedad y esta a su vez del Estado.

“Son hijos legítimos los habidos de padre y madre unidos en matrimonio”.⁷

La adopción era una institución, que tenía el efecto de establecer una relación análoga a la que surgía de las justas nupcias, entre el hijo y el paterfamilias. De esta manera, se hace caer bajo la autoridad paterna al adoptado e introduce en la familia civil a personas que no tienen por lo regular, ningún lazo de parentesco en forma natural, con el jefe de familia o paterfamilias.

⁷ José Arias Ramos, “Derecho Romano II”, 18ª ed., Edit. “Revistas de Derecho Privado”, Madrid 1990, pág. 730.

“En Roma se practicó la adopción de dos formas: la Adrogatio y la Adoptio. En el primer caso se trata de la adopción de una persona sui juris, que no estaba sometida a ninguna potestad. La segunda, la adopción propiamente dicha, se refiere a una persona alieni juris, es decir, sometida a la potestad de otra persona”.⁸

Por medio de la Adrogatio se obtenía la patria potestad respecto de un paterfamilias, que bien podría ser sobre su hijo natural.

Al respecto Margadant S., señala: “Adopción.- por este procedimiento el paterfamilias adquiere la patria potestad sobre el filiusfamilias de otro ciudadano Romano. La adrogatio.- Esta permite que un paterfamilias adquiriera la patria potestad sobre otro paterfamilias.”⁹

Entre las finalidades de la adopción encontramos el de perpetuar el culto familiar religioso, como evitar la extinción de la familia romana. El paterfamilias sacerdote doméstico, a cuyo cargo estaban las ceremonias religiosas, no podía interrumpir las ceremonias religiosas, pues permanentemente debía mantenerse el fuego sagrado, por lo que era indispensable la existencia del heredero familiar en el culto.

De igual manera encontramos una finalidad de carácter político, a razón de que la familia romana ejercía un considerable papel dentro del Estado Romano, por lo que por medio de los comicios de las curias que comprendían un cierto número de gentes, que a su vez eran agregaciones naturales fundadas en el parentesco. Al constituir la clase patricia el paterfamilias y sus descendientes, pues era esta clase la que participaba en el gobierno del Estado.

La legitimación requería de un fundamento natural. En el derecho preclásico ningún hijo tenía tal calidad sin un acto expreso de reconocimiento por parte del padre estableciendo la filiación.

⁸ Manuel F. Chávez Ascencio, “La Familia en el Derecho”, Edit. Porrúa, México, 1992, 2ª ed., pág. 202.

⁹ Guillermo Floris Margadant S., op. cit., pág. 202.

La legitimación fue un medio creado por los emperadores cristianos para favorecer las uniones regulares, al permitir al padre adquirir la autoridad paterna respecto de los hijos naturales nacidos del concubinato.

El concubinato debía ser una unión estable y no pasajera, para ser llamada como tal, a la que solo le faltara la expresión matrimonial, (*affectio maritalis*), únicamente estos hijos, llamados naturales, podían ser objeto de la Legitimación, quedando fuera los hijos producto de uniones extra matrimoniales, que no constituían concubinato.

Por lo que hemos visto las fuentes de la patria potestad señalan una general y natural al lado de las excepcionales y artificiales, en donde la legitimación necesita un fundamento natural, y un acto expreso por parte del padre.

1.1.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Derechos del titular de la patria potestad y obligaciones de los sujetos a la misma:

La institución de la patria potestad en su origen, fue un poder instituido en beneficio del padre, es decir de la persona que la ejercía, pero con el tiempo en la fase imperial, se convirtió en una figura jurídica en la que se establecieron derechos y obligaciones para ambas partes, tanto de quien la ejercía como de quien estaba sujeto a ella, aún que no con la misma proporción, más sin embargo se le otorgaron derechos a los hijos que en un principio no tenían.

Entre las principales podemos indicar las siguientes:

- El pater familias tenía el derecho de ejercer la patria potestad hasta su propia muerte, por lo que sus descendientes se encontraban obligados a

permanecer sujetos a ella durante toda la vida del paterfamilias, con excepción de algunos casos en que salían de la misma para entrar bajo la potestad de otro paterfamilias, ya fuere mediante la adopción de estos, o bien mediante el matrimonio cum manu en el caso de las mujeres, así mismo cuando a los sujetos a la patria potestad se les asignaban cargos religiosos.

- El paterfamilias tenía la facultad disciplinaria de los sujetos a la patria potestad, pudiendo incluso lesionarlos, y los inmersos en ella tenían la obligación de acatar las disposiciones del titular de la patria potestad.

- En la primera etapa del derecho romano, el paterfamilias tenía el derecho de ejercer sobre su hijo el “ius vitae necisque”, siempre y cuando se justificara su ejercicio.

- El titular de la patria potestad paterfamilias, tenía el derecho de vender y exponer a los sujetos a la potestad paterna, siempre y cuando fuera por necesidad económica.

- El paterfamilias tenía el derecho de propiedad respecto de todos los bienes que adquirieran los descendientes del mismo, y estos tenían la obligación de permitir el ingreso de dichos bienes al patrimonio familiar del cual era el titular el paterfamilias. Con posterioridad y a medida que se fue suavizando el derecho en este aspecto el paterfamilias tenía la obligación de respetar la propiedad de los peculios otorgados a los hijos (castrense y quasi castrense).

- El paterfamilias tenía el derecho de practicar el abandono noxal del hijo responsable en la comisión de un delito, y este a su vez, tenía la obligación de expiar su culpa con trabajo a favor de la víctima del delito.

Entre los derechos de los sujetos a la patria potestad y obligaciones de los titulares de la misma, es de gran importancia el señalar que desde la época clásica los hijos tenían el derecho a reclamar alimentos al padre, por lo que este último tenía la innegable obligación de proporcionarlos, y su negativa en proporcionarlos constituía la comisión de un crimen equiparable al homicidio.

La exposición que se hiciera del hijo sin razón justificada, al desproverlo de lo indispensable para su subsistencia al no suministrarle los debidos alimentos se sancionó como la comisión de un homicidio. Por lo que “La exposición, es objeto de una amplia y variada legislación, durante el Bajo Imperio, y, finalmente tratada como un crimen, equiparable al homicidio”.¹⁰ El Derecho Romano en lo anterior establece una severa sanción al maltrato que pudiera sufrir el sujeto a la patria potestad por la falta en el cumplimiento de las obligaciones del titular a la misma, en virtud de los perjuicios que podrían sufrir los hijos .

Además del derecho alimentario que tenían los hijos, las hijas tenían el innegable derecho a que se les proporcionara por parte del paterfamilias, una dote, la cual debía ser proporcional y adecuada a su clase social a la que pertenecían, estableciéndose aquí el principio de proporción al no poder ser la dote en ningún caso inferior a lo antes establecido, normatividad que se estableció desde el emperador Augusto

Desde la época de Augusto, los hijos tenían derecho a que se les respetara la propiedad respecto del “peculio castrense” ganado por este en su actividad militar, así como desde la época del emperador Constantino, se añade a este derecho, también el peculio quasicastrense obtenido por el hijo en el ejercicio de alguna función pública o eclesiástica, así como de los bienes adquiridos por la sucesión de su madre o padres de esta.

El filiusfamilias tenía derecho a la vigilancia que realizaran las autoridades gentilicias o del censor, para evitar que el paterfamilias tratara de ejercer el *ius vitae necisque* en su contra sin razón justificada.

¹⁰ Guillermo Floris Margadant S.. op. cit., pág. 200.

1.1.5 CAUSAS DE LA TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

A pesar de que una de las características del ejercicio de la patria potestad era que la misma se ejercía toda la vida del paterfamilias, y los individuos sujetos a ella se encontraban dentro de la misma, en tanto viviera el paterfamilias, sin embargo, existieron excepciones en el derecho romano, por las que la patria potestad terminaba.

Bajo la denominación “Disolución de la autoridad paterna”, E. Petit, divide en dos grupos las causas por las que se pone fin a la autoridad paterna:

- “a) Por acontecimientos o casos fortuitos y,
- b) Por actos solemnes.

Pertencen a la primera división, las siguientes causas:

- I) La muerte del jefe de familia,
- II) Su reducción en esclavitud,
- III) La pérdida del jefe de familia, del derecho de ciudadanía,
- IV) La muerte del niño alieni juris,
- V) La caída en esclavitud, del niño,
- VI) La pérdida del niño del derecho de ciudadanía,
- VII) La elevación del hijo de familia a ciertas dignidades, sacerdote de Jupiter o la hija Vestal.

Pertenece a la segunda división, dos causas:

- I) La entrega en adopción
- II) La emancipación”.¹¹

Conforme a lo anterior, podríamos decir, respecto al primer grupo de causas de terminación de la autoridad paterna, que solamente dos de ellas podrían dar lugar a una posible recuperación de la patria potestad, o a una equiparación de una suspensión de la autoridad paterna y que son los casos de cautiverio, ya que en caso de que el paterfamilias hubiera sido reducido a la esclavitud y posteriormente quedaba libre, podía recuperar la patria potestad de la misma manera, dado el caso en que el hijo fuere el que hubiese caído en esclavitud, y recobrase su libertad, volvería a entrar bajo la potestad paterna.

En el caso de que el paterfamilias muriera en cautiverio, la suspensión que había operado temporalmente, se convertía en una pérdida definitiva, lo que además según la teoría de los juristas clásicos, convertía a los hijos en “sui juris” operando esta situación retroactivamente, quedando en consecuencia libre de la autoridad paterna desde el momento en que el jefe de familia fue hecho prisionero y quedando a su favor, todas las adquisiciones que hubieren hecho durante ese tiempo.

Dentro de los actos solemnes, que quedaron indicados, la entrega en adopción y la emancipación, que producían la pérdida de la patria potestad, no operaba la recuperación.

Respecto al tema que nos ocupa, dice Sohm: “ El derecho paterno se acaba ipso jure, en derecho antiguo, cuando el hijo, o la hija adquieren la dignidad sacerdotal de flamen dialis o virgo vestalis; en derecho justineano cuando el hijo alcance jerarquía episcopal o el patriciado. Fuera de estos casos, la patria potestad dura, lo que viva el padre. La muerte de éste libera tan sólo a los sujetos inmediatamente a ella, mientras que los nietos nacidos de los hijos ingresan en el poder paterno de éstos. La capitis diminutio, aún que sea

¹¹ Eugene Petit. “Tratado Elemental de Derecho Romano”. Traducción 1ª Ed., por J. Fernández González. Edit. Nacional, S.A., 1949, pág. 114.

mínima , acarrea, al igual que la muerte, la pérdida de la patria potestad”.¹²

Conforme a lo descrito, la patria potestad en forma general duraba toda la vida del que la ejercía, y solo en casos excepcionales terminaba antes.

1.2 DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

En sus diversas etapas históricas el derecho español , estuvo influido por el derecho de los pueblos que invadieron sucesivamente su península, tales como los pueblos íberos y celtas, quiénes en materia del derecho familiar aportaron la institución del matrimonio monogámico así como el contrato de esponsales. Posteriormente los Fenicios y Cartagineses aportaron sus instituciones jurídicas.

Más tarde con el dominio romano se aplicó este derecho en todo su territorio, y con las invasiones de los bárbaros coexistió el derecho godó e íbero.

De tal manera que podemos encontrar sucesivamente la existencia en el derecho histórico Español, el Código de Eúrico (467-485), posteriormente el Código de Alárico ó Breviario de Aniano (506), el de Loevigildo (568-586), de gran influencia romana, destacando entre todos el Fuero Juzgo (564), derivado del derecho germánico y romano atenuado por el derecho canónico.

En el derecho hispano godó, respecto al tema de menores podemos decir que estos se encontraban sujetos tanto a la autoridad paterna como a la materna, y el padre ya no podía como en derechos anteriores, vender a los hijos, así como disponer en su totalidad sobre la vida y muerte de los mismos.

¹² Rodolfo Sohm, “Instituciones de Derecho Privado Romano”, Traducción de W. Roses México. 1951. pág. 299.

Posteriormente al Fuero Juzgo, entre las más importantes encontramos a las Partidas (1256-1263), bajo Alfonso X.

Las Siete Partidas, en materia de patria potestad se basaron en el derecho romano, estableciendo que la potestad paterna se debía por la relación de respeto y de sumisión del hijo para con el padre y la facultad de éste para castigar a su hijo, la madre no ejercía la patria potestad sobre sus hijos.

En materia de patria potestad estas leyes no otorgaban al padre el derecho de vida o de muerte que tenía originariamente el “Pater Familiaes” en el derecho romano sobre el hijo, pues como anteriormente lo manifesté, la influencia del derecho romano se suavizó en su aplicación por el derecho canónico, de tal manera que en el derecho histórico español se establecieron las instituciones romanas con la atenuación del derecho canónico.

En el derecho español antiguo, fue concebida la patria potestad, como una fusión y mezcla de derechos y deberes, con vigilancia y protección de la persona del hijo.

A pesar de la fuerte influencia del derecho romano en esta etapa histórica de la evolución del derecho español, existieron rasgos, en los que se observa una gran diferencia con lo establecido en materia de patria potestad en este derecho español y el antiguo derecho romano, sin dejar de tomar en cuenta la efectiva influencia que sí se dio; al respecto podemos decir que la corrección de los hijos, no podía llegar a los extremos de constituir actos inhumanos.

En la etapa histórica de la legislación Visigoda, encontramos que en materia de patria potestad, tuvo gran influencia la tradición legislativa del bajo imperio del derecho romano postclásico, de tal forma que el derecho visigodo concibe la idea de la patria potestad tal como fuera concebida, después de la profunda transformación que sufrió en esta materia el derecho romano, y no así del primitivo derecho romano.

Si bien existieron conceptos de la época clásica romana, también se establecía la protección de los intereses de los hijos, predominando la idea de patria potestad como función de los padres en beneficio de los hijos.

Para esta etapa ya no se manifiesta la idea de patria potestad como un poder absoluto del padre, sino que es el padre quien tiene una función de protección y vigilancia en relación a sus hijos.

La Lex Visigothorum, ya combate el principio del *ius vitae ac necis*, por lo que era sancionada la muerte del hijo, provocada por los padres, así como el infanticidio, el abandono de los hijos, y el de los deberes de los padres para con los mismos, y muy importante es destacar el deber de proporcionar alimentos a los pupilos, sancionándose el incumplimiento de ello, así como también el que se vendiera a los hijos.

“La Lex Visigothorum (lib. V. tit. IV. Ley 12ª.), y el Fuero Real (lib. III, tit X, Ley 8ª.), prohibían a los padres vender, donar o dar en prenda a sus hijos bajo la sanción de nulidad de tales actos y pérdida por el comprador del precio que hubiese entregado; y las partidas advertían al padre que debía castigar al hijo mesuradamente”.¹³

Podemos observar de esta manera, los límites que se presentaban en el ejercicio de la patria potestad a los padres, respecto de sus hijos, tanto en las leyes visigodas como en las de la monarquía castellana, a diferencia del derecho romano y en esta forma destaca y predomina el concepto germánico de la patria potestad como autoridad tutora.

Otra notable diferencia, la encontramos en el aspecto del carácter temporal de la autoridad paterna, que al igual que en el derecho germánico, la patria potestad termina con la independencia doméstica del hijo. Principio que

¹³ Martín Theodor, “Tratado de Derecho Civil”, Título IV, Derecho de Familia II. Traducción de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas, 2ª Ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1952.

subsistió aún después, del renacimiento romanista que se llevó con las partidas.

La figura de la patria potestad continuó con un proceso evolutivo, determinando sus características dependiendo de la influencia de la etapa y momento histórico de España.

En la etapa de la reconquista, prevaleció por un tiempo la concepción de esta figura de la patria potestad, tal como la concebía el derecho visigodo, pero con posterioridad a la prolongación de la época de la invasión musulmana, la patria potestad con el proceso evolutivo se convirtió en un officium, concebido, en interés del hijo, para seguir evolucionando hasta llegar a la idea de un derecho natural.

Las partidas en sus títulos 17,18,19, de la 4ª partida, regularon la patria potestad en la idea de que suponían a esta figura como un poder del padre, pero en interés del hijo, y no así como un derecho ilimitado de este, definiéndose esta figura como un poder y señorío, poder limitado, y con moderación, proclamándose que el derecho de corrección se debería ejercitar con mesura y piedad, sancionándose el castigo cruel con la pérdida de la patria potestad

“Para la Ley de Toro, establecía que eran libres o emancipados de la patria potestad, respecto de los hijos que contrajeran matrimonio de acuerdo a los ordenamientos de la Santa Madre Iglesia”.¹⁴

En los siglos XVIII y XIX, continuó vigente la concepción justiniana de la patria potestad, con algunas innovaciones de las aportaciones de las Leyes de Toro.

La emancipación de los hijos por matrimonio, confirma así el carácter temporal de la patria potestad, fue también contemplada y regulada en la Ley

¹⁴ Manuel Mateos Alarcón, “Lecciones de Derecho Civil”, pág. 273.

de matrimonio civil de 1870, en su artículo 64, convirtiéndose en forma definitiva, en un poder temporal, limitado, a la patria potestad, y reconocía la facultad de los padres de corregir y castigar moderadamente a los hijos, sirviendo así la Ley de matrimonio civil, como base para el criterio adoptado por el Código Civil.

En el transcurso histórico poco a poco se fue dando un cambio trascendental en la realidad social, al predominar la concepción de la patria potestad como una función establecida en beneficio de los hijos y en la doctrina jurídica prevaleció una idea de patria potestad como un poder útil a los hijos, en protección de los mismos, de carácter temporal y limitado.

El papel del cristianismo fue decisivo en la influencia y evolución de la figura de la patria potestad, constituyendo así una Institución que impone en su ejercicio, deberes al padre para con sus hijos.

El Código Civil contempla a la patria potestad como un poder de protección, la potestad paterna en este ordenamiento, tiene un carácter de función tutelar, comprendiendo, el derecho y el deber de cuidar de la persona y el patrimonio del hijo, con deberes de guarda y dirección.

Sin embargo cabe hacer mención que “el Código Civil no es el derecho civil de todo el territorio español, en el que subsisten otros derechos civiles, los llamados derechos forales, de los cuales el más importante, por su historia, su contenido y su literatura jurídica, es el derecho catalán, que más que un derecho de tipo romanista, como el derecho español o el francés, puede considerarse con propiedades de derecho romano, pues en Cataluña subsiste el derecho romano como vigente, con carácter supletorio”.¹⁵

En la Ley del matrimonio civil, no se concedió a la madre el ejercicio de la patria potestad plenamente, por influencia del criterio romanista, y solo la ejercía en forma subsidiaria, al establecer en su artículo 64, que el padre y en

¹⁵ Felipe de Sola Cañizares, “Iniciación al Derecho Comparado”, impreso en Barcelona, España, 1954, págs. 279 y 280.

su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados, que si bien esto fue un cambio respecto al criterio romanista, no dejó de limitar el poder materno.

Por la influencia de la Ley de matrimonio civil, el Código civil, acogió el sistema de la patria potestad subsidiaria de la madre, y en su artículo 154, el código civil, se consagra el principio de potestad subsidiaria de la madre, quien no podía intervenir directa y legalmente en la patria potestad de sus hijos en vida del padre.

Sin embargo en la vida diaria, la madre desempeñaba un papel trascendental en la educación de los hijos, por lo que podemos decir que de hecho la madre tenía potestad respecto de sus hijos, principalmente en el interior del hogar.

“El derecho civil estatuye una potestad de los padres a la cual está sujeto el hijo sólo hasta la mayor edad, comprende el derecho y el deber de cuidar de la persona y el patrimonio del hijo y tiene por tanto un carácter tutelar, va unido con el derecho de disfrute del patrimonio del hijo”.¹⁶

La patria potestad en el Código Civil español, contiene rasgos semejantes a los consagrados en el Código alemán, que al igual que el español, constituye una potestad de los padres, a la cual está sujeto el hijo solo hasta la mayor edad e independencia doméstica del mismo, y con la particularidad que también podía cesar con la emancipación del hijo. “Esta potestad tiene un indudable carácter de función tutelar, pues comprende el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo”.¹⁷

La potestad de la madre se manifiesta plenamente respecto de los hijos, solamente a falta o muerte del padre, aun cuando en la vida diaria y cotidiana ambos la ejercían conjuntamente y en forma solidaria.

¹⁶ Theodor Kipp y Martín Wolff, “Tratado de Derecho Civil”, Barcelona, España, 1976, Edit. Bosch, pág. 47.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 48.

En tiempos modernos, la participación que se concede a la madre en el ejercicio de esta misión, reviste dos importantes formas, la primera de tipo subsidiario, por la cual la madre ejerce automáticamente la patria potestad tan pronto y como el padre deje de hacerlo, la otra es por la cual la madre adquiere poder de hecho dentro del hogar en relación a la educación y dirección de los hijos, quedando el padre, con el poder de representación legal de dicha institución.

Podemos decir que en este derecho, la patria potestad, en primer lugar la ejercía el padre, y únicamente en defecto de este, la ejercía la madre, quien aún cuando es un progreso respecto al sistema romano, continuó siendo limitado su ejercicio pleno respecto a la mujer.

La patria potestad ejercida por el padre, o bien por la madre a falta del primero, tenía un carácter temporal, ya que "... la misión del padre debe terminar cuando las circunstancias evidencien que el hijo puede gobernarse así mismo".¹⁸

El hijo al obtener autonomía doméstica, salía de la patria potestad, así como por la emancipación por matrimonio o por concesión.

El papel del Estado en el ejercicio de la patria potestad de los padres, fue muy importante, ya que jugó un papel de inspección, vigilancia, cuidado, sanción y tutela, del ejercicio que hacía el padre respecto a la patria potestad de sus pupilos.

La potestad correctiva del padre, quedó reducida a su mínima expresión y solo fue permitida en los límites que la educación requería. Quedando así transformado el antiguo poder del padre, en función de las facultades del mismo, en deberes, prevaleciendo la misión a cumplir con los objetivos del desarrollo y crecimiento de los hijos.

¹⁸ Federico Puig Peña, "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo II, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, pág. 153.

Al desarrollar el Estado un papel trascendental, en el ejercicio de la patria potestad de los padres, Puig Peña apunta: “Un principio general y rector de la institución domina en toda la materia, y es que la patria potestad ha de concebirse y ejecutarse como una función que el Estado reconoce en los padres respecto de sus hijos, en beneficio de éstos, para proveer a su asistencia y protección en la medida reclamada por las necesidades de los mismos”.¹⁹

El Estado no se limitó a sancionar el exceso que hiciera el padre en el ejercicio de la patria potestad, sino que podía sacar al hijo de esta patria potestad, cuando el padre incumple, articulando al menor en otros órganos del Estado.

Así mismo el padre podía solicitar el apoyo del Estado en la educación de sus hijos, en casos de evidente rebeldía. “En virtud del derecho a educar a los hijos el padre puede emplear contra ellos los medios prudentiales de corrección”.²⁰

La facultad de corrección que se otorgaba a los padres, fue reglamentada por el Código Civil español en su artículo 156 y demás relativos, estableciendo que los padres tienen el derecho de corregir y castigar mesuradamente a sus hijos, y así mismo solicitar el auxilio de los tribunales en apoyo a su autoridad.

Dentro de la función que desempeña el estado en la figura de la patria potestad, el Tribunal de tutelas tuvo gran trascendencia e importancia, en virtud de la vigilancia que ejerció respecto al cumplimiento efectivo de la normatividad en materia de patria potestad.

“A instancia del padre el tribunal de tutelas debe apoyarle mediante la aplicación de medios correccionales adecuados”.²¹

¹⁹ Federico Puig Peña, op.cit., pág. 153.

²⁰ Theodor Kipp y Martín Wolf, pág. 52.

²¹ *Ibidem*.

El tribunal de tutelas vigiló también por los intereses de los hijos sujetos a la patria potestad, por lo que el padre necesitaba la aprobación del tribunal de tutelas para entre otras cosas:

- Impugnar el matrimonio del hijo incapaz.
- Para dar al hijo en adopción a un tercero .
- La solicitud de exoneración del hijo de la nacionalidad.
- Para solicitar la declaración de muerte del hijo.

Con el objeto de que la patria potestad no estuviera abandonada al arbitrio, fue que se le sometió a la inspección del Estado, ejercida en algunos casos por una autoridad pupilar.

La intervención del Estado, a través de los tribunales de tutelas, se dio conjuntamente, con algunas disposiciones legales como: “La Ley de la Represión de la Mendicidad del 23 de julio de 1903 y del decreto Ley del 3 de febrero de 1921, que regula los tribunales para niños. La constitución de la República, establece en el 2º párrafo del artículo 43, que el Estado velará por el cumplimiento de los deberes de los padres: de alimentación, asistencia, educación e instrucción de los hijos”²².

1.2.1 FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD

Entre las principales fuentes de la patria potestad en el derecho español podemos señalar las siguientes:

- a) El matrimonio
- b) La legitimación
- c) La adopción

²² José Castán Tobeñas, “Derecho Civil Español”, 4ª Ed., Edit. Reus, Madrid, Tomo I, pág. 247.

En virtud de la patria potestad el padre tenía el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo.

En relación al derecho de cuidar de la persona del hijo, el padre determina, su nombre, su residencia, su educación, entre otros.

La educación del hijo era considerada como un derecho y una obligación, y respecto a su actuación vela la comunidad estatal.

El cuidado del hijo comprende también la representación de este, por parte del padre, en los asuntos personales que jurídicamente lo requieran, con las limitaciones respecto a los asuntos para los cuales se debe designar un curador, como es el caso de colisión de intereses entre el padre y el hijo, en cuyo caso se asigna un tutor.

En los términos del código civil español, podemos decir que los tribunales podían privar a los padres de la patria potestad o suspenderlos en su ejercicio, si trataran a los mismos con extrema dureza, o si les dieran ejemplos y órdenes que los corrompieran.

En el derecho español encontramos dos formas principales de terminarse la patria potestad :

1- Absolutos y 2- Relativos

Los primeros, absolutos, comprenden una forma de extinción total de la patria potestad, y son la muerte del padre y la madre , pues con la supervivencia de uno de ellos la figura de la patria potestad continuará recayendo en el que sobreviva en forma indistinta, así mismo la muerte del hijo, la emancipación del mismo y la adopción del menor por un tercero.

En el segundo caso, relativo, puede ser este, por sentencia firme dictada en causa criminal y el la que se imponga como pena la pérdida de la patria potestad.

De igual manera este segundo caso relativo, también lo puede ser por sentencia firme dictada en juicio de divorcio, y en la que se decreta la pérdida de la patria potestad.

Por sentencia firme dictada por haber dado ordenes, consejos o ejemplos corruptores, los padres a los hijos, o bien por tratar a los mismos hijos con excesiva dureza.

Cabe hacer notar que en todos estos casos, absolutos o relativos, aún cuando los padres perdieran la patria potestad, subsistió la obligación de los mismos de proporcionar alimentos a los hijos, conjuntamente con el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que imponía la patria potestad.

1.3 DERECHO MEXICANO

1.3.1 DERECHO AZTECA

En la época del derecho azteca, existía un gran número de normas, tendientes a la equidad, y su organización política procuraba el bienestar de todo el pueblo, manejaban la diplomacia entre pueblos, así mismo contaron con una compleja normatividad penal, y civilmente contaron con instituciones de derecho familiar tales como la curatela, tutela, el matrimonio, y la patria potestad.

Fue un pueblo altamente religioso, por lo que la religión era el eje central de la vida pública y privada de los prehispánicos, por lo que los límites de división entre lo jurídico y lo religioso es difícil de separar, de tal manera que no había una división clara entre las funciones eclesiásticas y las civiles.

Dentro del derecho civil, la figura del matrimonio era considerada como la base de la familia, era un acto solemne y religioso, que carecía de validez cuando no se celebraba de acuerdo a las formalidades establecidas, en general era de tipo monogámico, más sin embargo existía la poligamia que principalmente se encontraba extendida dentro de la nobleza o alta sociedad, "... era lícita y muy frecuente la poligamia; principalmente entre los reyes y señores, pero entre las esposas había diferentes rangos, la primera se llamaba cihuatlanti, las otras cihuapilli o damas distinguidas. De estas las había que eran dadas por sus padres, cihuanemaxtli, y otras que habían sido robadas, las tlacihuasantin, que eran las más en el harén".²³

Los hijos de la mujer principal, sucedían al padre, sin embargo no existía la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos, encontrando en ello un gran avance en la normatividad en derecho civil, a diferencia de la civilización europea.

En beneficio de los hijos no existía discriminación alguna, dado que los hijos de cualquier matrimonio ya fuera principal o secundario, eran considerados legítimos.

A diferencia del derecho romano, los padres no tenían el derecho de vida y muerte, respecto de sus hijos, como sucedía en un principio en derecho romano, más la educación de los hijos era demasiado estricta, y rigurosa, permitiéndoseles a los padres la facultad de ejercer sobre los mismos un extremo rigor en su educación, "... pudiendo reprender con azotes, con punzamientos, con aplicación de humo, de chile en la cara de los mal educados, con la incisión pequeña en la lengua de los mentirosos".²⁴

La educación, corrección, y dirección de los hijos, la ejercían tanto el padre como la madre de los menores, aún cuando la patria potestad la ejercía el padre exclusivamente.

²³ Toribio Esquivel Obregón, "Apuntes para la Historia del Derecho en México". Tomo I, Edit. Polis, Méx. D.F., 1937, pág. 363.

²⁴ Fray Toribio Benavente Motolinia, "Historia de los Indios de la Nueva España". Edit. Chávez, pág. 216.

No tenían el derecho de vida y muerte del hijo, tal como lo manifesté anteriormente, pero si podían aplicar los castigos necesarios para su corrección. Por lo que los padres podían vender a sus hijos, cuando estos fueran incorregibles o cuando las dificultades económicas de la familia fueran muy grandes, con la autorización o permiso de sus autoridades.

“El pueblo mexicano a pesar de su sanguinario culto, era debido a su educación, de buenas costumbres, enemigo de la mentira y la embriaguez; humano en sus relaciones privadas, trabajador y honesto en sus relaciones sexuales, siendo los lazos familiares muy estrechos y respetados”.²⁵

En el estudio de derecho comparado azteca y el positivo mexicano, de Carlos H. Alba, hace una recopilación de normas jurídicas del pueblo azteca y las codifica, realizando una clasificación de las mismas por medio de artículos numerados, que en forma original se encontraban sueltas.

En el artículo 375 de dicha obra dice: “La base de la familia es el matrimonio y será patriarcal”, es decir, el padre ejerce dentro de ella la autoridad máxima.”

El artículo 376, a la letra establece: “La forma más común de la familia será la monogámica, aunque los nobles y guerreros especialmente, y en general todos los hombres que pueden ejercer la poligámica, con el solo requisito de que puedan sostener a todas sus esposas.”

El artículo 379 establecía: “Podrán los padres vender a sus hijos cuando estos sean incorregibles o cuando las dificultades económicas de la familia sean muy grandes, pero siempre con autorización de las autoridades”.

Los hijos salían de la patria potestad cuando podían contraer matrimonio, así como cuando podían demostrar su capacidad para el

²⁵ Alfonso Toro, “La Iglesia y el Estado en México”, Archivo General de la Nación. México, 1975, pág. 391.

comercio. Por lo que, el ejercicio de la patria potestad no era vitalicia, y si temporal.

El artículo 380, del citado ordenamiento establecía: “Tendrán así mismo el derecho de concertar el matrimonio de sus hijos varones con la persona que mejor les parezca. “

Artículo 384: “No obstante ser considerados todos los hijos como legítimos, solo los de esposa principal podrán heredar los cargos y bienes de sus padres en caso de sucesión legítima.”

Respecto a la figura del divorcio el artículo 426, establecía : “Una vez autorizado tácitamente el divorcio, los hijos varones quedarán con el padre y las hijas con la madre”.²⁶

Respecto a la familia azteca, podemos decir, que generalmente fue de tipo monogámico, sin embargo, existió la poligamia que se dio principalmente entre la alta sociedad y nobleza. Por lo que en general era constituida por el padre , la madre y los hijos, sin que por ello se rompiera el fuerte vínculo, con los padres de los padres, es decir los abuelos, más sin embargo eran exclusivamente los padres quienes ejercían la patria potestad respecto de sus hijos, la cual era temporal y no así vitalicia, más aún cuando los hijos salieran de la patria potestad por el transcurso del tiempo al contraer matrimonio o lograr independencia económica por el comercio, se continuaba dando un importante vínculo entre padres e hijos de gran respeto entre los mismos, y eran tomadas en cuenta las indicaciones de los padres, y abuelos, por el respeto hacia los mismos, en virtud de su experiencia en la vida, más que por dominio o poder sobre los hijos.

²⁶ Carlos H. Alba. “Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano”, Edición española del Instituto Indigenista Inter.-Americano, págs. 35 a 99.

Dentro de la familia azteca, cuando se daba la muerte del padre y existieran en dicho momento todavía hijos que se encontraban dentro de la patria potestad del finado padre, el hermano de este, es decir el tío de los hijos, podía ejercer todos los derechos inherentes a la patria potestad, siempre y cuando se casara con la viuda, en ausencia de este requisito, eran los abuelos quienes suplían a los padres ausentes.

Es importante el puntualizar en el hecho de que en la terminología de la lengua nahuátl, no se encuentra la construcción gramatical de la expresión patria potestad, que los europeos trajeron a nuestro país, llamada de esta manera,, y no se ha encontrado su traducción en forma equivalente de esta expresión en la lengua nahuátl, más sin embargo la figura referente a la patria potestad en los pueblos prehispánicos si existió con mucho respeto, toda vez que los mismos sabían que había que darle todo el valor a la autoridad del padre, quien si ejercía gran poder respecto de sus hijos, hasta cierta edad del mismo.

El ejercicio de la autoridad paterna, no era exclusivo del jefe varón de la familia, también tenía esa facultad la madre, y podemos decir que referente a la educación de los hijos era el padre quien corregía a los menores hombres, en tanto que era la madre quien lo hacía con las menores hijas,

“Inspirábanles horror al vicio, recato en sus acciones, respeto a sus mayores y amor al trabajo. Hacíanles dormir en una estera; no les daban más alimento que el que exigía la necesidad de la vida, ni más vestido que el necesario para el reparo de la honestidad”.²⁷

El pueblo azteca fue muy cuidadoso con la educación de los menores por lo “que Motecuhzoma I y Tlacaél, soberanos de Tenochtitlán, decretaron la enseñanza obligatoria, creando escuelas en todos los Calpulli”.²⁸

²⁷ Francisco Javier Clavijero, “Historia Antigua de México”. Edit. Porrúa, S.A., México, 1987, 8ª Ed., pág. 202.

²⁸ Manuel Lucena, “Así vivían los Aztecas”, Edit. Iberoamericana, México, S.A. de C.V., pág. 38.

Los principales educadores de los menores, eran sus propios padres, quienes enseñaban a sus hijos varones a cultivar la tierra, cazar, pescar, etc., sus padres les enseñaban a sus hijos sus propios oficios, y seguían así su profesión, perpetuándose de esta forma las artes respectivas de cada familia.

Las niñas eran enseñadas por sus propias madres a tejer, cocinar, limpiar, el hogar etcétera, y todos los oficios relativos a las labores domésticas.

Dentro de la educación a dichos menores, el castigo tuvo un papel muy importante, dado el grado severo con que se aplicaba a dichos menores desobedientes para su corrección.

“Desde la infancia los acostumbraban a sufrir el hambre, el calor y el frío. En llegando a cinco años o los entregaban a los sacerdotes para que los educasen en los seminarios (lo cual hacían casi todos los nobles y aún los mismos reyes) o si se habían de criar en casa de sus padres, comenzaban a imponerlos en el culto de los dioses y a enseñarles las fórmulas de orar y de implorar su protección”.²⁹

Cuando los hijos cumplían quince años, eran educados en las escuelas de los calpulli, que se llamaban Telpochcalli, entre otras la educación pretendía además fortalecer el cuerpo y el espíritu de los adolescentes, haciéndolos fuertes y sumisos.

Los hijos de los nobles, no asistían junto con los jóvenes del pueblo a los Telpochcalli, “sino a las escuelas de los templos, llamadas Calmecac. En ellas se materializaba la alianza existente entre el clero y la nobleza. Los sacerdotes consentían en transmitir a los nobles parte de su saber exclusivo a cambio de poder nutrir sus filas con ellos”.³⁰

²⁹ Francisco Javier Clavijero, op. cit., pág. 201 y 202.

³⁰ Manuel Lucena, op. cit., pág. 42.

Entre estos jóvenes la educación era más compleja que la del resto del pueblo, pues entre otras estudiaban la astrología, interpretación del calendario, adivinación lectura, escritura y otras.

Toda vez que para los aztecas la educación que deberían recibir los menores era de gran importancia para su organización de gobierno, motivo por el cual existían escuelas públicas, asegurando de esta manera que todos los niños recibieran la adecuada educación para su civilización y cultura azteca.

Los padres de los menores tenían la obligación de proporcionar y vigilar la adecuada educación de sus hijos “enviaban sus hijos a las escuelas públicas que habían cerca de los templos para que por espacio de tres años fuesen instruidos en la religión y buenas costumbres. Además de eso todos procuraban que sus hijos se educasen en los seminarios anexos a los templos, de los cuales había muchos en las ciudades del imperio mexicano, unos para niños, otros para mancebos y otros para doncellas”.³¹

Es de gran importancia hacer notar, que a pesar de que existió la poligamia entre reyes y señores principalmente, no existió el concepto de hijos legítimos e ilegítimos, tal como se emplearon en Europa. En la época de la conquista española, estos conceptos de legitimidad o ilegitimidad, no son aplicables a la situación familiar indígena.

De tal forma que no existieron entre los aztecas estigmas, entre los hijos de una y otra esposa, fuese principal o secundaria, solo existía el mayorazgo como el derecho a heredar cargos y propiedades del hijo mayor de la mujer principal, pero no existió la discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos que llegó con los españoles .

Los límites en el ejercicio de la patria potestad se daban con el transcurso natural del tiempo, con el hecho del hijo de contraer matrimonio o de demostrar su capacidad para el comercio.

³¹ Francisco Javier Clavijero. op. cit., pág. 206.

1.3.2 EPOCA COLONIAL

Con la conquista de los españoles a los pueblos prehispánicos, que ellos mismos llamaron “el nuevo mundo”, surgió una excesiva proliferación de normas expedidas para las Indias, durante los tres siglos de la dominación española en ella, así como una diversidad de órganos legislativos, unipersonales y colegiados, tanto en España como en América, que se facultaron para expedirlas.

Por lo que no es tarea fácil clasificar las disposiciones legales que existieron en esta época. Durante la colonia rigieron varias clases de leyes, de las que podemos señalar principalmente: Las españolas, las vigentes sólo para la Nueva España, dictadas para las Indias, las dictadas en forma especial para las colonias y las indígenas.

Así mismo respecto a leyes españolas, podemos decir que estas se hallaron influenciadas por los pueblos que invadieron, en diversas etapas, su territorio, como fueron los pueblos celtas e iberos, que aportaron la idea del matrimonio monogámico y el contrato de esponsales, posteriormente los colonos Fenicios y Cartagineses quienes aportaron sus instituciones jurídicas y más tarde con la dominación de Roma, se aplica el derecho Romano en su riqueza de instituciones en todo su territorio.

Como anteriormente puntualizamos, a la llegada de los bárbaros a España, hay una coexistencia del derecho godo y del íbero. Surgiendo así diversos códigos como el de Eúrico (467-485), el Código de Alárico o Breviario de Aniano (506) el de Loerigildo (568-5867), de influencia Romana y destacando el fuero Juzgo (564) producto del derecho Romano y Germano, atenuado por el Derecho Canónico. En este Derecho Hispano-Godo, en el tema que nos ocupa podemos señalar que los hijos se encontraban sujetos tanto a la potestad paterna, como a la materna y el padre ya no puede, como en el derecho anterior vender a los hijos.

Posterior al fuero Juzgo, las más importantes son las Partidas (1256-1263). Bajo Alfonso X, mismo a que rigieron en nuestro territorio, hasta antes

de la consumación de la Independencia, mismas que en materia de patria potestad se inspiraron en el Derecho Romano, en donde la potestad del poder del padre, respecto a la potestad sobre sus hijos, se funda en la relación de respecto y de sumisión del hijo para con el padre y así mismo la facultad de esta para castigar a su hijo, la madre no ejercitaba la patria potestad.

Por lo que el sistema jurídico que se aplicó en las Indias durante los siglos XVI, XVII y XVIII, que abarcó las disposiciones legislativas creadas especialmente para las Indias por los monarcas o autoridades delegadas en la Metrópoli y en el ultramar, así como las normas del Castellano, tanto como las costumbres indígenas, que no eran contrarias al interés del Estado y la Iglesia se mandaron incorporar, construyendo así un cúmulo de normas que constituyeron el Derecho Indiano.

Este Derecho Indiano, se constituía por tres ramas de disposiciones legislativas:

- a) Las que corresponden al derecho indiano metropolitano; emanadas de las autoridades radicadas en España (el Rey, el Consejo de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla);
- b) Las que corresponden al derecho Indiano Criollo; emanadas de las autoridades delegadas radicadas en América (virreyes, audiencias, cabildos, etcétera), y
- c) Las propias del derecho castellano”.³²

Aunado así mismo, las costumbres jurídicas indígenas mandadas guardar por la propia legislación especial.

“De esta manera, asimismo se implantan las concepciones religiosas, que influyeron definitivamente en la doctrina sobre la legitimidad e

³² Beatriz Bernal, “Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias del Mar Océano”, Estudio crítico al cedulaario de Alonso Zorita, Edit. Porrúa, México, D.F. 1984, pág. 93 y 94.

ilegitimidad de los hijos según nacieran dentro o fuera del matrimonio, señalando una diferencia, no sólo en cuanto al calificativo, sino teniendo consecuencia patrimoniales en perjuicio de los ilegítimos”.³³

El compromiso mayor de la Corona española, dentro de su gobierno espiritual en relación a los indios, fue su evangelización y así mismo se recomendó la templanza al efectuarla, pero a la vez el rigor y decisión que hay que tener a efecto de que las diversas misiones sacerdotales de grupo de misioneros, implantaran a los indígenas la nueva fe.

Reflejándose así el interés de la Corona por suprimir primero y suavizar después, como solución a los graves conflictos que habían creado la promulgación de las leyes nuevas.

La cultura española, con sus costumbres fue impuesta a los indígenas y en dicho acto, las misiones sacerdotales, en las diferentes órdenes, principalmente franciscanos y dominicos, que tuvieron gran contacto con los indígenas, realizaron la función de alejar al indígena de la poligamia, ya que ellos no era bueno, para el catolicismo que les fue impuesto, y por tal motivo hicieron que los indígenas abandonaran a sus mujeres y conservaran solo una, por lo que el concepto de ilegítimos o hijos incestuosos, surgió quedando gran número de menores, desamparados por el derecho prehispánico, que los protegía y en su lugar, pasaron a convertirse en hijos ilegítimos, sin derechos como tales.

En las leyes de Burgos de 1512, Don Fernando el Católico, dicta la ordenanza XVI que decía “Asimismo, ordenamos y mandamos que en las otras cosas que se han de mostrar de nuestra fe a los indios les dan a entender como no deben de tener más de una mujer, ni dejar aquéllas, y que las tales personas que les tuvieron en encomienda y vieren que alguno de ellos no entiende “esto como se deben entender o vieron que tiene discreción y habilidad para ser casado y gobernar su casa, procuren que se casen a ley y a bendición como lo manda la Santa Madre Iglesia, con la mujer que se mejor

³³ Manuel F. Chávez Asencio, “La Familia en el Derecho”, Edit. Porrúa, S.A., Méx. 1992. 2º Ed. actualizada, pág. 128.

les estuviere”.³⁴

Entre los pueblos prehispánicos en las época de la colonia, deja de aplicarse, poco a poco, su derecho y así mismo mediante la conquista, fue aplicado el derecho Español, pero debido a la peculiar situación se establecieron disposiciones legales especiales para los pueblos de las Indias.

Creándose así las Leyes de Indias, mismas que eran relativas y de exclusiva aplicación, a las Indias de América.

Por lo que la filiación de los hijos nacidos del matrimonio y los nacidos de la poligamia, tuvieron en la colonia, una concepción diferente dado el fuerte choque de ambas culturas.

Encontramos que la Ley única de los Indiosamanco (Indios amancebados) “establecía que no se le impongan penas pecuniarias a los indios por estar emancebados, porque estos son de recién conversión y están acostumbrados a tener varias mujeres. Refleja el favor indiarum y la templanza en la evangelización”.³⁵

Por lo que entre las órdenes de sacerdotes Dominicanos, Franciscanos y Agustinos, encomendada la evangelización, se establecía la encomienda de que los indios escogieran una sola mujer para casarse y exterminar la unión de un indio con varias mujeres, a efecto de terminar con la poligamia.

Así mismo se dictaron Leyes para los pobladores españoles en la nueva España, a efecto de que, los que fueran solteros se casaran, para evitar que estos tomaran como sus mujeres a varias indias, atendiendo todo esto al carácter religioso como lo establece el libro Quinto de las leyes y ordenanzas de las Indias, en la Ley dos decía: “... Mandamos a los nuestros

³⁴ Genaro V. Vázquez. “Doctrinas y Relaciones en la Legislación para las Indias”. México, 1940, Departamento de Asuntos Indígenas, pág. 201.

³⁵ Beatriz Bernal, op.cit., pág. 132.

presidentes y oidores de las audiencias de las nuestras Indias que cada una en su distrito hagan notificar a las personas que tuvieran en aquellas provincias indios encomendados y no son casados, que dentro de tres años se casen y lleven consigo a la dicha tierra sus mujeres, y no lo haciendo y cumpliendo así dentro del dicho término, les quiten luego los indios..., ... y les den a otro vecino de dicha provincia que fuera casada y estuviere sin ellos.”³⁶

Por lo que existía la sanción a los españoles que no contrajeran matrimonio, quitarles de su disposición, a los indios que tuvieran encomendados.

Así mismo ordenaba a los españoles, que los que fueran casados en España y estuvieran viviendo en las indias sin sus mujeres, que volvieran a España a recogerlas, a efecto de que habitaran las Indias en compañía de las mismas: “... si alguno de los dichos casados o desposados que tuvieran en aquella tierra Indios encomendados quisieren venir por sus mujeres dejando en su lugar personal cual convenga para el bien tratamiento de los indios, que le están encomendados, le den licencia y facultad, y nos por la presente se la damos para que por tiempo de los dichos dos años primeros siguientes que corren y se cuentan desde el día en que partieren de aquella tierra, puedan venir a estos reinos”.³⁷

Por lo que en esta época se puso de gran interés en la Institución del Matrimonio como base de la (organización) familia y organización social, al implantarse las concepciones religiosas que tuvieron una determinante influencia en la doctrina respecto a la legitimidad e ilegitimidad de los hijos, dependiendo si estos nacían en uniones dentro o fuera de la institución del matrimonio, marcando una gran diferencia entre la calificación de legítimos e ilegítimos hijos, así como en la exclusión patrimonial de los hijos ilegítimos respecto a los primeros.

³⁶ Alonso de Zorita, “Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias del Mar Océano”. Subtítulo: “Tabla de los Libros y Títulos de las Leyes y Ordenanzas de las Indias del Mar Océano”, Edit. Porrúa, México, 1984, pág. 264.

³⁷ *Ibidem*, pág. 265.

1.3.3 MEXICO INDEPENDIENTE

Después de consumada la Independencia, siguió rigiendo en nuestro país, en materia civil las partidas, hasta 1859, año en que el presidente Benito Juárez promulga las leyes de reforma, al mismo tiempo Don Justo Sierra tenía encargado el estudio y redacción de un proyecto de Código civil que se publico en 1861, este proyecto influyó definitivamente en la redacción del CODIGO CIVIL MEXICANO DE 1870, mismo que entrara en vigor en el día primero de marzo de 1871, encontrándose en dicho ordenamiento legal una clara referencia en materia de patria potestad,

Este ordenamiento legal, en su título octavo trata lo referente a la patria potestad, dividiendo el título indicado en tres capítulos, que son los siguientes comprendiendo del artículo 389 al 429 :

- I.- De los efectos de la patria potestad respecto a las personas de los hijos.
- II.- De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos.
- III.- De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Sin embargo no solo el título octavo trata de manera exclusiva lo relativo a la patria potestad, sino que el final del título séptimo, como lo es el artículo 383 habla de los efectos jurídicos en el hijo reconocido por el padre, por la madre o ambos, como son el de llevar el apellido del que lo reconoce, a ser alimentado por este, y a recibir la porción hereditaria que le señale la ley.

Este primer código civil mexicano, contenía innovaciones para esa época que podemos resumir de la siguiente manera:

- 1.- Se otorgaba la patria potestad al padre y a la madre solidaria y mancomunadamente tanto en derechos como en obligaciones, en relación a sus menores hijos inmersos en la figura de la patria potestad.

- 2.- Establece igualdad entre los hijos legítimos y naturales.
- 3.- Establece sucesión de pleno derecho en el ejercicio de la patria potestad a la muerte de los padres, otorgándola a los abuelos.
- 4.- Establece igualdad de derechos al padre y la madre en el ejercicio de la patria potestad.

En este Código, el poder paterno encontraba su fundamento en la propia naturaleza, que con motivo de la procreación del ser humano, hace surgir en el mismo el sentimiento respecto de sus hijos verdadero cariño, procurando por ello la protección de los mismos, en todos sus aspectos a fin de lograr la subsistencia de los mismos, en contra de las inclemencias propias de la naturaleza, y no conforme el padre con la sola sobre vivencia de sus hijos, ha de procurar su adecuado y sano desarrollo.

Los principales derechos de los padres en el ejercicio de la Patria Potestad, los podemos enumerar de la siguiente forma:

- 1.- El derecho de educar al hijo.
- 2.- El derecho de corregir al hijo, y vigilarlo,
- 3.- El derecho de administrar los bienes del hijo.
- 4.- El derecho de representación de sus hijos para ejercer los derechos de estos, protegiendo sus intereses.

El derecho de educar al hijo, que a la vez implica el derecho de corrección del mismo , implica que la corrección debía ser mesurada, sin que los hijos sufrieran castigos que atentaran contra su salud, cómo en tiempos anteriores sufrían los hijos.

El hijo tenía la obligación de vivir en la casa paterna, no pudiendo abandonarla sin permiso de sus padres o de la autoridad competente. Los padres contaban con el apoyo de las autoridades para hacer cumplir sus ordenes, con el objeto de obtener la mejor educación de sus hijos.

Los hijos deben tener honor y respeto por sus padres, tal como lo establecía el artículo 389, del citado código.

En su artículo 401, hace una división de los bienes de los hijos, clasificándolos en cinco tipos principalmente:

- 1.- Bienes que proceden de la donación del padre,
- 2.- Bienes que proceden de la donación de la madre, o de los abuelos, aún cuando los mismos no ejercieran la patria potestad.
- 3.- Bienes que proceden de donaciones de parientes colaterales, o de personas extrañas.
- 4.- Bienes obtenidos por la fortuna.
- 5.- Bienes que obtiene el hijo como fruto de su trabajo honesto.

La administración de los bienes del hijo, corresponde al padre, por ser su legítimo representante, sin embargo a criterio del padre podía ceder la administración de los bienes obtenidos por el hijo como fruto de su propio trabajo, cuando estimare que el hijo es capaz y suficiente para ello.

El padre tiene prohibición de enajenar los bienes del hijo, y solo podría disponer de ellos por autorización judicial. Al terminar la gestión del padre, este debe dar cuenta de los bienes de los que únicamente era administrador, así como entregar los bienes y frutos cuando los hijos alcanzaran la mayoría de edad o por emancipación.

Dentro de la terminación de la Patria Potestad, señalamos las siguientes:

El criterio que dominó en este código respecto a la extinción de la patria potestad, era que esta terminara cuando ya no tuviese razón de ser, es decir, cuando el hijo sujeto a ella alcanza su desarrollo físico e intelectual que le permitiera representarse, cuidarse por sí mismo como a su bienes.

En el artículo 415 de este código, se establecía como formas de terminación de la patria potestad:

- 1.- Por muerte del que la ejerce, sino hay otra persona en quien recaiga.
- 2.- Por emancipación;
- 3.- Por mayoría de edad.

Asimismo el artículo 416, señalaba las razones por las que se pierde la patria potestad:

- 1.- Cuando el que la ejerce es condenado a una pena que importe la pérdida de este derecho.
- 2.- En los casos de divorcio, respecto del cónyuge culpable del mismo, con la declaración expresa de la pérdida de este derecho.

Cabe hacer notar que con el divorcio si bien se perdían los derechos, respecto de los hijos cuando eran condenados expresamente a la pérdida de la patria potestad, no así se perdían las obligaciones, y por el contrario tenían que seguir cumpliendo rigurosamente con las obligaciones para con la persona del hijo.

- 3.- A criterio del Tribunal, este podía modificar el ejercicio de la patria potestad, o bien la extinción de este derecho, respecto del padre que tratase con excesiva dureza o severidad a sus hijos, de igual manera a quien diera ejemplos corruptores a los menores o inmorales.

El artículo 418 de este citado Código, establecía las formas en que se podía suspender a los padres en el ejercicio de la patria potestad:

- 1.- Por incapacidad declarada judicialmente, por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tuviesen intervalos lúcidos, o bien porque fuesen sordomudos que no supieran ni leer ni escribir.

- 2.- Por ser pródigos; en cuyo caso se perdía únicamente la administración de los bienes;
- 3.- Por ausencia del padre o la madre, declarada formalmente
- 4.- Por sentencia condenatoria que le impone como pena la pérdida de este derecho.

1.3.4 CODIGO CIVIL DE 1884

Este Código fue promulgado con fecha 31 de mayo de 1884, y entró en vigor con fecha 1º de junio del mismo año, siendo Presidente de la República el ciudadano Don Manuel González, dicho código derogó al anterior de 1870, el cual modifica en varios aspectos al anterior, pero por lo que toca en materia de patria potestad, solo modificó principalmente el artículo 397, al ampliar el ejercicio de las facultades que la ley concede a los padres, el auxilio que las autoridades les deben prestar con objeto de llevarlo a cabo cuando ellos requieran.

Al igual que el anterior Código, lo referente a la patria potestad, se reguló en el Título octavo y de forma semejante, subdivide este Título en tres capítulos el primero de ellos se refería a los efectos de la patria potestad; en cuanto a las personas de los hijos y como única diferencia no substancial podemos decir que el artículo 371 de este Código, fue ampliado con las palabras “las más facultades que la ley concede”, en cuanto al auxilio que lo padres pueden obtener de las autoridades para la corrección de los hijos, quedando este artículo que es el correlativo al 397 del Código anterior de la siguiente forma: “Artículo 371.- Las autoridades auxiliaran a los padres en el ejercicio de ésta y de las demás facultades que les concede la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridas para ello.”

El capítulo 2º del citado Título Octavo, que comprende el estudio de los efectos de la patria potestad en cuanto a los bienes de los hijos, encontramos que el artículo 375 que señala las clases de bienes que pertenecen al hijo, las aumenta a seis tipos, donde el antiguo artículo 401 establecía cinco clases de

bienes, su correlativo, de este ordenamiento, el artículo 375, la aumenta a seis, variando no sólo en su cantidad, sino también en su contenido.

“Artículo 375.- Los bienes del hijo mientras se está bajo la patria potestad, se dividen en seis clases:

- I.- Bienes que proceden de donación del padre;
- II.- Bienes que proceden de herencia o legado del padre;
- III.- Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos, aún cuando aquella o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad;
- IV.- Bienes que proceden de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y las de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre;
- V.- Bienes debidos al don de la fortuna;
- VI.- Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere.”

Por lo tanto la primera clase es igual a la anterior, en cambio la segunda, tercera y cuarta clase, son distintas y por último la quinta y sexta clase si son idénticas al Código de 1870.

Los subsiguientes postulados no sufren modificación de importancia, digna de hacerse notar, en cambio el 405 del ordenamiento anterior es suprimido en esta legislación.

El artículo 410, del código de 1870, en este ordenamiento le corresponde el 383, cambia quedando en la forma siguiente:

En lugar de establecer “que el derecho de usufructo concedido al padre se extingue:... II cuando la madre pase a segunda nupcias”, en esta legislación se instituye:

Artículo 383.- El derecho de usufructo concedido al padre, se extingue:... II.- Por la pérdida de la patria potestad.

Lo que inexorablemente, es más congruente y lógico, ya que la parte conducente del precepto anterior, encajaba dentro del molde donde se había vaciado el pensamiento liberal y progresista de sus autores.

Siguiendo nuestro estudio comparativo de estas dos legislaciones, no encontramos ninguna diferencia en este segundo capítulo. En cuanto al tercero y último, que es el referente a los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, sólo encontramos modificación en el artículo 391, que correspondía al Código de 1870, quedando en forma siguiente:

- I.- Por incapacidad declarada en los casos segundo y tercero del artículo 404.
- II.- Por ausencia declarada en forma.
- III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Todos los demás preceptos subsiguientes, no sufren alteración alguna y sólo hasta el último de los preceptos correspondientes a este título es modificado, ya que el artículo 429 del ordenamiento analizado anteriormente, en su último párrafo instituía que “La madre o abuela que volviesen a enviudar recobrará los derechos perdidos por haber contraído segunda nupcias, salvo lo dispuesto respecto de bienes sujetos a reserva”. En cambio su correlativo en esta legislación, el artículo 402, con el que termina lo referente a esta parte, le suprime el último párrafo que resaltamos del precepto anterior.

En resumen, deducimos que son insignificantes e intrascendentes las diferencias apreciadas en relación al antiguo Código de 1870, esto es debido en parte a que la comisión redactora de este Código de 1884, encabezada por don Miguel S. Macedo y Pedro Collantes, al terminar el estudio legislativo de este capítulo, se encontraron que la legislación anterior que examinan, en lo conducente al capítulo que nos ocupa, se había adelantado en tiempo y madurez, al pensamiento jurídico imperante a la época en que se dictó y rigió en el País.

Por lo tanto, el nuevo Código que había de sustituirlo, se apegó lo más estrictamente posible a sus postulados, haciéndole las mínimas modificaciones

que hemos enunciado, habiendo regido este ordenamiento, hasta el año de 1917, en que entró a regir, únicamente para lo que a la familia se refiere, la Ley de Relaciones Familiares, siguiendo vigente para todas las demás instituciones el Código Civil de referencia.

Este Código Civil en materia de filiación de los hijos mantuvo la misma división hecha en el Código anterior, e hizo referencia también a los hijos adulterinos y a los incestuosos en el capítulo relativo a los acto de nacimiento.

“En este Código se incorpora como posible la “designación” (una especie de reconocimiento) de hijos espurios, lo que no aparecía en el anterior. El artículo 361 señalaba que la “designación de los hijos espurios además del medio establecido en el artículo 100 puede hacerse por testamento...”³⁸

En los artículos 383 y 356, se preveía que el hijo reconocido tenía derecho, no sólo a llevar el apellido del padre, sino a ser alimentado.

“En los derechos sucesorios se marcan también diferencias en perjuicio de los hijos naturales y espurios, quienes están en desventaja, según lo prevenían los artículos 3595, 3596, 3597 y 3598”.³⁹

En los códigos civiles de 1870 y 1884, no se contiene disposición alguna sobre la adopción. En el primero en relación al parentesco sus líneas y grados, el artículo 190 decía claramente que la ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad y afinidad. Se puede observar que en lo relativo a las disposiciones sobre los actos del estado civil, no se hace mención alguna a la adopción.

Esto se reprodujo íntegramente en el artículo 181 del Código de 1884, el cual establecía de igual forma que la Ley no reconoce más parentesco que las de consanguinidad y afinidad.

³⁸ Manuel F. Chávez Ascencio, ob. cit., pág. 130.

³⁹ *Ibidem*, pág. 130.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884, se encuentran como causas de pérdida de la patria potestad las siguientes:

- I.- Cuando el que ejerce la patria potestad es condenado a una pena que importe la pérdida de este derecho.
- II.- En los casos de divorcio, cuando el cónyuge que diere causa al mismo, pierde todo su poder y derechos respecto a la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente.

La suspensión de la patria potestad en estos Códigos, opera en la siguiente forma:

- I.- Por incapacidad declarada judicialmente.
- II.- Por la declaración judicial de pródigo del potestante.
- III.- Por la ausencia declarada en forma.
- IV.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

En la Ley Sobre Relaciones Familiares, se repiten las causas establecidas en los ordenamientos civiles anteriores, es decir, los Códigos de 1870 y 1884, indicando igualmente la pérdida de la patria potestad en virtud del divorcio.

1.3.5 LEY DE RELACIONES FAMILIARES

La ley de Relaciones Familiares, fue publicada en el diario Oficial, con fecha 9 de abril de 1917, entrando en vigor a partir del día 11 de mayo del mismo año, misma que estuvo en vigencia hasta el día 1° de octubre de 1932, fecha en que empezó a regir el nuevo Código Civil, vigente hasta nuestras fechas con las diversas modificaciones en su articulado que ha tenido el mismo.

Esta Ley que como su nombre la señala de Relaciones Familiares, fue creada con el propósito de expedir un ordenamiento legal que en forma especial, regulara todo lo concerniente al derecho familiar, lo cual hasta dicha época se encontraba regulado dentro del Código civil de 1884,

Fueron 15 años los que tuvo vigencia esta Ley, la cual tuvo una especial regulación en lo conducente a las relaciones paterno filiales.

En la exposición de motivos de la comisión redactora de esta Ley, se expresaron los siguientes considerandos: “En cuanto a la patria potestad no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce, y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre, y en defecto de éstos, por el abuelo y abuela, pues ningún motivo hay que excluir de ella a la mujer, que por razones naturales se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre, y ordinariamente le tiene más cariño, y que así mismo, por lo que respecta a los bienes del hijo, se ha creído oportuno suprimir la clasificación establecida por el Código Civil, lo cual no es sino reminiscencia de los peculios que establecía el Derecho Romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre...”⁴⁰

En su capítulo denominado de la patria potestad, sustituye el artículo 363 del Código Civil de 1884, al disponer que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los legitimados, de los naturales, sustituyendo la denominación de hijos espurios, que se les daba en el código civil anterior, y de los adoptivos, dando fin en esta materia la limitación contenida en el artículo sustituido. De igual manera, suprime el derecho de la madre, de renunciar a la patria potestad, sin embargo los abuelos y las abuelas si podrían abstener de ejercerla.

“La Ley sobre Relaciones Familiares, tiene todo un capítulo para la adopción, que define como “el acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él, todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural”, (Art. 220). Es de destacarse que se consideraba la relación nacida de la adopción semejante a la vida con un hijo natural, y como tal fue calificado, por el artículo 186, todo hijo nacido fuera de matrimonio”.⁴¹

⁴⁰ Ley de Relaciones Familiares, Exposición de Motivos, pág. 1.

⁴¹ Manuel Chávez Ascencio, “La Familia en el Derecho”, pág. 202.

La figura de la patria potestad dentro de esta Ley, es regulada en sus capítulos XV, XVI y XVII, denominando al primero de la patria potestad, el segundo de los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo, y el tercero de los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, por lo cual siguió el mismo orden clásico y sistemático de los dos códigos civiles anteriores.

Capítulo XV, de la Patria Potestad

El artículo 238 dentro de este capítulo, señala el deber que los hijos independientemente de su forma de legitimación en relación con sus padres deberían honrar y respetar a los mismos, así como a sus demás ascendientes, con los que se observa que prevaleció el principio básico moral tomando en cuenta los dos códigos anteriores, en cuanto a la imposición a los hijos de la obligación de respetar a sus progenitores; el artículo 239, señala que los hijos menores de edad y no emancipados, son quienes deben estar bajo la patria potestad de los ascendientes a quienes les corresponda el ejercicio de la misma, tal como lo establece dicha Ley en esa materia. Es de apreciar en este artículo que señala el carácter temporal de la patria potestad sujetándola a la minoría de edad de los hijos o en su defecto en caso de suceder antes a la emancipación.

El artículo siguiente 240, a la letra señalaba: “La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, legitimados, de los naturales y de los adoptivos”.⁴²

Es de gran importancia observar que esta ley de Relaciones familiares como un avance señala la igualdad entre los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio, y aún mas con lo hijos adoptivos, lo cual fue novedad en esta materia.

Art. 241.- “La patria potestad se ejerce:

I.- Por el padre y la madre.

II.- Por el abuelo y la abuela paternos.

III.- Por el abuelo y la abuela materno

⁴² Ley de Relaciones Familiares.

Es de hacer notar que este precepto ya no establece prioridad en el ejercicio de la patria potestad a los abuelos varones, y que sin embargo subsidiariamente las abuelas ejerzan dicha potestad, y si es de observarse que en el primer lugar para optar por el ejercicio de la patria potestad a falta de los padres, se designan a los paternos, dejando en segundo plano a los maternos.

El artículo 243 de nuestra citada Ley, señala como residencia de los sujetos a la patria potestad el mismo de quienes la ejercen la cual no podría ser abandonada por los menores, sin permiso expreso de quienes ejercían la patria potestad o en su defecto por decreto de autoridad judicial competente.

El artículo 244, a la letra señala “a los que tienen hijos bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarle convenientemente. Los que ejercen la patria potestad tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente”.⁴³

En este aspecto al igual que en el código anterior se faculta a las autoridades a efecto de que auxilien a los padres en el ejercicio de la patria potestad, siempre y cuando fueran requeridos por los padres cuando tuviesen problemas con las corrección y educación de sus hijos.

El artículo 246, señalaba la limitante que tenían los sujetos a la patria potestad, de no poder comparecer por sí mismos a juicios, ni contraer obligaciones, sin consentimiento expreso de los que ejercen la patria potestad sobre ellos, por lo que consideramos que es una base general de la figura de la patria potestad, en cuanto a las personas que la ejercen y que están sujetos a la misma, al denotar la incapacidad que los hijos tienen, para representarse legalmente por sí mismos, basado en la idea de su inmadurez.

El capítulo XVI, comprende los efectos de la patria potestad, con relación a los bienes o patrimonio de los menores.

⁴³ Ley de Relaciones Familiares.

El artículo 247, señala como legítimos representantes de los que se encuentran bajo la patria potestad, a quienes la ejercen; que puede recaer en los padres o en su defecto abuelos, quienes tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen a dichos menores.

Para dicha administración de bienes, esta Ley condicionaba a la administración de los bienes, al padre o el abuelo, a consultar en relación a todos los negocios referentes, y en ejercicio a la representación de dichos menores a su consorte, y una vez expresado el consentimiento, llámese madre o abuela, en los actos más importantes de la administración, era cuando esta se realizaba, por lo que el padre o abuelo dependiendo del caso, representaban también a los menores en juicio, sin poder celebrar ningún arreglo para terminarlo, sin el expreso consentimiento de su consorte así como con la autorización judicial, en los casos en que la Ley lo requería expresamente.

El artículo 249, a la letra señalaba: “Los que ejercen la patria potestad, tendrán sobre los bienes del hijo mientras dure la administración, la mitad de usufructo de ellos”.⁴⁴

El artículo 252, señaló la limitante que tenían quienes se encontraban ejerciendo la patria potestad sobre menores, respecto a poder enajenar o gravar bienes de los mismos menores, sino solo por causas de absoluta necesidad y previa la autorización del juez competente, y así mismo el derecho de usufructo que los padres o abuelos tenían concedido durante su ejercicio de la patria potestad, en relación a los bienes de los menores, encontraba su terminación a saber, de las tres formas siguientes:

- a) Por la mayor edad del hijo
- b) Por la pérdida de la patria potestad
- c) Por la renuncia al mismo

En relación a esta última, el artículo 254, señaló que la renuncia del usufructo a favor del menor, era considerada como donación.

⁴⁴ Ley de Relaciones Familiares

El artículo 256, señaló la existencia y representación del menor por un tutor nombrado por el Juez, para el caso específico en los que hubiera interés opuesto entre los menores y quienes tuviesen cargo de ejercer respecto de los mismos, la patria potestad.

Asimismo el artículo 257 señalaba, la obligación del Juez a efecto de tomar las medidas necesarias para asegurar el producto de la venta, de los bienes muebles o inmuebles propiedad del menor, respecto de los que se autorizara la venta.

Capítulo VII, de la forma y términos en que se acaba o suspende el ejercicio de la patria potestad:

El artículo 259, a la letra señalaba:

“La patria potestad se acaba:

- I.- Por la muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- II.- Por la mayor edad del hijo.
- III.- Por la emancipación en los términos del artículo 475”.⁴⁵

La patria potestad se pierde, por sentencia expresa en contra de quien la ejerce, perdiendo este los derechos inherentes a la misma, tal como lo establecía en los casos señalados en el artículo 92 y 94 de esta Ley, y entre las principales causas, se encontraba, la relativa al hecho de que en el ejercicio de la misma se tratara a los menores con excesiva severidad, no los educaran o les dieran ejemplos inmorales, o corruptores.

El artículo 262, señala la formas de suspenderse la patria potestad, las cuales pueden ser:

- I.- La incapacidad declarada judicialmente, en los casos previstos en las fracciones I, II, III, IV del artículo 299.
- II.- Por ausencia declarada en forma.

⁴⁵ Ley de Relaciones Familiares.

III.- Por sentencia condenatoria, que ponga como pena esta suspensión.

En todos estos casos, el que ejercía la patria potestad, así mismo perdía el usufructo de los bienes de dichos menores, y solamente lo conservaba el que era suspendido en el ejercicio de la patria potestad por demencia, tal como lo establecía el artículo 263 de esta Ley.

El artículo 264, señaló la facultad que tenían los abuelos a efecto de poder renunciar a su derecho de ejercer la patria potestad, la cual en dicho caso recaería en el ascendiente a que correspondiera en el orden legal señalado por este ordenamiento, y solo si no los hubiera, se determinaba respecto a una tutela del menor, conforme a los lineamientos de esta Ley.

La madre o la abuela viuda que ejercían la patria potestad, podían perder este derecho si vivieran en mancebía o dieran a luz un hijo ilegítimo, tal como lo establecía el artículo 266.

Así mismo el artículo 267, señalaba esta limitante para la madre o abuela, que pasaran a segundas nupcias.

De lo expuesto en el presente capítulo, se desprende que la figura de la Patria Potestad, ha tenido cambios a lo largo de la Historia, en forma muy profunda, tal como se describió en el Derecho Romano, en donde los padres que la ejercían tenían un amplio y absoluto poder, respecto de las personas y sus propiedades que se encontraban inmersas dentro de la misma, hemos podido apreciar como esta figura fue transformando su objetivo, convirtiéndose en nuestro país, en beneficio y protección de los menores inmersos en ella, sin que por ello dejemos de observar el hecho de que, en casos aislados se siga dando el maltrato a los menores, no porque el sistema legal lo permita, sino como un fenómeno social que en algunos casos, contrarios a derecho se presentan, por lo que nuestro sistema jurídico prevé de igual forma la sanción y protección a dicho menores, la cual debe perfeccionarse para satisfacer las necesidades que nuestra sociedad requiere.

CAPITULO II

PATRIA POTESTAD Y FILIACION

2.1 CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

Es la patria potestad una figura del Derecho familiar que ha tenido una interesante e importante evolución a través de la historia de la humanidad y así mismo legislativa pues no siempre los menores de edad, fueron objeto de protección de las diversas legislaciones que a partir de un concepto absoluto, de poderío paternal sin limitaciones, ha llegado a constituir una figura de función o deber, en la que queda centrada, por así decirlo, la asignación que el poder público hace de la persona de los padres de esta misión protectora, reconociendo así la autarquía funcional del grupo social, para orientar y dirigir la evolución y desarrollo moral, espiritual, cultural, intelectual, corporal, etcétera, de los menores, hasta llegar a su plena madurez en el plano de vida esperado por nuestra sociedad, enriqueciéndola, para así contribuir en su evolución y desarrollo.

Etimológicamente el vocablo patria potestad proviene de las palabras latinas "Patria": Pater; padre y de "Potestas"; Potestad; Poder, o sea, poder del padre.

Originándose esta denominación en función de la descripción del poder, del padre respecto a sus hijos, que con la evolución que ha sufrido, se ha convertido en un poder del mismo en beneficio de sus hijos.

Debemos analizar las diferentes concepciones de los diversos juristas partiendo de ello, al estudio de esta figura.

Al citar las definiciones de diversos autores encontramos un común denominador en el concepto de patria potestad, a pesar de los diferentes matices, que cada uno plasma en su propia definición y así mismo encontramos las más acordes a la regulación que en materia de patria potestad hace nuestro Código Civil vigente.

A lo que el autor: Roberto de Rugiero en su obras “Instituciones de Derecho Civil en el Concepto de Patria Potestad dice: “Es ésta, una autoridad que implica derechos y obligaciones; es pues a un mismo tiempo una potestad y unas manos, porque el poder que entraña a los sometidos a ella, no está exento de cargos, pudiendo decir que aquel es atribuido con vistas a estos”⁴⁶.

Podemos observar que este concepto de patria potestad, maneja la idea del poder de los padres, justificado en el conjunto de derechos y obligaciones atribuidos a quien la ejerce, en beneficio de los sometidos a la patria potestad, toda vez que solamente mediante el ejercicio de ellos, sería posible la realización efectiva de las obligaciones que la propia ley les impone a quienes la ejercen en beneficio de sus hijos.

Desde este punto de vista, respecto al contenido y alcance de este poder, y cargos a los que se refiere, no se precisan con exactitud los límites de ellos, más sin embargo, si aporta este concepto, a los sujetos de esta relación.

El autor Castán Tobeñas, está de acuerdo en considerar a la patria potestad como: “El conjunto de derechos que la ley concede a los padres, sobre las personas y los bienes de sus hijos, en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre ellos”⁴⁷.

Podemos observar que la definición citada omite señalar a los abuelos, a quienes nuestra legislación también los señala, más sin embargo si apunta la

⁴⁶ Roberto de Rugiero “Instituciones de Derecho Civil”, Tomo II, Vol. II, pág. 321.

⁴⁷ José Castán Tobeñas, “Derecho Civil Español”, Tomo I, Vol. I, Edit. Reus, S.A.: Madrid, Pág. 245

idea de que el conjunto de derechos atribuidos y reconocidos a los padres en el ejercicio de la patria potestad lo es, en cuanto a facilitar el efectivo cumplimiento de sus obligaciones, de sostenimiento y educación.

El autor francés Jossierand Louis al respecto dice: “La patria potestad es un conjunto de derechos que confiere la ley, al padre y a la madre, sobre la personas y los bienes de sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de los cargos que les incumben, en los que concierne la manutención y educación de los hijos”.⁴⁸

Este concepto al igual que el anterior, maneja la idea de los derechos de los padres, en función al cumplimiento de deberes de los mismos en beneficio de sus hijos. Por lo que para este autor el fin de otra institución consiste en asegurar el cumplimiento de las cargas que incumben al padre y madre en lo que concierne al sostenimiento y educación de los hijos.

El autor español Calixto Valverde al hablar de la patria potestad, la define: “Es el complejo de Derechos y deberes de los padres para con los hijos, y de estos para con los padres”.⁴⁹

Como podemos observar, en la citada definición, se habla de derechos y deberes de quienes ejercen la patria potestad, respecto de sus hijos, sin señalar el elemento temporal de ello, respecto al límite en la edad de los hijos.

Rafael de Piña, nos manifiesta, al definir la Patria Potestad que es : “El conjunto de facultades que supone también deberes, conferidos a quienes la ejercen, en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria”.⁵⁰

⁴⁸ Louis Jossierand, “Derecho Civil”, Tomo I, Vol. II, 1950. pág. 257.

⁴⁹ Calixto Valverde, “Derecho Civil Español”, Tomo IV, 2ª edición, pág. 470.

⁵⁰ Rafael de Piña, “Elementos de Derecho Civil Mexicano”, Vol. I, 17ª Ed., Edit. Porrúa, S.A., México 1992, pág. 373.

Esta definición si bien no señala en el ejercicio, a los abuelos, si agrega el elemento bienes, al ejercicio de la patria potestad, al cumplir con deberes y facultades en beneficio de los sujetos de la misma. Más adelante el mismo autor agrega: “Más que un poder, es actualmente la patria potestad una verdadera función, pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el derecho romano y en el germánico, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor a la que no es extraña la intervención del estado”.⁵¹

En lo antes transcrito observamos, como para este autor, el describir la patria potestad como una institución que tiene por objeto la defensa del menor y sus bienes, agrega como un nuevo elemento, la natural intervención que el Estado haga en esta materia elevando esta Institución al rango de interés público en beneficio de los menores y protección de la sociedad.

Agregando el mismo autor “... los derechos de quienes la ejercen se justifican en cuanto son necesarios para el cumplimiento de los deberes que les corresponden”.⁵²

Para Bonnecasse, Jurista francés, la patria potestad: “Es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros respecto a los hijos menores considerados, tanto en sus personas como en sus patrimonios”.⁵³

La anterior definición, considero es más amplia, pues señala que la misma puede ejercerse por el padre y la madre, así como por los abuelos y terceros, agregando el elemento temporal de esta figura al indicar el requisito de la minoría de edad, tanto en la persona de los hijos, como de su patrimonio, y deja fuera la posibilidad de que la misma termine, con la emancipación de dichos menores sujetos a la patria potestad.

⁵¹ Rafael de Pina, ob. cit., pág. 374.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Julián de Bonnecasse, “Elementos de Derecho Civil”. Tomo I, 1945. pág. 427.

El autor Marcel Planiol, en el estudio de la patria potestad, propone la siguiente definición: “La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que concede la ley al padre o a la madre sobre la personas y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.⁵⁴

En cuanto a la definición que hace Planiol, solamente habla de conjunto de derechos y facultades, sin que establezca, que en el ejercicio de la patria potestad se encuentran también inmersos deberes y obligaciones derivados de dicho ejercicio, y así mismo, no hace partícipes de dicho ejercicio, a los abuelos, tal como si lo contempla nuestra legislación.

Colin y Capitant, definen esta institución como “el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la personas y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesa sobre ellos”.⁵⁵

La anterior definición si contempla al señalar, como elemento indispensable para ejercer la patria potestad sobre los hijos, que estos sean menores de edad y no emancipados y los derechos que legalmente son atribuidos a los padres respecto de sus pupilos, lo son, en relación y función de cumplir y facilitar la efectividad de los deberes primordiales que deben tener los padres, para con sus hijos, más sin embargo, limita este ejercicio, únicamente a los padres, sin tomar en cuenta que dicho poder es también ejercido por los abuelos, tal como lo regula nuestra normatividad en dicha materia.

Colin y Capitant señalan como finalidad de la Institución el facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre los padres.

⁵⁴ Marcel Planiol, “Tratado Elemental de Derecho Civil”, pág. 251.

⁵⁵ Colin y Capitant, “Derecho Civil”, Tomo II, Vol. I, Edit. Reus, S.A., 1923, pág. 17.

Para el autor italiano Francesco Messineo la patria potestad, es un conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar”.⁵⁶

Es de observar que el citado autor, maneja en su definición una teoría de poderes-deberes, al establecer la patria potestad, la coexistencia de poderes no referidos a un interés propio del titular y sí dirigidos actuar en el cumplimiento de un deber, es decir un poder como función dirigida a satisfacer las necesidades primordiales, de quienes se encuentran sometidos a la patria potestad, menores, que por razón natural de su falta de madurez, en tanto con el tiempo y su mayoría de edad, la adquieren, encuentran en quien ejerce sobre ellos la patria potestad, la substitución y satisfacción a dichas carencias, como un deber natural a ello.

Este autor señala la finalidad y razón de ser de la patria potestad, indicando que la función se actúa orgánicamente en consideración a la incapacidad del hijo. Destacando que la propia incapacidad del hijo, es la que dá origen a ese Poder Protector necesario que ejerzan los padres respecto de sus hijos, por lo que con su ejercicio viene a ser una de las formas de suplir la incapacidad propia del menor.

Para el autor Daniel Hugo D’Antonio la figura de la patria potestad es: “Un complejo funcional de derechos y deberes, reflejo de la filiación que corresponde a los padres, respecto de cada uno de sus hijos en tanto éstos permanezcan en estado de minoridad o no se haya emancipado, y que reconoce como finalidad lograr el pleno desarrollo personal de los hijos”.⁵⁷

Este autor en su definición fusiona los derechos y deberes, que la patria potestad como tal requiere, que la misma encuentra su apoyo legal, en la

⁵⁶ Messineo Francesco. “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Tomo II, 1954, pág. 136.

⁵⁷ Daniel Hugo D’Antonio, “Patria Potestad”. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1979, pág. 30.

justificación trascendental que por bien de la propia sociedad se requiere.

Así mismo agrega el concepto necesario de que la patria potestad en reflejo de la filiación y aún, cuando pueda existir esta sin aquélla, responde al origen natural de dicha institución.

Más adelante, continúa al hablar respecto a la finalidad de la misma: “La finalidad de la patria potestad consiste, sin lugar a dudas, en el logro de una culminación plena del desarrollo biológico, psíquico y social del hijo. Para conseguirlo, es menester satisfacer necesidades del menor de índole afectiva, económica, social y cultural, asumiendo el cumplimiento de un plexo de conductas legalmente esperadas...”⁵⁸

Con ello, afirma que la finalidad esta Institución, es la adecuada formación de individuos sanamente desarrollados, para formar adecuadamente parte de una sociedad, que en la medida que ellos se logre, se garantiza el crecimiento social sano y óptimo.

Para el autor Galindo Garfias, la patria potestad tiene su origen en la filiación, y así mismo la define: “Es una institución, establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)”.⁵⁹

Este autor, fundamenta la figura de la patria potestad en la afiliación, sin embargo no es suficiente con la filiación natural para que surja esta figura, es indispensable que dicha filiación natural, sea establecida legalmente conforme al ordenamiento legal vigente.

⁵⁸ Daniel Hugo D'Antonio, “Patria Potestad”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1979, pág. 30.

⁵⁹ Ignacio Galindo Garfias, “Derecho Civil”, Edit. Porrúa, S.A., México 1982, 5ª Ed., pág. 667.

Es decir, se requiere, un acto jurídico para el surgimiento como tal, de esta figura, la cual al ser un conjunto de poderes y deberes depositados en las personas de quienes la ejercen, lo hacen con el objeto de cuidar de sus menores hijos no emancipados, al dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida que su estado de minoridad lo requiere.

Más adelante continúa: “En este sentido, el concepto de la patria potestad, es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. De esta manera aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad”.⁶⁰

Por lo que el poder, que a los padres se les reconoce en el ejercicio de la patria potestad, más que un poder, es una potestad en servicio de los hijos menores no emancipados, que surgen de manera natural del hecho de la maternidad y la paternidad.

En esta materia, la autora Nora Lloveras al respecto define la patria potestad de la siguiente forma: “es la regulación jurídica de los deberes y derechos que se reconocen a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos menores en una sociedad determinada”.⁶¹

Más adelante la misma autora continúa: “El contenido de estos deberes y derechos paternos significa una previa evaluación del legislador acerca de las funciones o roles de los progenitores. Para el cumplimiento de esas funciones, la ley impone a los progenitores deberes, reconociéndoles los derechos correlativos para facilitar y hacer posible la relación plena con el hijo”.⁶²

⁶⁰ Ignacio Galindo Garfias, ob. cit., pág. 668.

⁶¹ Nora Lloveras, “Patria Potestad y Filiación”, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1986. pág. 147.

⁶² Ibidem, pág. 148.

En el concepto citado se establece el modo de ejercer la autoridad paterna, con la finalidad y teniendo, como objetivo el interés del hijo.

Establece el elemento del reconocimiento por parte del orden jurídico, de los derechos y deberes de quienes ejercen la patria potestad, respecto de quienes se encuentran sometidos a la misma, de conformidad con los valores aceptados por una sociedad determinada, es decir por la generalidad de la conciencia social, de un lugar determinado.

Para Chávez Asencio Manuel, la patria potestad, es: "...el conjunto de deberes, obligaciones y derecho que la ley concede a quienes la ejercen (padres o abuelos) en orden a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes".⁶³

Este autor establece que son deberes, obligaciones y derechos atribuidos a los padres, quienes en su cumplimiento y ejercicio, satisfacen una función propia y en consecuencia de la paternidad y maternidad; que no es algo impuesto por la ley meramente. "... 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, ...".⁶⁴

Agregando: "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, como veremos, más bien se trata de la administración de los bienes de los hijos, ...".⁶⁵

De acuerdo a los diversos conceptos de patria potestad que hemos citado, es de observarse que la patria potestad, ha sido conceptualizada como la autoridad conferida a los padres y reconocida por la ley, respecto de

⁶³ Manuel F. Chávez Asencio, ob. cit. , pág. 282.

⁶⁴ Íbidem, pág. 283.

⁶⁵ Íbidem.pág.283.

las personas y bienes de sus hijos, como conjunto de derechos y facultades, o derechos-deberes, potestades-funciones, poderes-funciones, deberes y derechos en función social, variando uno y otro matiz de las diversas conceptualizaciones que al respecto hacen las distintas posiciones doctrinales al respecto de esta figura.

Por lo que después del análisis de los conceptos citados y así mismo el estudio de los mismos, puedo conceptualizar a la figura de la patria potestad, como: La serie de derechos y obligaciones, facultades y deberes, existente entre los sujetos involucrados en una relación paterno, materno filial y los ascendientes de los mismos, en relación a sus menores hijos no emancipados, legítimos, legitimados, naturales, o adoptivos, así como de los bienes de estos, regulados por la ley, para el efectivo cumplimiento de los mismos en beneficio de dichos menores, y en pro del adecuado, sano y correcto desarrollo de los menores.

2.2 CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

2.2.1 NATURALEZA JURÍDICA

Al iniciar el estudio de las principales características de la patria potestad, es importante analizar la naturaleza jurídica de esta figura.

Y referente a su naturaleza jurídica podemos encontrar las siguientes opiniones:

El autor Galindo Garfias, señala a esta figura, como una Institución, establecida por el derecho, con la finalidad de protección y asistencia a los menores no emancipados, de los cuales la filiación previamente ha sido legalmente constituida; independientemente de que se trate de nacidos de matrimonio, de hijo procreados fuera de matrimonio, o en su caso de los hijos adoptados.

“La patria potestad está constituida por un conjunto de poderes; para colocar a los titulares de la patria potestad, en posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen, respecto de los hijos. 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 corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder, se ha conferido para el cumplimiento de un deber”.⁶⁶

Internamente la Patria Potestad, está constituida de tal manera, para el cumplimiento efectivo de una función protectora de los hijos menores no emancipados, y conformada principalmente por un conjunto de deberes, en torno de los cuales el derecho objetivo ha otorgado a los titulares de la misma en su ejercicio, un conjunto de facultades.

Frente a todo el poder exterior a la familia, es decir exteriormente, el Titular de la patria potestad, tiene un derecho subjetivo personalísimo. Como un derecho subjetivo, la patria potestad es de ejercicio obligatorio, encontrando en ellos semejanzas con ciertos derechos subjetivos públicos. Por lo que quien la ejerce, no tiene libertad para dejar de ejercerla, sin estar en la posibilidad de renunciar a su ejercicio.

Los titulares de la patria potestad, si tienen libertad de elección en cuanto a la manera y a la idoneidad del empleo de los medios utilizados para lograr los objetivos de dicha Institución, por lo que esa libertad se encuentra circunscrita dentro de los límites que marca el cumplimiento de los deberes propios de esta Institución.

Más adelante el mismo autor señala: “En el logro de las finalidades propuestas, existe evidentemente el interés de los padres, que debe coincidir con el interés general del grupo social. En la naturaleza jurídica de la patria potestad, encontramos que si bien es un cargo de Derecho privado, se ejerce en interés público”.⁶⁷

⁶⁶ Ignacio Galindo Garfias, ob. cit., pág. 673.

⁶⁷ Ibidem.

Para el autor Puig Peña la patria potestad, también es una Institución Jurídica “es decir, el transunto en la ley de la situación de 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”.⁶⁸

Existen derechos subjetivos familiares, que se derivan de actos y hechos jurídicos familiares, por lo que en lo familiar son derechos derivados y originados de la persona y la familia, como institución inalienables, y forman parte de su personalidad y atributos humanos. Dentro de esta esfera de derechos, está la patria potestad, que como derecho subjetivo que es facultad o prerrogativa de los progenitores que es oponible a terceros. Estos derechos de los padres a su libre elección deciden la forma de cumplir con sus deberes de educación, ideología, alimentación, etc., que habrá de brindarle a sus hijos.

Respecto a la naturaleza jurídica de esta figura, 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 sus sujetos; por el contrario, los fines que satisfacen, implican que tanto el padre como la madre ejercen una potestad, un poder”.⁶⁹

La Ley reconoce a los padres un poder de actuar respecto de sus hijos menores de edad, en cuanto al cumplimiento así mismo un deber, en el efectivo cumplimiento de los fines de esta figura, en el que los padres y madres no tienen la prerrogativa en la elección o no de su ejercicio, sino que los mismos tienen un deber y están obligados a ejercerla en forma personal, ya que tal ejercicio es indelegable a terceros.

El poder que ejercen los padres en la patria potestad, es oponible a cualquier otra persona, quien pudiera desconocer su ejercicio.

⁶⁸ Federico Puig Peña, “Tratado de Derecho Civil Español”. Tomo II, Vol. I. Edit. De Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 197.

⁶⁹ Eduardo A. Zannoni, “Derecho Civil”, Derecho de Familia, Tomo II, 2ª Ed., Edit. Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 645.

2.2.2 CARACTERISTICAS DE LA FUNCION DE LA PATRIA POTESTAD

De las funciones propias de la patria potestad, procuración, asistencia y protección de los hijos, a la fuente de su origen de la misma en la filiación, y en relación a la naturaleza de ella, por ser un cargo privado de interés público se desprenden las características de la misma :

- A) IRRENUNCIABLE,
- B) IMPRESCRIPTIBLE,
- C) INTRANSMISIBLE,
- D) DE CARÁCTER TEMPORAL,
- E) DE TRACTO SUCESIVO,
- F) DE ORDEN PUBLICO.

2.2.2.1 IRRENUNCIABLE, la patria potestad no puede renunciarse, por la propia naturaleza de esta figura.

La patria potestad considerada desde el punto de vista de las facultades y obligaciones que están a cargo de su titular a carácter personalísimo, inherentes a la persona misma de los progenitores, o bien del ascendiente a quien corresponde el ejercicio de ella, tal como lo establece el artículo 448 del Código Civil, que a la letra señala:

“Artículo 448.- La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quien corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- II.- Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.”

Así mismo el artículo 6° de nuestro citado Código Civil, establece:

“Artículo 6°.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés

público cuando la renuncia no perjudique a derechos de tercero.”

De tal forma que al tener la patria potestad un contenido de interés público, de ahí que textualmente se le considere irrenunciable, pues lleva consigo el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades más serias que pueden asumir los padres, al procurar el adecuado desarrollo de los hijos, que por su minoría de edad, son susceptibles de ser perjudicados seriamente con el incumplimiento de los deberes que como padres deben a sus pupilos.

Al tener la sociedad especial interés en que sus futuros miembros se desarrollen lo más adecuadamente, nuestra normatividad, prevé el caso en que, por característica propias de la persona en quien recaiga el ejercicio de los deberes de la patria potestad, por su avanzada edad, o bien problemas de salud, no garantiza el idóneo o adecuado cumplimiento de dicha función, por lo que en tal caso, como lo establece el artículo citado, su ejercicio puede excusarse.

2.2.2.2 IMPRESCRIPTIBLE, no se extingue por prescripción.

Quien esta obligado a su ejercicio, con el cumplimiento de los deberes y obligaciones para con sus menores hijos no emancipados, no pierde con ello su obligación para entrar en su ejercicio.

De igual forma, quien sin tener obligación para con un determinado menor, lo protege alimenta, educa, etcétera, no adquiere por ello, con el solo transcurso del tiempo tal cargo, ni entra en ejercicio de la patria potestad.

Al respecto Chávez Ascencio, señala: “Esto 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 presentan esta característica”.⁷⁰

⁷⁰ Manuel Chávez Ascencio, ob. cit., pág. 289.

2.2.2.3 INTRANSMISIBLE, las facultades, derechos, deberes y obligaciones referentes a la figura de la patria potestad no pueden ser materia de transferencia y mucho menos enajenación por su carácter exclusivamente personal respecto de las personas involucradas con la misma.

“Los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del Titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad; aunado a lo anterior al carácter de interés público que existe en esos derechos; lo que produce, como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario”.⁷¹

Al ser la relación Paterno-filial, de carácter personalísimo, no puede ser por ello, en ningún caso objeto del comercio, no puede transferirse por ningún título oneroso ni gratuito.

“Excepcionalmente, la patria potestad se transmite en el caso de la adopción”.⁷²

Cuando un menor de edad, no emancipado, está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen dan su pleno consentimiento para que dicho menor no emancipado, sea adoptado por un tercero siempre y cuando dicha adopción sea en beneficio del menor, y nunca así para perjudicarlo, el Juez de lo Familiar, en juicio seguido con todas sus formalidades procesales y previa intervención del representante social, el C. Agente del Ministerio Público, adscrito al Juzgado que ha de conocer de dicho caso, es entonces cuando puede el C. Juez de lo familiar, mediante sentencia ejecutoriada, decretar la adopción del menor, pues no existe otra forma de transmitir los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

⁷¹ Amparo Directo 7020/86, Maria Luisa Rosas Vda. De Valdés y otro, 3, dic., 1987, Unanimidad 4 votos. Ponente: Sergio Hugo Capital Gutiérrez. Secretaria Hilda Cecilia Martínez González. Visible en el informe 1988, 2ª Parte, 3ª Sala, Ejecutoria 150, pág. 173.

⁷² Ignacio Galindo Garfias. ob. cit., pág. 675.

A continuación se citan artículos relativos al presente tema, contemplados en el Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dicen:

“ART. 410-A.- El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia de los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

La adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea.

La adopción es irrevocable.”

“ART. 410-B.- Para que la adopción pueda tener efectos, además de las personas a que se refiere el artículo 397 de este Código, deberá otorgar su consentimiento el padre o madre del menor que se pretende adoptar, salvo que exista al respecto declaración judicial de abandono.”

“ART. 419.-La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.”

En el caso de que la persona que ejerce la patria potestad muera o se imposibilite para cumplirla, la Ley señala expresamente qué sujetos deben asumirla.

“ART. 414.- La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, lo

ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

“ART. 420.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.”

2.2.2.4 TEMPORAL, actualmente la institución de la patria potestad, es de carácter temporal, muy diferente del antiguo derecho romano que era vitalicia.

Pues su ejercicio, está determinado por el transcurso del tiempo, en virtud de que con ello, y a razón natural, los hijos adquieren la capacidad adecuada para representarse y gobernarse por sí mismos, en todos los actos públicos y privados de su vida.

La patria potestad en su ejercicio termina con el cumplimiento de la mayoría de edad de los menores sujetos a la misma.

Excepcionalmente la patria potestad, termina antes de que los menores alcancen su mayoría de edad, con la emancipación tal como lo establece el artículo 443, del Código Civil, que a la letra establece:

“Artículo 443.- La patria potestad se acaba

- I. Con la muerte del que la ejerce, sino hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayor edad del hijo.
- IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes.”

De igual manera en forma excepcional, los padres quienes ejercen la patria, pueden dejar de ejercer los derechos inherentes a dicha figura, por resolución judicial que así lo condene, ya sea por suspensión en el ejercicio de la patria potestad o por pérdida de la misma, aclarando que con ello, no se extinguen las obligaciones referentes, y en beneficio de los menores.

2.2.2.5 TRACTO SUCESIVO, las obligaciones, deberes, derechos y facultades, relativos a la relación jurídica en la figura de la patria potestad, no se extinguen con su cumplimiento, pues las mismas, tienen una continuidad en el tiempo, es decir no se agotan con el pago de la obligación debida al menor, sino que se prolongan estas, en tanto dure la minoría de edad del hijo, o en su caso, deje de estar inmerso en la potestad, por razón de la emancipación..

Es decir, los alimentos, la educación y asistencia que recibe hoy el menor, mañana los requerirá en la misma medida o bien incrementados conforme su crecimiento y desarrollo, por lo que sucesivamente se prolongan en el tiempo de acuerdo a la evolución natural del menor.

“El ejercicio de la patria potestad es continuo en el tiempo requerido, hasta que, como Institución se acabe. 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”.⁷³

2.2.2.6 DE ORDEN PUBLICO, en virtud de que la patria potestad tiene como objetivo primordial la adecuada formación de los menores que serán los futuros individuos sujetos de derechos y obligaciones como ciudadanos, inmersos en nuestra sociedad, en el que predominan determinados valores superiores; el estado tiene un fundamental interés en la adecuada función de esta Institución.

⁷³ Manuel F. Chávez Ascencio, ob. cit., pág. 289.

Al ser la vida humana un valor por excelencia, el Derecho recoge y regula protección a los más indefensos y desvalidos como es el caso de los menores, elevando la tutela de dichos valores a la categoría del orden público.

“La familia, la sociedad y el Estado tienen interés en la adecuada formación de los menores”.⁷⁴

En nuestra legislación vigente encontramos la intervención del Ministerio Público, como representante de la sociedad, en todos los asuntos referentes con los menores sujetos a la Patria Potestad, vigilando el cumplimiento adecuado de los padres respecto de los deberes y obligaciones debidos a sus menores hijos.

De igual forma el Consejo Local de Tutelas tiene intervención en materia de menores a efecto de vigilar y proteger los intereses de los mismos.

A continuación se citan artículos del Código Civil vigente para el Distrito Federal, relativos al tema:

“ART. 422.- A las personas que tienen el menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Quando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.”

“ART. 631.- En cada demarcación territorial del Distrito Federal habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto de un Presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o por quien él

⁷⁴ 29.- Ignacio Galindo Garfias, ob. cit. pág. 675.

autorice al efecto o por los Jefes Delegacionales, según el caso, en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que tengan un modo honesto de vivir y que se hayan destacado por su interés en la protección de los menores.”

Así mismo los jueces familiares, ejercen una vigilancia, en materia de menores, respecto al cumplimiento de las obligaciones y deberes que han de proporcionarles las personas en ejercicio de la patria potestad.

Por lo que al respecto en algunos artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se establece:

“ART. 940.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad”.

“ART. 941.- El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familiar y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.”

“ART. 942.- No se requieren formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos,

de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad.

Tratándose de violencia familiar prevista en el artículo 323 ter del Código Civil para el Distrito Federal, el juez exhortará a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran, en la misma audiencia el juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, verificará el contenido de los informes que al respecto hayan sido elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público.”

2.2.3 CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACION A LOS SUJETOS

Desde el punto de vista subjetivo, la extensión de la serie de derechos y deberes que surgen de la relación jurídica de la patria potestad, tienen efectividad en relación a los sujetos inmersos en esta relación jurídica. Por lo que desde este punto de vista al considerar a los sujetos que protagonizan esta relación de la Patria Potestad, a efecto de facilitar su estudio los consideraremos como el sujeto activo y el sujeto pasivo de la misma, por lo cual los identificamos de la siguiente manera:

- a) **Sujeto Activo**, a pesar que la Patria Potestad deriva de la filiación, tal como hemos visto no es necesariamente consecuencia de ella, toda vez, que esta también puede darse en el caso de la adopción. Por lo que el sujeto que tendrá a cargo el ejercicio de la patria potestad, por la importancia de dicha función requiere una necesaria presencia de plena capacidad civil por naturaleza misma de su función quien con dicha capacidad de ejercicio podrá representar en todos los actos

jurídicos de su vida, al incapaz que se encuentra bajo su patria potestad.

Este sujeto activo, tal como lo establece el Código Civil, lo será el ascendiente inmediato del menor, no emancipado, recayendo este cargo en forma inmediata en los padres, uno de ellos, en su caso los abuelos, o bien uno de ellos, y en su defecto un tercero para el caso de la filiación adoptiva.

De tal manera que esencialmente el sujeto activo lo identificamos con los padres o abuelos, y excepcionalmente con aquélla persona que dá surgimiento a la relación jurídica de la adopción.

Al efecto el artículo 414, nos indica quienes ejercerán la patria potestad, de la siguiente manera.

“ART. 414.- La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

b) **Sujeto Pasivo**, lo identificaremos para su estudio necesariamente con los hijos menores de edad, no emancipados, y al respecto, el artículo 412, del Código Civil, señala quienes se encuentran bajo la Patria Potestad, estableciendo:

“ART. 412.- Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley”

2.2.4

DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA RELACION JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

En nuestro derecho contemporáneo, la relación jurídica emergente de la patria potestad, ha tomado muy en cuenta la necesaria existencia de la autoridad que se reconoce y se otorga legalmente a quienes la desempeñan, no para su beneficio propio, ni mucho menos para someter a los sujetos inmersos en la misma, al servicio de quienes la ejercen para satisfacción de sus fines personales, sino por el contrario, esta institución reconoce el principio de autoridad de los titulares de la misma, para hacer cumplir sus determinaciones en una buena y adecuada orientación hacia los menores, así como su protección, a efecto de configurarse cada día más, en una auténtica función social, que más que un derecho a favor de quien ejerce la patria potestad, impone una serie de obligaciones a su cargo, en beneficio y protección de los menores sujetos a la misma.

Respecto a los principales derechos y obligaciones que surgen en el ejercicio de la patria potestad, encontramos los siguientes criterios:

Los autores Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, anotan:

“Por lo que se refiere a las relaciones personales del menor, debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, por lo que hace a la función protectora y formadora, el ascendiente está obligado a la guarda, manutención y educación del menor, pudiendo corregirlo mesuradamente”.⁷⁵

Respecto a la obligación de los ascendientes de proporcionar alimentos al menor, así como de representarlo y guardarlo educándolos adecuadamente, anotan: “El mantenimiento implica todas las prestaciones que se señalan en la obligación alimentaria, incluyendo la educación, según las posibilidades del obligado.

⁷⁵ Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, “Derecho de Familia y Sucesiones”, Edit. Harla, S.A. de C.V., México, D.F., 1990, pág. 230.

Así mismo, el ascendiente está obligado a representar al menor, quien no puede celebrar acto ni comparecer en juicio sin su autorización. Por otra parte el ascendiente tiene el derecho de corrección y castigo”.⁷⁶

Al respecto De Pina, señala:

“Mientras el hijo esté bajo la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o en virtud de decreto de la autoridad. Tampoco puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna, sin el expreso consentimiento del que o de los que la ejerzan, resolviendo el juez en caso de irracional-disenso”.⁷⁷

Lo antes descrito, se basa en el deber que tienen los menores de permanecer bajo la guarda de quien ejerce respecto de ellos la patria potestad, en virtud de la inexperiencia de dichos menores, tendiente a evitar daños al dejar su hogar.

Respecto a las obligaciones de quienes ejercen la patria potestad señala: “La obligación de educar convenientemente al menor incumbe a las personas que le tienen bajo su patria potestad”.⁷⁸

Para Eduardo A. Zannoni, la guarda, asistencia y educación de los menores, constituyen en general los deberes y derechos de la patria potestad, y así señala: “El derecho – deber de guarda no es definible por sí mismo, sino a través de los elementos que caracterizan la guarda:

- a) El reconocimiento de la autoridad de los padres.
- b) El derecho – deber de los padres de convivir con los hijos, y la correlativa obligación de éstos de habitar con sus padres”.⁷⁹

⁷⁶ Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Bácz. ob. cit., pág. 230.

⁷⁷ Rafael de Pina, ob. cit., pág. 377.

⁷⁸ Íbidem, pág. 379.

⁷⁹ Eduardo A. Zannoni, ob. cit. pág. 711.

Así mismo continúa: “En sentido amplio el deber de educación de los hijos implica el deber y derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad”.⁸⁰

Respecto a la asistencia, manifiesta: “... la obligación y derecho de los padres de alimentar a su hijos “no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios”.⁸¹

Para Llovera Nora “El contenido de esos deberes y derechos paternos significa una previa evaluación del legislador acerca de las funciones reales de los progenitores. Para el cumplimiento de esas funciones la ley impone a los progenitores deberes, reconociéndoles los derechos correlativos para facilitar y hacer posible la relación plena con el hijo”.⁸²

Para el autor Galindo Garfias, “El hijo sometido a la patria potestad, no podrá dejar la casa de aquellos a quien está sometido, sin permiso de ellos o sin la autorización de la autoridad competente. El hijo menor de edad, tiene le deber de convivir con los padres o ascendientes, en ejercicio de la patria potestad”.⁸³

Así mismo continua: “Por lo que toca a quienes ejercen esa autoridad sobre los descendientes, encontramos que el deber primordial que se impone a los padres o ascendientes es:

- a) el cuidado y guarda de los hijos;
- b) la dirección de su educación;
- c) el poder de corregirlos y castigarlos;
- d) la obligación de proveer a su mantenimiento;
- e) la representación legal de la persona del menor y

⁸⁰ Eduardo A. Zanoni, ob. cit., pág. 718.

⁸¹ *Ibidem*, pág. 722.

⁸² Nora Lloveras, ob. cit. pág. 148.

⁸³ Ignacio Galindo Garfias, ob. cit., pág. 677.

f) la administración de los bienes del menor”⁸⁴.

López del Carril, al respecto de los derechos y funciones de los padres, anota: “... es también una función que se desenvuelve intrínseca y extrínsecamente tendiendo al normal desenvolvimiento y formación del hijo para su correcta transformación en hombre. La naturaleza les da el hijo y los padres llenan una función natural y jurídica tendiente a entregar a la sociedad, un hombre normal”⁸⁵.

A su vez los hijos tienen deberes para con sus padres: “someterse a la autoridad y poder de sus padres”⁸⁶.

De acuerdo a las opiniones anteriormente transcritas y estudiadas, puedo señalar en la relación jurídica entre los sujetos involucrados en la institución de la patria potestad, los siguientes derechos y obligaciones, aclarando que los mismos son considerados como los más esenciales, sin dejar de contemplar la posibilidad de la existencia de algunos otros de acuerdo al momento, espacio y circunstancias de la normatividad jurídica en un lugar determinado, las cuales procedo a enlistar de la siguiente forma:

⁸⁴ Ignacio Galindo Garfias, ob. cit., pág. 678.

⁸⁵ Julio J. López de Carril, “Derecho de Familia”, Edit. Gráfica Pafernor. Buenos Aires, 1984, pág. 352.

⁸⁶ *Ibidem*, pág. 353.

EL MENOR

1. Debe honrar y respetar a sus padres.
2. Debe tener el mismo domicilio del padre.
3. El menor no debe dejar la casa, sin permiso del progenitor.
4. Abstenerse de enajenar o gravar los bienes, muebles o inmuebles que le correspondan sin autorización.
5. Abstenerse de celebrar actos jurídicos, contratos, etc.
6. Obediencia.
7. Esmero en su formación educativa.

EL ASCENDIENTE

- 1.- Debe tener una función protectora y formadora del menor.
- 2.- Debe de guardar al menor.
- 3.- Manutención del menor.
- 4.-Educación del menor conveniente-mente.
- 5.-Corregirlo y castigarlo mesuradamente.
- 6.- Cumplir con todas sus obligaciones alimentarias.
- 7.- Representar al menor, quien no puede comparecer en juicio, y no puede celebrar actos jurídicos sin su autorización.
- 8.- Observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo, Art. 423 C.C.
- 9.- Obligación de rendir cuentas de la administración de los bienes del hijo, entregándolas tan pronto lleguen a la mayoría de edad, o se emancipen.
- 10.- La correcta administración de los bienes del menor.

En términos generales, podemos observar que las características personales de la patria potestad, deberes, derechos que implica esta figura se traducen principalmente en la guarda, asistencia y educación de los menores hijos, no emancipados. Correlativamente ello crea responsabilidad para los padres y derechos para hacerlas efectivas, y así mismo obligaciones y deberes para con los menores hijos.

2.3 FILIACION

Es evidentemente el hecho de que el esencial fundamento de la patria potestad, se encuentra en la naturaleza humana de la procreación que confiere el deber de asistir, cuidar y educar a sus hijos, durante su minoría de edad; y esta procreación implica el hecho de la filiación. Por lo que la filiación tiene en su origen un fundamento natural.

El término filiación tiene dos connotaciones, una amplísima que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación en grado entre personas que descienden unas de otras, hablando de una filiación referida no solamente en la línea ascendiente y descendiente, en línea recta padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en línea descendiente, para tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos.

En un sentido más limitado la filiación, sería la relación de derechos existente entre el progenitor y el hijo, dando surgimiento a la serie de derechos y obligaciones, con motivo de la ascendencia y descendencia, que esta relación jurídica implica.

Dentro de las figuras jurídicas, que constituyen el derecho de familia, la Institución de la Filiación tiene una relevante importancia, en virtud de la responsabilidad que se genera con la procreación, que por naturaleza propia del desarrollo del ser humano en sus primeros años de vida, exige una especial y constante atención y cuidado de los menores, hasta alcanzar su pleno desarrollo en todos sus aspectos físicos, psicológicos, intelectuales y morales.

La procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho natural que por tal, reviste un interés especial no solo por los padres e hijos sino también a la comunidad y como consecuencia al Estado.

Esta relación de padres e hijos observada desde el punto de vista jurídico, en la figura de la filiación, se conceptualiza para los diversos autores de la siguiente forma: “en sentido jurídico, significa la relación permanente que existe entre los padres e hijos, que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares”.⁸⁷

Por lo que esta relación entre padres e hijos, vista desde el punto de vista jurídico, hace un reconocimiento de la realidad Biológica, por la que unos individuos necesariamente descienden de otros, por razones naturales, creándose este lazo y vínculo, entre padres e hijos, pero no toda filiación biológica necesariamente es jurídica, todas vez que se requiere que se cumplan con los requisitos legales y así mismo no toda filiación jurídica es biológica, pues si tomamos en cuenta el caso de la filiación adoptiva, que al estar jurídicamente regulada, no necesariamente se requiere un vínculo biológico.

Al respecto José Castán Tobeñas señala: “La relación de paternidad es la que se da entre padres o hijos, o sea entre generantes y generados. Constituye la filiación un hecho natural, ya que está basada en la procreación y un hecho jurídico, puesto que produce consecuencias jurídicas”.⁸⁸

Para López del Carril, la filiación se conceptualiza de la siguiente manera: “La relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró.”

Más adelante continúa: “... es preciso correlacionar el hecho biológico con una debida adecuación jurídica, ... De allí que el vínculo biológico es el elemento natural, primario e indispensable para poder hablar del concepto jurídico de filiación”.⁸⁹

⁸⁷ Manuel F. Chávez Asencio. ob. cit. pág. 2.

⁸⁸ José Castán Tobeñas. ob. cit., pág. 11.

⁸⁹ Julio J. López del Carril. ob. cit., pág. 416.

El autor Galindo Garfías al respecto de la filiación señala: “La procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho natural que nadie podrá desconocer. Por eso se afirma que la filiación en este sentido existe siempre en todos los individuos.

El Derecho sin embargo, no extrae siempre un efecto jurídico de ese acontecimiento, por lo difícil que es comprobar tanto la paternidad como la maternidad, sobre todo la primera; y porque aún comprobada, a veces no la considera el ordenamiento.... .. en la procreación comprobada, los efectos son diversos según el antecedente de la unión entre los padres, distinguiéndose fundamentalmente si están o no ligados por matrimonio, hecho previo que adquiere carácter esencial”.⁹⁰

Para Lloveras Nora: “... es el vínculo jurídico que nace de la relación natural de la procreación. ...La adopción crea una relación jurídica de filiación, por oposición al nexo biológico”.⁹¹

Por lo que podemos concluir, que esencialmente la filiación tiene su fundamento en el hecho natural de la procreación, pero que jurídicamente solo producirá sus efectos como tal, cuando cumpla los requisitos legales para el establecimiento de esta figura jurídica, o bien cuando se establezca como tal, por medio de una fricción legal, en el caso de la filiación adoptiva, dando lugar con ello, al surgimiento de la Institución de la patria potestad con todas sus consecuencias legales respectivas.

Para facilitar el estudio de la filiación, la podemos dividir en dos grandes grupos:

- a) Filiación legítima o matrimonial, y
- b) Filiación natural

⁹⁰ Ignacio Galindo Garfías, ob. cit., pág. 617.

⁹¹ Nora Lloveras, ob. cit., págs. 29 y 30.

Dentro de la filiación legítima o matrimonial, podemos contemplar el vínculo jurídico paterno filial que también se establece mediante la legitimación.

La relación paterno filial que se establece por la filiación natural, a su vez puede ser de dos formas, ya sea mediante el reconocimiento voluntario del hijo o en su defecto por sentencia judicial que así lo declare.

A estas formas antes indicadas podemos agregar la filiación adoptiva que mediante una ficción jurídica, se establece la relación de padres a hijos mediante el acto solemne de la adopción.

2.3.1 FILIACION LEGITIMA O MATRIMONIAL

Al respecto de la filiación legítima, el autor Rojina Villegas la define de la siguiente manera: “Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo, concebido en matrimonio y sus padres”.⁹²

Por lo que en este tipo de filiación, será un requisito indispensable, el hecho del matrimonio de los padres del menor. Al respecto del artículo 324 del Código Civil establece:

“ART. 324.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no

⁹² Rafael Rojina Villegas. “Compendio de Derecho Civil”, Tomo I, Edit. Porrúa. S.A. de C.V., México, D.F., 1988, pág. 451.

haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

2.3.2 FILIACION LEGITIMADA.

En virtud de la legitimación, se puede estatuir la filiación legítima, es decir, hijos naturales, que al contraer con posterioridad a su nacimiento, matrimonio sus padres, entra en la clasificación de la filiación legítima.

“... es el presupuesto de una forma establecida por la Ley para transformar la condición originaria de los hijos cuyos progenitores no se encuentran unidos en matrimonio, y convertirlos en hijos legítimos mediante la vinculación jurídica de los padres a través del matrimonio. De ahí lo que en un principio era solamente natural va a sufrir una metamorfosis que tiende a beneficiar a los hijos retroactivamente, y les va a otorgar el carácter de legítimos, como si siempre lo hubieren sido”.⁹³

2.3.3 FILIACION NATURAL

En relación con la mujer se establece con el hecho del nacimiento.

Existen primordialmente dos medios reconocidos en nuestro derecho para su establecimiento con relación al padre:

- a) Por el reconocimiento voluntario del padre
- b) Por una sentencia que declare la paternidad

⁹³ José Mario Magallón Ibarra, “Instituciones de Derecho Civil”, Tomo III, Edit. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1988, pág. 481.

“Es decir, respecto de los hijos naturales, la filiación puede establecerse de dos maneras: por el reconocimiento de los padres, o por una sentencia que declara la paternidad o la maternidad”.⁹⁴

- a) El reconocimiento voluntario del hijo, se realiza mediante un acto jurídico solemne, irrevocable, por medio del cual se asume por quien reconoce ser el padre del menor reconocido, como hijo, surgiendo con ello la relación jurídica de la filiación.

“El reconocimiento es el acto en virtud del cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio declaran, conjunta o separadamente, que lo aceptan por suyo”.⁹⁵

- b) Por sentencia que declare la paternidad es aquella forma, en la que una vez agotadas todas las instancias procesales, se comprueba y se acredita que aquella persona a la que se le acredita la paternidad en efecto, es el padre del menor, y el juez de lo familiar resuelve en tal sentido, dictando sentencia para el reconocimiento de la paternidad.

Al efecto los artículos 341 y 382 del Código Civil, establecen:

“ART. 341.- A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.”

⁹⁴ Rafael Rojina Villegas, ob. cit. pág. 491.

⁹⁵ Rafael de Pina, ob. cit., pág. 357.

“ART. 382.- La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.”

2.3.4 FILIACION ADOPTIVA

Es aquella que establece el vínculo jurídico, paterno-filial, respecto de los adoptantes y el adoptado.

La filiación adoptiva, presupone para su surgimiento necesariamente, el acto solemne de la adopción. “Se puede definir la adopción, diciendo que es aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación, semejantes a la que tienen lugar en la filiación legítima”.⁹⁶

Mediante el acto de la adopción, el adoptante adquiere los derechos, facultades y obligaciones que la ley otorga a los padres, en el ejercicio de la patria potestad. “La adopción es un acto jurídico, que crea entre el adoptante y el adoptado, un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas. (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas”.⁹⁷

Manuel Chávez Asencio la define: “La palabra adopción viene del latín adoptio, y adoptar de adoptare, de ad a y optare, desear (acción de adoptar y prohijar). Es recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”.⁹⁸

⁹⁶ Federico Puig Peña “Tratado de Derecho Civil Español”, Edit. Revista de Derecho Privado, Tomo II, Vol. II, Madrid España, pág. 170.

⁹⁷ José Castán Toboñas, ob. cit., pág. 272.

⁹⁸ Manuel F. Chávez Asencio, ob. cit., pág. 199.

Por medio de este acto, mediante una ficción jurídica, jurídicamente se imita a la naturaleza a efecto de establecer el vínculo como padres e hijos, entre adoptante y adoptado.

El acto jurídico de la adopción, presenta los siguientes caracteres:

- “A) Es un acto solemne, porque sólo se perfecciona a través de la forma procesal que señala el Código de Procedimientos Civiles.
- B) Es un acto plurilateral porque requiere fundamentalmente del acuerdo de voluntades del adoptante y del adoptado a través de su representante y exige una resolución judicial.
- C) Es un acto constitutivo:
 - a) de la filiación, y
 - b) de la patria potestad que asume el adoptante.
- D) Eventualmente es un acto extintivo de la patria potestad, en el caso de que en el momento de la adopción, existan antecedentes de quienes hasta entonces ejercían la patria potestad, sobre el adoptado”.⁹⁹

⁹⁹ Ignacio Galindo Garfias, ob. cit., pág. 656.

CAPITULO III

EL MALTRATO AL MENOR

A efecto de adentrar en el presente estudio, procedo a analizar el concepto de menor de edad, desde diversas terminologías, sujeto sobre el cual recae el maltrato, motivo de este trabajo, conceptualizando este término de la siguiente manera.

3.1 CONCEPTO DE MENOR DE EDAD

El Diccionario básico de la lengua española señala que un menor es aquel "Que no ha llegado a la mayor edad legal."¹⁰⁰

Al respecto el artículo 34 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala:

"Art. 34.- Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que teniendo la calidad de Mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

1.- Haber cumplido 18 años, ..."

Por lo que nuestra legislación establece dicha edad, para alcanzar la mayoría de edad, hasta que no suceda ello, las personas se encuentran dentro de la menor de edad y bajo la patria potestad.

¹⁰⁰ Ramón García-Pelayo y Gross, "Diccionario Básico de la Lengua Española", Ediciones Larousse, S.A. de C.V., Vigésimotercera reimpresión, México, D.F., pág. 363.

El Código Civil en su artículo 646, señala:

“La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.”

Y el artículo 647 establece:

“El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.”

Lo que a contrario Sensu, se interpreta que el menor de edad, no puede disponer libremente de su persona y sus bienes pues los mismos estarán sujetos a la Patria potestad que ejerzan sus padres respecto de ellos, o a falta de esto, a la representación y administración de sus bienes y cuidado de su persona que realice el tutor de los mismos, al efecto el artículo 412 del Código Civil establece:

“Art. 412.- Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley”

Para el autor L. Mendizábal Oses, “La palabra menor, proviene de la latina minor, adjetivo comparativo que, referido a ser humano, matiza, para diferenciarlos, una circunstancia que inexorablemente concurre en la persona individual durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciando, de una parte, a la colectividad que aún no alcanzó el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud existencial”¹⁰¹

Es decir, para el autor citado, la minoría de edad es definida, en relación a la mayoría de edad, como diferencia específica de ésta.

¹⁰¹ Luis Mendizábal Oses “Derecho de Menores”, Teoría General. Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, España, 1977, pág. 43.

“Se es así menor en comparación con la persona que ya es mayor y, de este modo, nos hallamos ante un adjetivo comparativo que al ser recogido por el Derecho, determina una situación concreta de la vida humana a la que se denomina minoría de edad.”¹⁰²

El Diccionario Jurídico Mexicano, define al menor de edad de la siguiente manera: “ Del latín *minor natus* referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no necesariamente huérfano, sino digno de protección, pues esta última voz proviene a su vez de *pupus* que significa niño y que se confunde con la amplia aceptación romana del hijo de familia sujeto a patria potestad o tutela.”¹⁰³

Del análisis de la definición que antecede, se desprende, que dicha concepción implica la idea del individuo joven, que por su falta de edad, no ha adquirido madurez necesaria, por lo que debe ser protegido y desde el punto de vista Biológico, Jurídico y Gramatical lo define de la siguiente forma:

“Se llama menor a la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo, no ha alcanzado una madurez plena y desde el punto de vista jurídico, es la persona que por la carencia de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable, hasta cumplir la mayoría de edad, la ley le restringe su capacidad, dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan.”¹⁰⁴

Como se desprende del análisis del concepto transcrito, se encuentran dentro de la menor edad las personas que al no haber alcanzado su madurez plena, por razones naturales y biológicas, la ley restringe su capacidad jurídica, es decir si le reconoce capacidad, pero la limita a la representación y ejercicio a través de su legítimo representante, que es quien ejerce sobre dicho menor la patria potestad.

¹⁰² Luis Mendizabal Oses, ob. cit., pág. 43.

¹⁰³ Diccionario Jurídico Mexicanos., Inst. de Inv. Jur. UNAM, “Editorial Porrúa”, S.A., México, D.F., 1919, 4ª. Edición, pág. 2111.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pág. 2111 y 2112.

Al efecto el Código Civil para el Distrito Federal, en el libro relativo de Las Personas, Título Primero, de las personas físicas establece lo siguiente:

“Art. 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección y de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”

“Art. 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”

“Art. 24.- El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.”

De lo antes descrito se desprende que del solo hecho del nacimiento, las personas adquieren la capacidad jurídica, y esta solamente se pierde por la muerte, más sin embargo el derecho protege la vida humana desde el momento de la concepción, pero solo con el nacimiento viable se adquiere la capacidad legal, la cual estará restringida durante los primeros años de vida del individuo, hasta en tanto alcance la edad de 18 años, señalada por la ley para alcanzar su plena capacidad de ejercicio, pues mientras esto último no sucede, el menor de edad tendrá una incapacidad natural y establecida por la ley, sustentada en base a la incapacidad biológica que el mismo tiene por motivo de su natural desarrollo humano, motivo por el cual, y a efecto de salvaguardar sus intereses y proteger su persona, se encontrará bajo el cuidado, protección y representación de sus padres o a falta de éstos de quien recaiga el ejercicio de la patria potestad, respecto de los mismos, es decir, si tienen capacidad como personas los menores edad, pero con restricción; podríamos hablar de una capacidad relativa, misma que se ejerce a través de la persona que específicamente la ley señala para su representación, por lo que su facultad del menor de edad, para disponer libremente de su persona y sus bienes se encuentra limitada, y sujeta a la figura de la Patria potestad.

“El hombre, desde su nacimiento, tiene potencialmente capacidad jurídica, pero en los primeros estadios de su existencia, cuando ya desprendido del seno materno goza de vida propia en la infancia, subsiguientes adolescencia y primera juventud, carece de capacidad para obrar con plena trascendencia jurídica y es inimputable por los actos que pudiera ejecutar por no poseer aún conciencia, libertad, inteligencia y voluntad consciente”¹⁰⁵

Su capacidad no es absoluta, sino relativa por la restricción legal que el mismo tiene “pues, no existe en principio incapacidad absoluta para el menor”.¹⁰⁶

Por lo que cabe hacer la distinción entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio; en tanto que la primera se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte; la capacidad de ejercicio, se adquiere a la edad de dieciocho años. Así pues, mayoría de edad y plena capacidad de ejercicio son conceptos que se identifican.”¹⁰⁷

Podemos decir que los menores de edad, son incapacitados legalmente, pero no en una forma absoluta, pues “La capacidad se ha definido como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y para ejercerlos por sí mismos. En términos generales, son capaces todas las personas físicas a partir del nacimiento. Sólo en relación a ciertas personas y a ciertas situaciones se limita...”¹⁰⁸

“El menor que no tenga otra clase de incapacidad, realiza sin estar sometido a las reglas de la representación del tutor, algunos actos personales que por su propia naturaleza no permiten la representación. Nuestra ley

¹⁰⁵ Luis Mendizabal Oses, ob.cit., pág. 42.

¹⁰⁶ Federico Puig Peña, “Tratado de Derecho Civil Español”. Tomo II, Paternidad y filiación, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 97.

¹⁰⁷ Ignacio Galindo Garfias, “Derecho Civil”, Undécima Edición, Parte General, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México 1991, pág. 401.

¹⁰⁸ Manuel F. Chávez Ascencio, “La familia en el Derecho”, “Relaciones Jurídica Paterno Filiales”, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., 2ª. Edición actualizada, México 1992, págs. 339 y 340.

requiere el consentimiento del tutor para la celebración de estos actos, pero debemos tomar en cuenta, que el acto jurídico lo celebra el menor, y más que consentimiento debería hablarse de autorización por parte del tutor,... basta el consentimiento expresado por el menor”¹⁰⁹

Dentro de los actos personales que realiza por si mismo el menor, previa autorización de su tutor, encontramos entre otros los siguientes:

- 1.- La capacidad para contraer matrimonio, cuando la mujer ha cumplido 14 años y en el caso del hombre 16 años.
- 2.- El reconocimiento de hijos.
- 3.- En el caso de la adopción se requiere el consentimiento del menor a adoptar, cuando ya haya cumplido 14 años.
- 4.- En materia testamentaria, existe la posibilidad de otorgar testamento, cuando se han cumplido 16 años.
- 5.- En relación a los bienes que adquiere por su trabajo, tiene la propiedad y el usufructo, y la administración de los mismos.
- 6.- Los mayores de 16 años pueden prestar libremente sus servicios, con las limitaciones que establece la ley, en el caso de los mayores de 14 años necesitan expresamente la autorización de sus padres.
- 7.- Pueden ser peritos en su materia, y no podrá alegarse la nulidad por ello en los actos jurídicos y obligaciones contraídas respecto a materias propias de su profesión o arte en la cual sean peritos.
- 8.- Tienen la decisión y elección de su carrera, profesión, oficio o arte, a la que quieran estudiar y dedicarse.
- 9.- Pueden obtener provisionalmente, antes de cumplir su mayoría de edad, el permiso para conducir automóviles, expedido por las autoridades administrativas correspondientes.

¹⁰⁹ Manuel Chávez Ascencio. ob. cit., pág. 340.

10.- El menor que hubiere cumplido 16 años, en caso de requerir de tutor, podrá hacer la elección del tutor legítimo dentro de los parientes señalados por la ley.

Solamente el menor adquiere la plena capacidad de ejercicio, a partir de que cumple los 18 años de edad; antes de llegar a esta edad, el menor ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones, por medio de su representante legítimo, ya sea aquella persona que ejerce la patria potestad respecto de él o por su tutor.

“A pesar de que el menor de edad no tiene la capacidad de ejercicio, hay ciertos actos que puede realizar por sí mismo, antes de llegar a la mayoría de edad, ...”¹¹⁰, tal como lo observamos con los ejemplos señalados anteriormente.

Pues la mayoría de edad se alcanza hasta los 18 años cumplidos, como lo establecen los artículos 646 y 647 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Art. 646.- La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.”

“Art. 647.- El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes”

“Se puede entender que el menor de edad no es una persona total y absolutamente incapacitada, sino una persona con un ámbito de capacidad especial. La capacidad de obrar del menor es indudablemente una capacidad limitada, para la limitación debe comprenderse en función de su propia ratio. La capacidad de obrar del menor no se limita por creer que el menor es un ser que no ha alcanzado el pleno uso de la razón o la facultad de querer, sino que obedece a una especial protección que el ordenamiento jurídico le dispensa.”¹¹¹

¹¹⁰ Ignacio Galindo Garfias, ob. cit., pág. 395.

¹¹¹ “Nueva Enciclopedia Jurídica”, Tomo XVI, Edit. Francisco Seix, S.A.: Barcelona 1990. pág. 273 y 274.

En virtud de su corta edad, existe una normatividad especial para el mismo.

“No se debe entender, por tanto, que la menor edad determina una incapacidad total y absoluta. Es un estado civil de la persona, que, por razón de la protección especial que se le dispensa, determina una situación de dependencia jurídica del menor respecto de otra persona y una capacidad de obrar limitada y restringida. Toda vez que no se trata de una incapacidad de obrar total y absoluta, sino de una capacidad limitada.”¹¹²

Para la autora Martha N. Stilerman “El concepto de menor de edad aparece determinado por la naturaleza humana, y, en consecuencia, la única diferencia que a ese respecto podemos encontrar entre las diversas legislaciones es la que pone el límite superior a esa etapa de la vida, que, ineludiblemente, comienza con el nacimiento.”¹¹³

En efecto la minoría de edad, básicamente se determina por el desarrollo del crecimiento humano, en las primeras etapas de la vida, pero legalmente se establece una edad límite, misma que no es uniforme en los diversos ordenamientos jurídicos, aunque con frecuencia podemos encontrar que esta edad, se alcanza y señala a los 18 años, pero en efecto va a depender del desarrollo humano, que de raza a raza y de cultura a cultura, puede variar.

Dentro del desarrollo humano, que comprende la minoría de edad, podemos dividirla básicamente en dos etapas:

La niñez y
La adolescencia

Definiéndolas de la siguiente manera a cada una: Entendiendo por niño “La persona humana desde su nacimiento hasta la iniciación de la edad

¹¹² “Nueva Enciclopedia Jurídica”, ob. cit., pág. 274.

¹¹³ Martha N. Stilerman, “Menores”, 2ª Ed., Edit. Universidad Buenos Aires. 1992, pág. 27.

púber.”¹¹⁴

La niñez es “El período de la vida humana que se extiende desde el nacimiento hasta la adolescencia.”¹¹⁵

Para el estudio de nuestro tema es importante señalar, que es una etapa de la infancia, en la que los individuos reciben el mayor grado de enseñanza y educación, pues el mismo tiene que aprender desde hablar, controlar esfínteres, a manifestar el mundo que lo rodea, etcétera, y que es cuando el ser humano tiene mayor capacidad de aprendizaje.

Desde que el niño va adquiriendo uso de razón los padres lo instruyen acerca de los modos correctos de actuar, dado que la familia es la responsable ante el grupo social, de su comportamiento.

La adolescencia es la edad que sucede a la niñez y que transcurre desde que aparecen los primeros indicios de la pubertad hasta la edad adulta; es el “período de transición entre la infancia y la edad adulta”.¹¹⁶

“La concepción clásica de la minoría de edad está siendo superada por los postulados de la nueva ciencia jurídica de menores, en cuanto que propugna la instauración de una concepción radicalmente diferente, al concebir a la persona humana en las primeras fases del desarrollo, como un ser racional y potencialmente libre. Esta concepción se fundamenta en el sentido de la razón práctica, en el de la forja, de la autodeterminación hacia lo justo y no en la limitación del arbitrio individual.”¹¹⁷

¹¹⁴ Francisco González de la Vega, “Derecho Penal”, Edit. Porrúa, México 1964, pág. 140.

¹¹⁵ “Diccionario de la Lengua Española”, Edit. Espasa Calpe, Madrid, España, 1970, pág. 30.

¹¹⁶ Ramón García-Pelayo y Gross, “Diccionario básico de la lengua española”, Edit. Larousse, Vigésimo tercera reimpresión, Marsella 53, México, D.F., pág. 11.

¹¹⁷ Luis Mendizabal Oses, ob. cit., pág. 44.

Menor y mayor de edad, es la principal distinción que en el orden jurídico se establece con relación a la edad, siendo esta variable según la esfera de relaciones jurídicas en que nos coloquemos, bien se trate en el campo civil, penal, mercantil, político, etc.

Es importante señalar en este tema la existencia de la figura de la emancipación por medio de la cual, el menor de edad, sale de la patria potestad, para asumir y ejercer su capacidad de ejercicio, tal como si se tratara de un mayor de edad.

La emancipación es “una institución civil que permite sustraer de la patria potestad y de la tutela al menor, otorgándole una capacidad que le faculta para la libre administración de sus bienes, con determinadas reservas, expresamente señalada en la ley.”¹¹⁸

Al respecto el artículo 641, del Código Civil, establece que el matrimonio del menor de dieciocho años produce como efecto la emancipación, y aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado menor, no recaerá en la patria potestad.

Asimismo el artículo 643, del Código Civil, señala que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesitará durante su menor edad, de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; y de un tutor para negocios judiciales.

Por medio de esta figura se inicia el menor en el ejercicio de una capacidad tal, y semejante a la del mayor de edad, aunque esta capacidad es limitada, como se desprende de lo señalado en el artículo 643 del Código Civil, antes transcrito.

¹¹⁸ Rafael de Pina, “Elementos de Derecho Civil Mexicano”, Vol. I, 17 Edición, Edit. Porrúa, S.A., México 1992, pág. 399.

Durante la minoría de edad, por lo general el menor desconoce cuáles son sus intereses, y es posible además que su propio representante legal, sus padres, en muchos casos no los hagan valer, por desconocimiento o apatía, y en otro tanto de casos, es propiamente quien debiendo hacer valer los derechos del menor, sea precisamente quien violente, lesione y en general maltrate al mismo, es decir sea la primera persona, quien ignore y viole sus derechos, por lo que nuestro estudio, se enfoca al análisis de este problema que a lo largo de la historia se ha dado, y que de diversas formas subsiste en nuestros días presentando en nuestra actualidad, una problemática con gran repercusión y deterioro social; nuestro derecho tiene que dictar la normatividad necesaria para minimizar hasta desaparecer este problema, y en su caso, dictar las medidas necesarias para que los menores, quienes lo sufren, puedan recuperarse al grado de evitar los trastornos y consecuencias de tal problema.

Procedemos a pasar al estudio del concepto, significado y alcance del maltrato inferido al individuo durante su minoría de edad, por quien ejerce sobre el mismo la Patria Potestad.

3.2. CONCEPTO DE MALTRATO

Entrando en la materia del estudio del presente trabajo, procedo ahora, a analizar el maltrato infligido a los menores, precisamente por aquellos adultos, de los que se espera la protección y cumplimiento de los deberes que les impone la figura de la patria potestad, es decir por sus propios padres, de los menores, quienes en el ejercicio de la patria potestad, realizan una conducta contraria a la misión encomendada por esta figura del derecho civil; y cometen contra sus menores hijos, todo tipo de maltratos, contraviniendo, la misión encomendada en el ejercicio de la patria potestad.

Al citar la definición de lo que es el maltrato de menores, encontramos que es “Toda la acción u omisión que dañe o ponga en peligro la vida, la salud, la integridad física, moral, psíquica o intelectual de una persona menor

de dieciocho años de edad.”¹¹⁹

Así mismo maltratar implica “Tratar duramente, con violencia.”¹²⁰

Por lo que el maltrato a los menores puede consistir, tanto en acciones, que en forma deliberada infieran tratos violentos, en contra de los menores, como omisiones, que al abstenerse de cumplir el adulto con los deberes relativos a la protección, cuidado, del menor a su cargo en la patria potestad, le causa daños, tanto físicos, como psicológicos, que bien pueden desde alterar su salud, hasta poner en peligro la vida e integridad del menor tanto física, como moral y psicológica del menor de dieciocho años de edad.

Estos actos u omisiones, se realizan como resultado de una voluntad consciente, determinada, para causar el maltrato al menor.

De estos actos u omisiones realizados por los padres del menor en cuestión, se pueden dar lesiones físicas o mentales, o cualquier otro daño corporal a la persona del menor, hasta poder causar en determinados casos la muerte.

Los malos tratos no sólo pueden provenir de los padres de los menores, sino también de los hermanos de éstos, y por cualquier otra persona cercana al menor, pudiendo tratarse de cualquier ascendiente, tutor, maestro, vecino, es decir, cualquier persona vinculada o relacionada con los menores, pero, la materia de elaboración del presente trabajo, nos ocuparemos exclusivamente de aquellos adultos, ascendientes en quienes al recaer el ejercicio de la patria potestad, que infieran a los menores a su cargo los malos tratos, a que nos hemos referido.

¹¹⁹ “Diccionario Jurídico Mexicano”, 4ª: edición, Inst. de Inv. Jur. UNAM, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 1991, pág. 2067.

¹²⁰ Ramón García - Pelayo y Gross, ob. cit., pág. 348.

Refiriéndose a la materia “Un concepto como el de maltrato presenta un conjunto de significados extremadamente amplios, que aluden a un complejo espectro de comportamientos sobre los cuales se pueden producir zonas muy amplias de superposiciones y coincidencias. Ellos son:

- a) La agresión física;
- b) la perturbación y violencia sexual;
- c) la negligencia en lo que respecta a la alimentación, la salud y la protección;
- d) la violencia psicológica;
- e) el abandono físico;
- f) el abandono emocional.”¹²¹

Para el citado autor constituyen maltratos a los menores, tanto acciones agresivas, físicas, sexuales, psicológicas, como el abandono o negligencia para cumplir con las obligaciones alimentarias, de protección a la salud, como el abandono física y emocional que se cometa en contra de los menores, es decir, que no solamente las acciones violentas intencionales, que se realizan en contra de los menores al causarles lesiones, sino la alteración y daño que se hace, por el abandono de los deberes encomendados, en nuestro caso a los padres.

Al respecto el artículo 164 del Código Civil, para el Distrito Federal, señala que los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y educación de sus hijos, así como a la educación de estos, en los términos que la ley establece sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades, a lo que no está obligado, el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso, el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

El precepto legal citado, establece la obligación de los padres para con sus hijos, de contribuir económicamente para el sostenimiento del hogar, a su alimentación y educación.

¹²¹ Cecilia P. Grossman. Silvia Mesterman, “Maltrato al Menor”, Edit. Universidad, Buenos Aires, 1992, pág.27

De igual manera el artículo 303 del citado Código Civil, establece:

“Art. 303.- Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieran más próximos en grado.”

El artículo 308 reformado del Código Civil, establece qué comprende el pago de alimentos.

“Art. 308.- Los alimentos comprenden:

- I.- La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;
- II.- Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;
- III... y IV...” .

De tal forma que el abstenerse de proporcionar al menor comida, vestido, habitación, atención médica, son una forma de maltrato por omisión, toda vez que pone en riesgo su salud, desarrollo y en su caso, la vida.

En la expresión relativa al maltrato, en que se cometen acciones u omisiones, el autor Osorio y Nieto expone: “Con esto queremos decir que el niño es el destinatario de determinadas conductas que consisten en actos o abstenciones que podemos englobar precisamente en el término conducta: aludimos a la acciones u omisiones en atención que, en el maltrato, el daño puede producirse no sólo mediante la actividad corporal, como podría ser el caso de golpes, sino también pueden acontecer daños de lesiones o muerte mediante abstenciones u omisiones.”¹²²

¹²² César Augusto Osorio y Nieto, “El niño maltratado”, Edit. Trillas, 5^o. Reimpresión. México, D. F., 1993, pág. 13.

Así mismo continúa respecto a la omisión, en el cumplimiento de deberes para con los menores, “tal hipótesis se daría si se dejara de proporcionar alimentos u otras atenciones al niño y, como consecuencia, se presentarán lesiones o muerte.”¹²³

De la intencionalidad del agresor de los maltratos a menores expone: “Tales actos u omisiones se realizan como resultado de la voluntad consciente, clara, definida, determinada y enfocada hacia la realización del hecho de maltratar al niño, por lo cual, es una conducta dolosa.

Consideramos que los malos tratos a los niños requieren esta intención, este dolo, porque se estima que la actitud mental del agresor es siempre de intencionalidad; pensamos que una conducta imprudente, culposa, no intencional, no integraría los malos tratos a los niños.”¹²⁴

Para los autores Kempe Ruth S. y Kempe C. Henry, “El maltrato a los menores contiene cuatro categorías que así mismo clasifican en violencia física, abandono físico y emocional, maltrato emocional y explotación sexual.

La primera de ellas, violencia física, consiste en las lesiones infligidas o lesión, consistente en hematomas, quemaduras, lesiones en cabeza, fracturas, daños abdominales o envenenamiento.

El abandono o negligencia la identifican con la omisión del progenitor de guardar o actuar debidamente para salvaguardar la salud, seguridad y bienestar de los menores.

Al referirse al maltrato emocional expone textualmente: “está constituido por formas más sutiles (que son muy corrientes) en las que los

¹²³ César Augusto Osorio y Nieto, op. cit., pág. 13.

¹²⁴ *Ibidem*.

niños están permanentemente aterrorizados, regañados o rechazados.”¹²⁵

En relación al abuso sexual, como forma de maltrato dice el citado autor: “Los abusos sexuales se definen como la implicación de niños y adolescentes, dependientes e inmaduros en cuanto a su desarrollo, en actividades sexuales que no comprenden plenamente y para los cuales son incapaces de dar consentimiento informado y que, asimismo, violan los tabúes sociales o los papeles familiares”¹²⁶

Para Grosman y Mesterman el abuso sexual lo definen: “como aquélla situación en que un adulto utiliza su interrelación con un menor (en relación de sometimiento) para obtener satisfacción sexual, en condiciones tales en que los niños son sujetos pasivos de tales actos y pierden la propiedad sobre sus propios cuerpos.”¹²⁷

El maltrato a los niños lo definen: “todo niño/a que en el transcurso de la interacción con sus padres o sustitutos resulte objeto de lesiones físicas no accidentales, derivados de acciones (u omisiones) por parte de los mismos.”¹²⁸

Para Hilda Marchiori el maltrato, se refiere “a los comportamientos violentos de adultos, generalmente los padres, dirigidos hacia niños. La violencia significa abuso físico, golpes, maltrato sistemático, maltrato psicológico, que comprenden una acentuada desatención y desprotección hacia los menores.”¹²⁹

¹²⁵ Ruth Kempe S. y Henry Kempe C., “Niños Maltratados”, Edit. Morata, S.A., Madrid, 1979, pág. 27.

¹²⁶ *Íbidem*, pág. 28.

¹²⁷ Cecilia P. Grossman, Silvia Mesterman, *ob. cit.*, pág. 29.

¹²⁸ *Íbidem*, pág. 28.

¹²⁹ Hilda Marchiori, “Criminología”, *La víctima del Delito*, Edit. Porrúa S.A., México, 1998, pág. 121.

Así mismo expresa la citada autora, que el maltrato a los menores implica diversas circunstancias de modos de crueldad, y representa claramente la patología mental del autor, su insensibilidad y perturbación, toda vez, que dicha agresión está dirigida a una víctima absoluta inocente de la agresión tal como lo es un niño.

“El maltrato es una conducta intencional dolosa, sistemática, dirigida siempre a la misma víctima, en este caso el hijo o hija del autor o autora. Las características de la conducta, la indefensión de la víctima, los instrumentos empleados, señalan de manera notoria el sadismo de estos comportamientos.”¹³⁰

Como consecuencias del maltrato físico, la misma autora señala: “La mayoría de los golpes dejan en el niño marcas, contusiones, cicatrices, traumatismo que señalan las características de la agresión. La presencia de cicatrices y contusiones múltiples que se encuentran en el cuerpo del niño demuestra que el maltrato es habitual, sistemático y sádico.”¹³¹

Así mismo precisa que la zona corporal más golpeada es la cabeza del niño, manos y zona genital, con frecuencia se encuentran quemaduras en los niños maltratados, tanto con cigarros, como con agua caliente, traumatismos oculares, pérdida de dientes, lesiones en sistema nervioso central, fracturas, hemorragias, traumatismos intra-abdominales.

También se observa la privación reiterada de alimentos, agua, así como abandono por gran parte del día con exposición a sufrir accidentes.

Todo esto genera un ambiente de violencia, en el medio familiar en que se encuentra inmerso el menor maltratado, al respecto el Código Civil establece:

“Art. 323 Ter.- Los integrantes de la familia tienen derecho a

¹³⁰ Hilda Marchiori, ob. cit., pág. 122.

¹³¹ *Ibidem*.

desarrollarse en un ambiente de respeto a su seguridad física y psíquica y obligación de evitar conducta que generen violencia familiar.”

“Art. 323 Quáter.- Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra sus integridad física, psíquica o ambos, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato.”

Es de observarse la preocupación del legislador, en aclarar, a diferencia de tiempos anteriores el hecho de que la corrección de menores, no debe implicar maltrato por parte de sus educadores, ni que con el pretexto de corregir educando al menor, se le haga objeto o víctima de maltratos físicos o psicológicos.

Así mismo es de gran importancia el puntualizar en el maltrato moral o psicológico de que puede ser víctima el menor, pues a diferencia de los maltratos que producen lesiones físicas de fácil apreciación visual, las lesiones psicológicas producidas por dichos maltratos, son de difícil observancia y más aun detección . Sin embargo la afectación que causan en los menores, dejan secuelas en la personalidad de los individuos a lo largo de toda su vida y se limitan así mismo sus potenciales.

3.3 REPERCUSION SOCIAL DEL MALTRATO AL MENOR

El maltrato al menor es un problema alarmante, en razón de la trascendencia y repercusión que tiene en nuestra sociedad, toda vez que los efectos que el maltrato causa en los menores, influyen de forma negativa en el grupo social, en el que nos encontramos inmersos, pues es el maltrato es una causa determinante en la personalidad de la víctima, que le causa un deterioro

emocional en detrimento de su auto estima, limitando la capacidad de desarrollo del menor, futuro adulto inmerso en nuestra sociedad, por lo que definitivamente, la sociedad va a ser influida por las conductas buenas o malas de estos menores que una vez conformados como adultos, desarrollarán adecuada o inadecuadamente sus interrelaciones con otros individuos. .

La actividad a desarrollar del futuro adulto, ahora menor golpeado, maltratado, va a influir en el evolutivo desarrollo de la sociedad, por lo que el problema que nos ocupa del maltrato al menor, tiene una fuerte y trascendental repercusión en nuestro grupo social y sus valores.

Razón por la que “La noción de sociedad debe tomar en cuenta que cualquier cosa, o conjunto de cosas que sean las sociedades, no son independientes ni existirían sin las actividades de sus miembros individuales”¹³²

Es decir que la sociedad va a existir por las actividades de los individuos integrantes de la misma y al sufrir tales individuos alteraciones en su comportamiento, el grupo social se va a ver influido por ello “cada individuo encuentra ya hecha una estructura al ingresar a una sociedad. Ahora bien, estas estructuras se reproducen o se transforman a través de las actividades de los miembros de la sociedad. Estas actividades llevan consigo interpretaciones o concepciones de lo que los agentes están haciendo, y en muchos casos se mantienen o se transforman estructuras o instituciones precisamente en virtud de esas concepciones”¹³³

Por lo que el individuo ingresa a una sociedad ya conformada y estructurada, pero de las actividades y papeles que realicen en dicho grupo social, el mismo evoluciona y cambia por lo que “al mismo tiempo la sociedad es resultado de ese trabajo, de las actividades de sus miembros, lo cual puede querer decir reproducción o transformación de estructuras y relaciones que

¹³² Olivé León, “Razón y Sociedad”, Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V., Distribuciones Fontamara, México, D.F., agosto de 1999. pág. 110.

¹³³ Íbidem, pág. 110 y 111.

forman esa sociedad”¹³⁴

De tal suerte, que siendo el maltrato a menores una causa fundamental en la alteración de la conducta en forma negativa del menor y futuro adulto, el mismo en su interrelación con otros individuos del grupo social, tendrá una conducta antisocial, en detrimento del grupo en que se encuentra inmerso.

Por lo que el problema del maltrato al menor, debe ser abordado a efecto de evitarlo, previniendo las consecuencias sociales negativas, que el mismo produce.

Siendo la familia la principal y fundamental formadora del niño, ésta debe adoptar las medidas prudentes y convenientes para su sano desarrollo, haciendo consciencia en quienes ejercen respecto de dicho menores de la misión encomendada con la institución de la patria potestad.

“La familia es el grupo básico de desarrollo y experiencia de realización y fracaso”¹³⁵

Por tanto “la falla del sistema familiar lleva a un fracaso en la esencial función de socialización de los hijos, generando stress que se refleja en el comienzo o exacerbación de una enfermedad, o no pudiendo ser continentales de las ansiedades de origen exógeno de los miembros del grupo. Individuo, familia y sociedad forman un continuo en salud y enfermedad”¹³⁶

Al tener el maltrato un lugar en el contexto de nuestra sociedad, así mismo tiene, una gran repercusión negativa sobre la misma.

¹³⁴ Olivé León, ob. cit., pág. 111.

¹³⁵ Astolfi-Gotelli-Kiss-López Bolado-Maccagno-Poggi, “Toxicomanías”, Edit. Universidad, Buenos Aires, 1989, pág. 53.

¹³⁶ *Íbidem*, pág. 53.

El maltrato de que tantos niños son víctimas, es un síntoma del fracaso de nuestra sociedad actual para entender y solucionar adecuadamente la magnitud de este problema, pues culturalmente los golpes a los menores son justificados para el fin de educarlos.

Mientras la sociedad se mantenga en posición de no prestar apoyo a este problema, y los individuos, y los grupos de nuestra comunidad estén abandonados y aislados, las situaciones de crisis de los menores pasarán inadvertidas, causando sus terribles efectos en el futuro adulto que con su conducta, repercutirá tarde o temprano socialmente.

Asimismo es “evidente que los malos tratos pueden generar múltiples resultados de lesiones físicas o mentales, o ambas simultáneamente y que éstas pueden ser susceptibles de recuperación, o bien irreversibles con secuelas definitivas, ... las lesiones más comunes que se advierten en los niños maltratados y como consecuencia de malos tratos, podemos señalar las siguientes: muestra de inafectividad o agresividad, que pueden entrañar lesiones mentales; retraso del crecimiento denominado “enanismo por carencia afectiva” retraso mental, hemiplejía, epilepsia, una especie de encefalopatía ocasionada por hematoma subdural o por falta de afecto, invalideces motores o sensoriales.”¹³⁷

Por lo que podemos decir, que el maltrato a los menores causante de lesiones físicas, desde leves a graves, que incluso puede causar la muerte, deja además una afección en la psicología del menor, y en otros casos aún cuando no se causen lesiones físicas, el maltrato es meramente psicológico y la alteración de la salud del menor víctima, va dirigida a la psique del menor causándole serias lesiones emocionales, y se infieren por medio de humillaciones, desprecio, críticas destructivas, afectando su auto estima y seguridad.

Este tipo de maltrato hace referencia al trato denigrante que se le dá al niño, y que incluye manifestaciones tales como el rechazo verbal, la burla, el ridículo, las amenazas, las humillaciones, un constante hostigamiento verbal y

¹³⁷ César Augusto Osorio y Nieto, op. cit., págs. 53 y 54..

los regaños frecuentes e injustos, de tal forma que causan en el menor un estado constante de tensión y desequilibrio en sus emociones, propiciándole un trato en el que se rebaja la dignidad del mismo.

La afección psicológica que sufre el menor maltratado, desencadena problemas en su conducta, que pueden ir desde problemas escolares, hasta conductas antisociales.

Pues el menor maltratado, carece de idónea formación psicológica, que le impide desarrollar interés por el estudio, pues el mismo no tiene estímulos a sus esfuerzos y mucho menos reconocimiento y valor a los mismos; el solamente sufre por la indiferencia, la crítica, el desprecio y rechazo constante por aquellos que lo hacen objeto de malos tratos : sus propios padres.

Si el maltrato al menor, se prolonga conforme se incrementa su edad, pueden manifestarse conductas antisociales que pueden ir desde una falta de aprovechamiento escolar, inadaptación, o hasta la comisión de ilícitos, como es el caso de menores infractores..

Entre las principales conductas antisociales puedo señalar las siguientes:

- a) Alcoholismo, farmacodependencia o drogadicción
- b) Prostitución
- c) Niño de la calle
- d) Delincuencia
- e) Suicidio

3.3.1 ALCOHOLISMO, FARMACODEPENDENCIA O DROGADICCION

El menor maltratado, sufre una alteración psicológica tal, que su perturbación mental lo puede conducir al alcoholismo o consumo de drogas, "... adicciones o alcoholismo, debe definirse como una variable nosográfica (síntoma), que se inscribe en el devenir perturbado de un paciente con una afección preexistente

(neurosis, psicopatía, psicosis, disritmia, etc.) que proviene de un medio familiar conflictuado y conflictuante.”¹³⁸

“Consideramos que los malos tratos a los niños provocan un fuerte estado de desasociago, angustia, y sufrimiento tanto en la infancia como en la adolescencia, por lo que la farmacodependencia puede presentarse como una forma de evasión de la realidad, de huida ante las compulsiones familiares y los malestares psíquicos y físicos; la droga puede significar, para el sujeto que fue o es maltratado, un sostén ilusorio en los momentos de inseguridad personal”¹³⁹

La adolescencia implica por sí misma, un etapa evolutiva, en donde la búsqueda de una identidad, con los cuestionamientos naturales del adolescente respecto de su plan de vida, implican un período de cambios un tanto conflictivos, en la que la psicología del menor maltratado, que ha sido desarrollado con inseguridad, y baja auto estima, en un momento de crisis, el adolescente adicto, configura fantasías entorno a la droga con abandono de la realidad, y fuga de su conflicto real sin resolver que dada su falta de formación y debilidad los arrastran a una autodestrucción.

“La droga se transforma en aquello que le brinda reacciones vitales a un interior destruido, vacío, desorganizado. Le permite fundamentalmente resguardarlo de la depresión, evacuar la pena, autorreproches y mitigar el dolor. Los vemos llevarse a su propia destrucción a través de reacciones maníacas que implican realizar activamente lo que el ha venido padeciendo pasiva y silenciosamente”¹⁴⁰

Por lo que el consumo de alcohol y droga, constituye una de las graves formas de autodestrucción del menor afectado.

¹³⁸ Astolfi-Gotelli-Kiss, etc., ob. cit., pág. 60.

¹³⁹ César Augusto Osorio y Nieto, ob. cit., pág. 57.

¹⁴⁰ Astolfi-Gotelli-Kiss, etc., ob. cit., pág. 54.

3.3.2 PROSTITUCIÓN

Una de las causas que originan la prostitución entre muchas otras, es causada por la falta del debido cariño que no se obtuvo en la infancia, el hecho de que en la familia en la que se desarrolla la menor, sea de tal manera rígida que produzca en ellas una reacción contraria a la esperada. Muchas mujeres abandonan su hogar a consecuencia del ambiente perturbado e inseguro que predominaba en el mismo, aprovechando la ocasión para huir del hogar y, a falta de la preparación laboral para subsistir, optan por el comercio carnal.

El profesor Ricardo Franco Guzmán, señala en su obra, como una de las causas de la prostitución, el que la meretriz no haya recibido en la infancia el debido cariño y también “el hecho de que la familia en la que se desarrolla la mujer, sea de tal manera rígida que produzca en ella una reacción contraria a lo que se pretende obtener.”¹⁴¹

Esto no quiere decir, que sea la única causa de la prostitución, pero sí, una de las probables causas de este grave problema.

3.3.3 NIÑO DE LA CALLE

Los malos tratos de que son víctimas los menores, tanto física como psicológicamente, van afectando su auto estima, con el pretexto de corregirlos, se le dirigen malas palabras, de tal forma que en la etapa de formación del individuo, que es la minoría de edad, se rodea de insultos, de menosprecios, se pueden oír palabras que se le dirigen como : eres un inútil, estorbo, quítate, son expresiones que por simples que parezcan, en las emociones del niño trae fuertes repercusiones tanto en su carácter, como en su personalidad en general.

¹⁴¹ Ricardo Franco Guzmán, “La Prostitución”, Editorial Diana, México, D.F., 1973, pág. 53.

El niño va creciendo con la indiferencia de sus padres, descuidos, e insultos, con la convicción de ser un estorbo, procede un día a buscar en la calle el refugio e identidad con otros niños, el hogar que no tiene, conviviendo poco a poco con niños que definitivamente viven en la calle, hasta que pasan más tiempo en la calle que en su casa, y un día, definitivamente no vuelve a su casa, o lo hacen muy distantemente; incluso obtendrá algo de dinero, en la calle, por lo que buscará una forma de sobrevivir .

“Descubrirá un cierto tipo de “familia” de la calle, que a veces le parecerá al menor por un tiempo, mejor que la otra. Un día el niño decidirá guardarse el dinero que gana y no regresar a su casa. El niño en la calle se ha convertido en un niño de la calle.”¹⁴²

De tal forma que el niño “ha perdido todo vínculo comunitario o familiar y la calle ha pasado a ser su único entorno. No solamente juega, vagabundea o trabaja en la calle, sino que come, duerme y aprovecha todos los “placeres” que el mundo de la calle puede ofrecerle.”¹⁴³

Este problema trata, de unos niños que se encuentran en una situación difícil, pero que el ambiente hostil de su hogar puede ser de tal magnitud, que en la calle encuentran una forma de sobrevivir. A estudios que cuestionan a los niños se reporta: “todos los niños pequeños hablan de los malos tratos de que fueron víctimas, explican su presencia en la calle por el comportamiento materno, o por el del padrastro, ... La explicación es siempre del tipo: “Mi madre me pega”. “no puedo regresar a casa porque tengo miedo de que me peguen”¹⁴⁴

Por tanto la crueldad que sufre el menor en el interior de su casa, la suple por la difícil vida, sobreviviendo en la calle.

¹⁴² “En la calle con los niños”, publicado por la Organización de las Naciones Unidas, para la Educación, la Ciencia y la Cultura”. Edit. Unisca, 1995, pág. 108.

¹⁴³ Ibidem, pág. 108.

¹⁴⁴ Riccardo Lucchini, “Niño de la Calle”, Identidad, Sociabilidad y Droga, Edit. Amalia Romero, Barcelona, 1996, pág. 173.

Puedo concluir diciendo, que el alejamiento del niño de su hogar, para vivir en la calle es progresivo, que al prevalecer en el mismo necesidades, que a razón de la violencia de que es objeto en su casa no se satisfacen, por lo que estos malos tratos pueden ser una de las muchas causas que motivaron a los niños de la calle, a decidir vivir en las mismas.

3.3.4 DELINCUENCIA

La delincuencia tiene orígenes muy profundos, en la personalidad y así mismo en la formación del individuo, entre las principales encontramos sus vivencias familiares de los primeros años de su vida, su relación con sus padres, el rechazo de los mismos, así como el trato inadecuado de que pudiera haber sido objeto.

Los malos tratos durante la infancia, crean en el menor un sentimiento de desasosiego, venganza, revanchismo, resentimiento social, odio, así como una total desadaptación a la sociedad, con la incapacidad de sujetarse a las normas establecidas por la misma.

Es de observarse que la edad del delincuente, es cada vez más precoz, la edad en que el individuo se inicia en el delito, tiene una tendencia de disminuir, de manera que cada vez los delincuentes son más jóvenes.

“Las conductas criminales realizadas por menores de edad, son cada vez mayores en número, en calidad y en diversidad. En los países latinoamericanos, cuya tasa de crecimiento es superior al 3% anual, la disminución de las edades trae consigo un aumento de menores de edad, y lógicamente de la delincuencia de menores.”¹⁴⁵

¹⁴⁵ Luis Rodríguez Manzanera, “Criminología”, Edit. Porrúa, S.A. de C.V., 11ª. Edición. México, D.F.: 1997. pág. 504.

De tal forma que los delitos que anteriormente eran solo cometidos por adultos, ahora son realizados por menores; encontrando ahora, asociación de los mismos en forma delictuosa y con instrumentos, desde cadenas, manoplas, pasando por arma blanca hasta arma de fuego.

Por lo que es urgente, detectar el factor que origina este incremento en los jóvenes delincuentes, para su solución y prevención, y si bien es cierto, que dichos factores son múltiples y diversos, no podemos negar la influencia que en el menor puede tener, al carecer de una adecuada formación, dado el incumplimiento de los deberes por parte de sus padres en las misiones encomendadas socialmente en el ejercicio de la patria potestad; por lo cual la violencia por medio del maltrato de menores, que de una u otra forma, influye en su decisión para delinquir.

“Los malos tratos durante la infancia generan y desarrollan con frecuencia sentimiento de odio, venganza, revancha y muchas veces producen sujetos incapaces de integrarse positivamente a la sociedad. Estos sentimientos y estas personalidades antisociales, suelen proyectarse a través de la comisión de delitos en cualquiera de sus tipificaciones legales.”¹⁴⁶

En definitiva, los malos tratos al menor, pueden ser considerados como un factor influyente en la formación y producción de la delincuencia.

3.3.5 SUICIDIO

Una de las condicionantes del suicida, debido a la alteración que sufre en sus emociones, por la alteración psicológicas que al mismo le aqueja, es constituida por los sentimientos de rechazo, frustración que se torna agresivo hacia el mismo, que al no poderlas expresar por sus propias características, llega al grado de dirigirla contra el mismo, se culpa, se deprime y eventualmente realiza un acto suicida.

¹⁴⁶ César Augusto Osorio y Nicto, ob. cit., pág. 59.

En torno a un suicidio, el individuo, experimenta sentimiento de temor, culpa, desvaloración, dolencia, apatía, retraimiento, estado melancólico, llanto, angustia, experimenta una problemática familiar.

“Es natural que el niño desarrolle temor en un medio ambiente perjudicial, los padres lo hacen sentir culpable, indigno, carente de valor, etc., todo lo cual, como ya hemos dicho, puede conducir al suicidio.”¹⁴⁷

Toda vez que el maltrato a los menores repercute, psicológicamente en el mismo, al carecer de autoestima y fortaleza, fácilmente los problemas lo perturban y al entrar en crisis resuelve suicidarse.

Es importante por ello señalar la necesidad de rehabilitar al menor maltratado, a efecto de lograr la salud mental del mismo, para evitar que el arrastre psicológicamente todo el daño de que ha sido víctima.

Debemos aceptar que el maltrato que sufren los menores, por parte de quienes ejercen la patria potestad, es un fenómeno significativo e inquietante, no solo por el abuso y sufrimiento de que son víctimas los menores, sino por los efectos físicos y psicológicos, así como las secuelas que en los mismos producen, alterando su conducta, de tal forma que repercutirá tarde o temprano negativamente en nuestra sociedad.

Se debe hacer conciencia de este problema, a efecto de dictar las medidas legales pertinentes, para su detección y solución, “... las personas son construcciones sociales, y la manera en la que una sociedad constituye a las personas, así como la clase o clases de personas que son constituidas en esa sociedad, son cruciales para la identidad colectiva de la sociedad.”¹⁴⁸

¹⁴⁷ César Augusto Osorio y Nieto, ob. cit., pág. 60.

¹⁴⁸ Olive León, ob. cit., pág. 127.

Por lo que existe una repercusión en la sociedad, respecto del tipo de individuos que se constituyen en la misma, pues es el individuo quien le da forma a la sociedad; en la que se encuentra inmerso, pero así mismo existe una influencia definitiva de la sociedad, respecto de la formación adecuada o inadecuada que se transmite a cada individuo, por lo que debe de hacerse consciencia del problema social que representa, dañar la mentalidad de los menores y futuros adultos integrantes del grupo social, a efecto de evitar los perjuicios relativos a una posible conducta negativa muy distante de la esperada por el grupo social.

La seguridad, bienestar, y adecuado desarrollo de los menores, es evidentemente de interés social, y por lo mismo, todos los integrantes del grupo social, somos responsables de la mismas.

La sociedad no puede permanecer indiferente ante la problemática del menor maltratado, abandonado, descuidado, explotado, etc. por lo que la misma debe participar activamente a la formación y vigilancia del cumplimiento de la responsabilidad de quienes ejercen la patria potestad, para poder detectar las irregularidades que se puedan cometer en perjuicio de los menores y denunciar a aquellos padres o a quienes en suplencia de éstos, ejerzan la patria potestad y en ejercicio de tales funciones atente contra la integridad física o moral de un menor, ya sea por conductas activas u omisivas. Ya que toda conducta antisocial, al final de cuentas repercute negativamente en la sociedad.

3.4 EFECTOS JURIDICOS DEL MALTRATO AL MENOR

Procedemos a analizar los efectos jurídicos como consecuencia del maltrato a los menores, por parte de quienes ejercen la Patria Potestad, los cuales analizaremos básicamente en dos vertientes:

- 1.- Los referentes en materia penal; como comisión de delitos por parte de aquellas personas que en ejercicio de la patria potestad, realizan maltrato a los menores, por conductas contra ellos,

en forma activa u omisiva, y que dicha conducta se adecua al tipo legal contemplado en cualquiera de los artículos comprendidos en el Código Penal para el Distrito Federal.

- II.- Los relativos al orden civil, establecidos por nuestro Código Civil para el Distrito Federal, por medio del cual se dictan medidas protectoras de los menores de edad.

3.4.1 EN MATERIA PENAL

En relación al objeto de nuestro estudio, el maltrato a menores, el Código Penal para el Distrito Federal, establece en su articulado, diversas penalidades, tendientes a salvaguardar el bien jurídico de la vida, salud física y mental, integridad, educación, libertad y desarrollo de los menores de edad.

Procedemos a hacer una breve reflexión de aquellas conductas realizadas por quienes en ejercicio de la patria potestad, adecuan su conducta contraria a derecho, al tipo legal establecido en sus diversos artículos del citado Código, en perjuicio de aquellos menores a quienes tienen bajo su cuidado y dirección.

Al respecto, en el artículo 201 se establece una penalidad de 5 a 10 años de prisión y de 500 a 2000 días de multa, a quien cometa el delito de corrupción de menores.

Custodiando así, la salud mental de los menores en formación.

En relación a delitos sexuales, el artículo 261 establece:

“Art. 261.- Al que sin el propósito de llegar a la cópula ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier

causa no pueda resistirlo, o la obligue a observar o ejecutar dicho acto, se le impondrán de dos a cinco años de prisión.

Si se hiciera uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.”

Y el artículo 266 establece:

“Art. 266.- Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

- I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;
- II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; y
- III. Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.”

Así mismo el artículo 266 bis, en sus fracciones I, II y IV, señala:

“Art. 266-bis.- Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo cuando:

El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas.

El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste

contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

... ,

El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.”

A efecto de proteger la vida, la integridad física y la salud, el Código Penal, define al delito de lesiones como:

“Art. 288.- Bajo el nombre de lesión, se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.”

Así mismo establece los tipos de lesiones desde levísimas, hasta aquellas que ponen en peligro la vida, así como aquellas que dejan cicatriz perpetuamente notable en la cara, de acuerdo a los siguientes artículos:

“Art. 289.- Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres a ocho meses de prisión, o de treinta a cincuenta días multa, o ambas sanciones a juicio del Juez. Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrá de cuatro meses a dos años de prisión y de sesenta a doscientos setenta días multa.

En estos casos, el delito se perseguirá por querrela, salvo en el que contempla el artículo 295, en cuyo caso se perseguirá de oficio.”

“Art. 290.- Se impondrá de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos, al que infiere una lesión que deje al ofendido

cicatriz en la cara, perpetuamente notable.”

“Art. 291. Se impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos pesos, al que infiere una lesión que perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales.”

“Art. 292. Se impondrá de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna, de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre, cualquier función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.

Se impondrá de seis a diez años de prisión, al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales.”

“Artículo 293.- Al que infiera lesiones que pongan en peligro al vida, se le impondrá de tres a seis de años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan conforme a los artículos anteriores.”

En el artículo 295 del citado Código, especifica:

“Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el Juez podrá imponerle, además de las penas correspondientes a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos.”

Y el artículo 300, contiene una modalidad para agravar el delito de lesiones hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo, si la víctima fuere un familiar de los comprendidos en los artículo 343 bis y 343-ter.

Nuestro sistema legal, protege y tutela la vida humana, a efecto de proteger al menor desde la concepción del mismo.

A efecto de proteger al menor de no ser abandonado, establece en su artículo 335 el delito de abandono de menor:

“Art. 335.-Al que abandone a un niño o adulto incapaz de cuidarse a si mismo, a un adulto mayor o a una persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, sino resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.”

Así mismo en el artículo 336, establece:

“Art. 336.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijas, hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando posteriormente cuenten con el apoyo de familiares o terceros, se le aplicará de un mes a cinco años de prisión o de 180 a 360 días multa; privación de los derecho de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado.

Se equipara al abandono de personas y se aplicará la misma sanción al que, aún viviendo en el mismo domicilio y sin motivo justificado, no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia de sus hijas, hijos, su cónyuge o concubina. Para los efectos del presente artículo, se tendrá por consumado el abandono aún cuando los hijos sean dejados al cuidado de un familiar sin limitación de grado, o de una casa de asistencia.

La misma pena se aplicará a aquél que teniendo la obligación de dar

alimentos, no los proporcione sin causa justificada.”

Y al que dolosamente se coloque en un estado de insolvencia, a efecto de eludir sus obligaciones alimentarias, el artículo 336 bis, señala que se impondrá una pena de prisión de 1 a 4 años de prisión.

Respecto a la violencia familiar y a efecto de evitar los perjuicios inherentes y daños que puedan causar a los hijos, la define y tipifica en el artículo 343 bis, que a continuación cito:

“Artículo 343 bis.- Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones.

Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendiente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que haga uso de la fuerza física o moral, o que incurra en la omisión grave.

La educación o formación del menor no será en ningún caso, considerada justificación para forma alguna de maltrato.

A quien comete el delito de violencia familiar se le impondrá de seis a meses a cuatro años de prisión, prohibición de ir a lugar determinado, en su caso caución de no ofender y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo se le sujetará a tratamiento psicológico especializado, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte. En caso de reincidencia, la pena de prisión se aumentará hasta en una mitad.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz.”

En el artículo 366-quáter, tipifica las conductas ilícitas de retención de menores de la siguiente forma:

“Art. 366-quáter. Cuando el ascendiente sin limitación de grado o pariente consanguíneo colateral o por afinidad hasta el cuarto grado de un menor, lo sustraiga o cambie del domicilio donde habitualmente reside, lo retenga o impida que regrese al mismo, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o resolución de autoridad competente, no permitiendo a la madre o al padre convivir con el menor o visitarlo, se le aplicará una pena de uno a tres años de prisión y de treinta a trescientos días multa.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida.”

El bien jurídico protegido de los menores, no solo interesa a los mismos sino a toda la sociedad, por lo que es de interés público, el custodiar el bien de la vida, la integridad corporal, la salud psicológica y física, así como todo lo referente y necesario para el sano y adecuado desarrollo de los menores, quienes en el tema objeto del presente estudio, serían los posibles sujetos pasivos del delito, cuando la conducta ilícita realizada en su perjuicio, sea cometida por el adulto que ejerce respecto de el la patria potestad, por lo que en la comisión de los delitos en contra de menores por parte de quien se espera lo contrario en el cumplimiento de deberes, con el objeto de procurar el bien de los menores; y deberían incrementarse las penalidades, toda vez que los delitos cometidos contra menores, van dirigidas a seres inocentes por excelencia y constituyen un atentado contra nuestra sociedad.

3.4.2 EN MATERIA CIVIL

El código civil, para el Distrito Federal, establece una serie de disposiciones legales, tendientes a proteger los derechos de los menores de edad, bajo la patria potestad.

Al respecto del artículo 164 y 168, en relación con los menores bajo la patria potestad, establecen la obligación de los padres de los mismos de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, comprendiendo la obligación de proporcionar los alimentos a los mismos, y de común acuerdo ambos padres, deben resolver respecto de todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos, así como la administración de los bienes de los mismos, teniendo ambos padres autoridad y consideraciones iguales entre sí.

Por lo que una conducta realizada por parte de los padres en sentido inverso a lo antes anotado, constituye un maltrato al menor, pues dejaría de cumplir con las obligaciones encomendadas a los cónyuges y padres de los menores, tendientes a procurar el bienestar de los hijos.

El artículo 267 del citado Código, así mismo señala como causales de divorcio necesario, las conductas de incumplimiento, de los deberes encomendados a los cónyuges, tendientes a salvaguardar la vida, la salud, la integridad, los alimentos y sano desarrollo físico y psicológico de los menores.

Por lo que al dejar de cumplir los cónyuges con sus deberes, y colocarse en los supuestos legales de las causales del citado artículo, por una negativa conducta por acción u omisión, en el caso de abstenerse de proporcionar alimentos, contribuir o tolerar la corrupción de los hijos, las sevicias, las amenazas, etc., tanto para el cónyuge como para los hijos el alcoholismo, la comisión de delitos dolosos, en contra de las personas o bienes del cónyuge a los hijos, consumo de estupefacientes, así como la realización de conductas de violencia familiar etcétera, constituyen maltrato a los menores, razón por la que tienen un efecto jurídico, tanto en materia civil como penal, y que constituyen una causal de divorcio.

El artículo 282 del Código civil, establece entre las medidas provisionales que el Juez debe dictar mientras dure el juicio de divorcio, aquellas pertinentes a efecto de salvaguardar los intereses de los menores hijos, como una forma de protegerlos y asegurar su bienes, salud, alimentación y sano desarrollo a saber:

“Art. 282.- Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones siguientes:

I.- La separación de los cónyuges. El juez de lo familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y lo que se ha de llevar el otro cónyuge,

II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda.

III.-

IV.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

V.- Poner a los hijos al cuidado de las personas que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez de lo familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre;

VI.- El juez de lo familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

VII.- En los casos en que el Juez de lo familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

- a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.
- b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

VIII:- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;”

La reforma al artículo 283 del Código Civil, aporta un novedoso e importante elemento, al señalar como obligación de los padres de rehabilitar mediante las terapias necesarias, para subsanar, corregir el daño que el menor hubiere recibido como víctima de actos de violencia familiar.

Lo cual reviste de gran importancia, en virtud de que se tiende a señalar una medida para evitar y minimizar los daños físicos, psicológicos del menor y así mismo sus consecuencias, tal como se observa en las líneas que a continuación se citan, correspondientes al Código Civil:

“Art. 283.- La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida o suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio a o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.”

El artículo 284 del Código Civil establece:

“Art. 284. – El juez de lo Familiar, antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, podrá acordar a petición de los menores, de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Público, cualquier medida que se considere necesaria para el desarrollo de los hijos menores o incapaces.”

El artículo 285 del citado ordenamiento establece la subsecuente obligación de los padres para con sus menores hijos, a pesar de que hubieren perdido la patria potestad de los mismos.

El artículo 303 del Código Civil, establece la obligación de los padres de proporcionar alimentos a sus hijos.

El artículo 308 del citado Código señala lo que comprenden los alimentos:

“Art. 308.- Los alimentos comprenden:

- I.- La comida, el vestido, al habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;
- II.- Respecto de los menores, además de los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus

circunstancias personales;

III.- Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción lo necesario para lograr en lo posible, su habilitación o rehabilitación y desarrollo; y

IV.- ...”

Así mismo el artículo 309 del mismo ordenamiento establece:

“El obligado a proporcionar alimentos cumple su obligación, asignando una pensión al acreedor alimentista o integrándolo a la familia. En caso de conflicto para la integración, corresponde al Juez de lo familiar fijar la manera de ministrar los alimentos, según las circunstancias.”

El artículo 311 del Código Civil, establece la proporción de los alimentos en relación a las posibilidades del deudor y las necesidades del acreedor alimentario.

La abstención de los padres de proporcionar alimentos a sus hijos, por cualquier motivo, es una forma real y contundente de malos tratos a los menores, en virtud del riesgo que los mismos corren, al comprometer con ello su subsistencia, su salud y sano desarrollo.

El artículo 323 ter.- Señala la obligación de los padres y el derecho de los hijos de desarrollarse en el medio familiar, de respeto a su integridad física y psíquica, prohibiendo la realización de conducta de violencia familiar.

Así mismo el artículo 323 Quáter, define:

“Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar donde se lleve a

cabo y que pueda producir o no lesiones.

La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato.”

Especial mención merece el artículo 444 del citado Código Civil, por su dimensión y alcance sobre el cual no profundizaremos por el momento, en virtud de que realizo en el capítulo siguiente, un estudio más a fondo del citado ordenamiento legal, pero si puedo concluir el estudio de este punto del presente trabajo diciendo que en dicho precepto, se establecen las causas por las que, quienes ejerciendo la patria potestad pierdan tal derecho, por actos de violencia familiar contra el menor, la abstención en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, el abandono y exposición que realicen de sus menores hijos, la comisión de delitos dolosos, y en general por aquellas conductas que pongan un riesgo su vida, y salud, así como su seguridad y sano desarrollo físico y psicológico del menor.

Los artículos antes mencionados, establecen medidas tendientes a proteger y salvaguardar la vida del menor, su seguridad, sano desarrollo y dignidad del mismo, a efecto de evitar los perjuicios inherentes a posibles malos tratos para los menores, por encontrarse estos a razón de su minoría de edad, en la etapa del desarrollo humano, más desvalida y de necesarios cuidados, de trascendentales efectos, en virtud de que el niño que hoy se forma, será el individuo de mañana.

CAPITULO IV

“LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD”

4.1 CONCEPTO DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Cuando la conducta en forma culpable de los padres o cualquier otra persona en ejercicio de la patria potestad, afecta a los menores sujetos a dicho ejercicio, en oposición a los objetivos substanciales de cuidar, guardar, asistir, proteger, alimentar, educar, respetar, y procurar el sano y adecuado desarrollo físico y mental de los mismos, contrariando la noble misión del ejercicio de la patria potestad, por la afección sufrida a dichos menores, entra en procedencia, la pérdida de la patria potestad.

La cual se ejerce mediante la acción de solicitar ante el Juez competente, declare mediante sentencia, la pérdida de los derechos conferidos por la patria potestad de quien la ejerce, por el incumplimiento de los deberes inherentes.

La conceptúo de la siguiente forma:

Es el privar de los derechos y facultades, mediante una sentencia firme a los padres o cualquier otro ascendiente, en el ejercicio de la patria potestad, respecto de la persona y bienes de los menores sujetos a dicha Institución, por la realización de actos en perjuicio de los mismos, o la omisión de los deberes para con dichos menores, provocándoles un perjuicio, quedando subsistentes únicamente las obligaciones.

“La patria potestad se pierde sólo por sentencia, la que puede ser

dictada:

- 1.- En juicio penal, cuando el progenitor ha sido considerado dos o más veces por delitos graves, por malos tratos o abandono del menor que constituyan el delito de abandono de persona.”
- 2.- En juicio seguido en la vía ordinaria civil, ante el Juez de lo familiar, mediante un juicio de pérdida de la patria potestad, o bien en un juicio de divorcio que contenga la demanda de esa prestación, en los que agotadas las etapas procesales y probado plenamente las causas que motiven y justifiquen plenamente la necesidad en bien del menor, de sentenciar la pérdida de la patria potestad”.¹⁴⁹

Siendo la patria potestad: “Un cargo de derecho privado, que debe desempeñarse en protección de los hijos y en interés público”¹⁵⁰

Y establecida en beneficio de los menores, no puede ser objeto de alguna transacción o negociación, que modifique por medio de convenios privados, siendo un todo indivisible, no es posible condenar a la pérdida de la patria potestad, a quien la ejerciera, única y exclusivamente a determinados derechos, como el de convivencia, corrección, guarda o administración de los bienes del menor. Sino que se priva totalmente de todo los atributos que conlleva el ejercicio de la misma.

“La patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; en los casos de divorcio cuando al cónyuge se le condene a su pérdida; cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamiento o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos; por la exposición que el padre o la madre hiciera de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de

¹⁴⁹ Baqueiro Rojas Edgard- Rosalía Buenrostro Báez, “Derecho de familiar y sucesiones”, Edit. Harla, pág. 232.

¹⁵⁰ Ignacio Galindo Garfias, “Derecho Civil”, Edit. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1993, 12^a edición, pág. 690.

seis meses”.¹⁵¹

Siendo la patria potestad “Un cargo de derecho privado, que debe desempeñarse en protección de los hijos y en interés público” .

Respecto a las causas por las que se pierde la patria potestad, el maestro Magallón Ibarra, señala que “cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho ... si el que la ejerce trata con excesiva severidad a los que están en ella, o no los educa o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptores”¹⁵²

La conducta de los padres, es tal que en forma culpable, “desatienden los fines que la ley ha tenido en miras al reconocerle la autoridad: la protección y la formación integral de los hijos, ...”¹⁵³

En general podemos decir en nuestro concepto, que la patria potestad se pierde, cuando no se cumple o se deja de cumplir con las obligaciones inherentes a esta figura, cuando se causa un daño moral, físico, psicológico al menor sujeto a la misma.

Colocándose con su conducta, el que la ejerce, en cualquiera de las causas señaladas en el artículo 444 del Código Civil, que precisa y regula los motivos por los que puede demandarse la pérdida de la patria potestad.

“Todas las causas señaladas en el artículo 444 del Código Civil, son de tal naturaleza graves que la patria potestad se pierde definitivamente. Como sanción se impide su ejercicio. Alguna de las causas tienen efecto preventivo y

¹⁵¹ Fernando Flores Gómez González, “Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil”, 4ª edición, Edit. Porrúa, S.A. de C.V., México 1984, pag. 126.

¹⁵² Jorge Mario Magallón Ibarra, “Instituciones de Derecho Civil”, Tomo III, Edit. Porrúa S.A. de C.V., México 1988, pág. 531

¹⁵³ Nora Lloveras, “Patria potestad y filiación”, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 281.

otras son consecuencia directa de la acción ejecutada en contra del cónyuge o del menor”.¹⁵⁴

Al ser la pérdida de la patria potestad, un tema grave en extremo, por los efectos que produce al desaparecer los atributos otorgados a los padres por la Institución, “las causales deben quedar debidamente probadas”.¹⁵⁵

Es decir, deben agotarse las etapas procesales, en las que se desahoguen satisfactoriamente todas las pruebas que acrediten, que quien ejerce la patria potestad, efectivamente incurrió en falta graves, contempladas en el artículo 444 del Código Civil.

De tal forma, que es necesario por un lado, “un proceso de conocimiento pleno y, por el otro, la indispensable producción de prueba, a la cual no empece el reconocimiento de los hechos a modo de allanamiento efectuado por el padre.”¹⁵⁶

Al respecto, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dice: “En virtud de que la sociedad está interesada en la conservación de las relaciones paterno-filiales y en que los padres e hijos mantengan los vínculos legales que generan derechos y obligaciones, el juzgador debe ser estricto a fin de que para determinar la pérdida de la patria potestad se presenten claramente las causas que el Código Civil respectivo señale. Por consiguiente si bien las presunciones pudieran ser un indicio de que se presentan las hipótesis legales referidas, y éstas deben estar comprobadas de tal modo que permita concluir que la salud, la seguridad y la moralidad de los menores pudieran comprometerse por las costumbres depravadas de los padres, o por la exposición o abandono que de los hijos hubieren hecho por más de seis meses. Por tanto no basta que no se haya contestado la demanda de pérdida de la patria potestad, por parte de una madre, para tener por

¹⁵⁴ Manuel Chávez Ascencio, “La familia en el Derecho”, Edit. Porrúa, S.A., México, 1992, pág. 325.

¹⁵⁵ Íbidem, pág. 326

¹⁵⁶ Daniel Hugo D’Antonio, “Patria Potestad”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1979, pág. 175.

comprobados los hechos que se le atribuyeron si no hay elemento probatorio alguno que lo corrobore, pues tal ausencia de contestación sólo constituiría un indicio de que se presentaron, pero de ninguna manera la prueba suficiente que se requiere”.¹⁵⁷

“Patria potestad, pérdida de la. Se requieren pruebas plenas e indubitables para su procedencia.- De conformidad con el artículo 454, fracción IV, del Código Civil del Estado de Tamaulipas, es causa para que se pierda la patria potestad: “La exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses”. Luego entonces, por no acreditarse el abandono de los hijos por más de seis meses, ante la ausencia de los elementos de convicción indispensables al efecto, es incontrovertible que de ninguna manera puede tenerse por demostrada la acción correlativa, ya que, invariablemente, para decretar la pérdida de la patria potestad, en cuanto relación paterno filial temporal, es menester la presencia de pruebas plenas e indubitables sobre la necesidad apremiante y excepcional que justifiquen dicha privación”.¹⁵⁸

La pérdida de la patria potestad de uno de los padres, no extingue por completo esta figura, respecto de los menores sujetos a la misma, pues en el supuesto de que uno de los progenitores perdiera la patria potestad respecto de los mismos, quedará en su absoluto ejercicio, el otro progenitor.

En el supuesto caso de que ambos el padre y la madre, perdieran la patria potestad de sus hijos, entrará en su ejercicio los abuelos, tal como establece el artículo que a continuación se transcribe del Código Civil:

“Artículo 414.- La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres, cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de

¹⁵⁷ Amparo directo 5140/87. Roberto Curiel Navarro (Raquel Navarro Lomeli). 19 de octubre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ministro Oponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Cecilia Martínez González. Visible en el Informe de 1987. Vol. II. Número 341, pág. 243.

¹⁵⁸ Amparo directo 3626. Francisco Leyva Navarrete y otra. 11 de abril de 1987. 5 votos. Ponente: José Manuel Villagordoza Lozano, Secretario: Jorge Trujillo Muños. S.C.J.N. Informe de 1987. Tercera Sala, volumen 2, página 241.

ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

El mismo Código Civil, contempla la posibilidad para los que correspondiéndoles el ejercicio de la patria potestad, como puede ser el caso de los abuelos, estos, pueden excusarse; y no entrar en el ejercicio de la misma.

“Art. 448.- La patria potestad no es renunciabile; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño”.

En el caso de que no exista un ascendiente, idóneo, para que ejerza la patria potestad, respecto de los menores sujetos a la misma, se le nombrará un tutor, como lo establece el Código Civil en el siguiente artículo:

“Artículo 449.- El objeto de la tutela es la guarda de las personas y bienes de los que no estando sujetos a 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 señale la ley.

En la tutela 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 de que habla la parte final del artículo 413.

Así mismo los artículos 482, 483 y 484 del Código Civil, establecen lo siguiente:

“Artículo 482.- Ha lugar a tutela legítima:

- I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario;
- II. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.”

“Artículo 483.- La tutela legítima corresponde:

- I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;
- II.- Por falta o incapacidad de los hermanos a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive.

El juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior atendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela.”

“Art. 484.- Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, el hará la elección.”

En caso de menores abandonados, que no tengan personas que los hayan acogido, el estado por medio de las casas de asistencia social, ejercerá la tutela de dichos menores.

Es decir, a falta “de parientes consanguíneos idóneos para ejercer la tutela, los menores quedan bajo el patronato del Estado”¹⁵⁹

Es procedente hacer la distinción, entre terminación, suspensión y pérdida de la patria potestad, “La patria potestad se acaba cuando, sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deban concluir, se pierde, cuando por motivos en que aparece culpabilidad del titular, en el cumplimiento de sus

¹⁵⁹ Eduardo A. Zannoni, “Derecho Civil, Derecho de Familia”, Tomo II, Edit. Astrea, Buenos Aires 1993, 2º Ed., actualizada, pág. 773.

deberes, dispone la ley su privación, y se suspende, cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión”.¹⁶⁰ Pues la terminación se realiza por situaciones naturales que ponen fin a esta figura, sin que exista culpabilidad por parte de quien la ejerciere, como lo establece el Código Civil:

“Artículo 443.- La Patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, sino hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayor edad del hijo;
- IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes.”

En tanto que la suspensión de la patria potestad es procedente:

“Artículo 447. La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Cuando el consumo de alcohol, el habito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.”

La cual es temporal y esta sujeta a la recuperación, en tanto se realice un acto futuro e incierto, como puede ser el cambio de las circunstancias y situaciones que dieron origen y motivaron su suspensión.

¹⁶⁰ Rafael de Pina, “Elementos de Derecho Civil Mexicano”, Vol. I, 17 Edición, Edit. Porrúa, S.A., México 1992. pág. 381.

En tanto que la pérdida de la patria potestad, tiene lugar, por causas de conducta contraria a la esperada en el ejercicio de la patria potestad, imputables a quien la ejerce, por dejar de cumplir con sus obligaciones y perjudicar a los menores inmersos en la misma.

La pérdida de la patria potestad es una medida en defensa del menor, a efecto de modificar su entorno que lo daña, y una sanción a los padres.

Por lo cual al ser motivada por la conducta culpable de quien la ejerce, “la pérdida de la patria potestad no implica la cesación de las obligaciones que tienen los ascendientes respecto a los descendientes, de forma especial, la de proporcionarles alimentos.”¹⁶¹

De tal forma que todos los deberes relativos a la patria potestad, subsistirán a pesar de la pérdida de la patria potestad del ascendiente, y queda este obligado a proporcionar entre otros, todo lo relativo a la pensión alimenticia que comprenderá vivienda, comida, vestido, atención médica, medicamentos, gastos de educación, entre otros.

4.2 EL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL

El artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, es el tema de análisis en el presente punto, toda vez que dicho precepto señala en sus ocho fracciones que lo componen, las causas por las que las personas titulares de la Patria Potestad, pueden perder su derecho a ejercerla.

Solamente por resolución judicial se pierde la patria potestad, una vez agotado el juicio relativo en el que haya quedado acreditados y comprobados plenamente los hechos en que se funde dicha pérdida, mismos que deberán

¹⁶¹ Edgard Baqueiro Rojas-Rosalía Buenrostro Báez, “Derecho de Familia y Sucesiones”, Editorial Harla, pág. 232.

ajustarse a alguna de las fracciones comprendidas en el artículo 444 del Código Civil, el cual cito textualmente para su análisis:

“Artículo 444.- La patria potestad se pierde por resolución judicial:

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que esta constituya una causa suficiente para su pérdida;
- IV. El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad;
- V. Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos;
- VI. Por el abandono que el padre o la madre hiciere de los hijos por más de seis meses;
- VII. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y
- VIII. Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave.

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.

Por lo que se requiere de una Sentencia firme, que haya causado ejecutoria, en el que se condene expresamente la pérdida de la patria potestad, por lo que solamente por resolución judicial se priva del ejercicio de la patria potestad a quien la ejerciere.

En virtud de la seriedad de los efectos que se producen con la condena de la pérdida de la patria potestad, “debe hacérsela dentro de un marco procesal amplio, con garantías de defensa y amplitud probatoria que aseguren la intervención del padre y la recepción de los elementos indispensables para

que el juez forme su juicio lógico.”¹⁶²

Por lo que una vez seguido un procedimiento legal, en el que debe quedar plenamente acreditado el hecho que se le imputa a la presunta persona responsables de tales conductas que contrarían los fines y bienes tutelados por la institución de la patria potestad, en que deba de condenársele a la pérdida de este derecho.

La pérdida de la patria potestad contienen 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”¹⁶³

II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.

“Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar la Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia, que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los hijos incluirá las medida de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en

¹⁶² Daniel Hugo D’Antonio, op. cit. pág. 175.

¹⁶³ Eduardo A. Zannoni, op. cit., pág. 773.

los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal...”.

La pérdida de la patria potestad, puede ser derivada de un juicio de divorcio necesario, en donde se solicite esta como una de las prestaciones que se demanden al cónyuge culpable del divorcio, en cuya sentencia del juicio de divorcio, resolverá respecto a la procedencia o improcedencia de la pérdida de la patria potestad.

En la práctica, es de observarse que suele pedirse en los juicios de divorcio dentro del capítulo de prestaciones la pérdida de la patria potestad, como únicamente una forma más de agredirse los cónyuges en litigio, sin que en la misma demanda se precisen exactamente los hechos constitutivos a la demanda de la pérdida de este derecho, por lo que el juzgador debe tener la sensibilidad suficiente para detectar estos casos, en los que no existe una real causa para la pérdida de la patria potestad, la cual requiere elementos específicos que deben quedar plenamente comprobados en juicio, para que pueda sentenciarse a la pérdida de este derecho.

III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que esta constituya una causa suficiente para su pérdida.

El mismo Código Civil, en su artículo 323 quáter, define a la violencia familiar de la siguiente forma:

“Artículo 323 Quáter.- Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que puede producir o no lesiones.

La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato.”

Para que una conducta de violencia familiar, sea considerada causa de la

perdida de la patria potestad, tal como se señala en la presente fracción, se requiere que dicha conducta sea realizada por alguno de los padres o titulares de la patria potestad, en contra del menor de edad sujeto a la misma, en forma intencional sin importar que se realice forzosamente en el interior del hogar, con tal que sea del ascendiente en contra del menor de edad como sujeto pasivo.

Este tipo de conductas dirigidas en perjuicio del menor de edad encierran “el peligro que puede colocar el padre al hijo en todos los planos de la vida: la seguridad, la salud física o psíquica, y la moralidad del hijo, ...”¹⁶⁴

“Contiene así mismo los medios por los cuales puede el padre arriesgar la vida y el desarrollo integral del menor: malos tratos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia.”¹⁶⁵

IV. El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad;

La falta en forma reincidente de proporcionar alimentos a los menores, tiene lugar a la pérdida de la patria potestad, por el estado de necesidad en que se coloca al menor acreedor de los alimentos, comprometiendo y poniendo en riesgo desde su salud y sano desarrollo, hasta su vida misma, al no proporcionar lo indispensable para todo ser humano, como lo necesario para sobrevivir, en relación a los alimentos.

El artículo 308 del Código Civil, nos dice que comprenden los alimentos, a saber:

“Artículo 308.- Los alimentos comprenden:

I.- La comida, el vestido, la habitación la atención médica, la

¹⁶⁴ Nora Lloveras, ob. cit. pág. 285.

¹⁶⁵ Íbidem, pág. 285.

hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II.- Respecto de los menores, además los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III.- Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, los necesarios para lograr en lo posible su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

IV...”

Así mismo los artículos 309, 311 y 311 bis del citado ordenamiento señalan:

“Artículo 309.- El obligado a proporcionar alimentos cumple su obligación asignando una pensión al acreedor alimentista o integrándolo a la familia. En caso de conflicto para la integración, corresponde al Juez de lo Familiar fijar la manera de ministrar los alimentos, según las circunstancias.”

“Artículo 311.- Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.”

“Artículo 311 Bis.- Los menores, las personas con discapacidad, los sujetos a estado de interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar, gozan de la presunción de necesitar alimentos.”

El menor para su sano desarrollo, necesita de una base de carácter económica que le proporcione sustento no solo en el aspecto biológico, sino social, moral y jurídico, pues los alimentos que se traducen a la suma económica que ha de adquirirlos, implican todo aquello que le menor requiere par vivir en su calidad humana.

“La prestación de los alimentos tiene límites:

- a) No ha de exceder de las cantidades necesarias para que el acreedor alimenticio pueda vivir decorosamente. En otras palabras, comprende sólo las cantidades necesarias para que el acreedor alimentista tenga lo necesario para vivir;
- b) Tampoco ha de estar en desproporción con la posibilidad económica de quien debe darlos.”¹⁶⁶

Aunque el contenido de los alimentos en cada caso es el mismo: comida, habitación, vestido, atención médica y medicamentos, gastos de educación etcétera, la cuantía no será la misma, pues esta varía de caso en caso.

“Su cuantía en cantidad líquida, deberá ser fijada por el Juez, según las circunstancias personales del acreedor, ajustándose a los que éste necesite para subsistir decorosamente y de acuerdo con la capacidad económica del deudor.”¹⁶⁷

Dada la importancia de que el menor reciba alimentos por todo lo que contienen los mismo para su subsistencia, su atención médica, educación y formación, que el incumplimiento reiterado de proporcionarlos por parte de sus ascendientes obligados a ello, en el ejercicio de la patria potestad, constituye una causante de la pérdida de esta, por el riesgo en que se coloca al menor al comprometer, desde su seguridad, salud y desarrollo hasta su propia .

¹⁶⁶ Ignacio Galindo Garfias, op. cit., pág. 459.

¹⁶⁷ *Ibidem*, págs. 459 y 460.

V. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos

En virtud de la crueldad que implica, la conducta de exposición que se haga del menor, por parte de las personas que ejercen respecto del mismo la patria potestad, al negarse completamente a cumplir con todas sus obligaciones respecto del menor afectado, absteniéndose de guardarlo, asistirlo, alimentarlo, educarlo, etcétera, es una causa más graves de la pérdida de la patria potestad.

La exposición que se hace del menor, es la forma más irresponsable, negativa, cruel y agrave del abandono de los deberes del ascendiente en contra del menor.

El menor, a quien el derecho protege, por encontrarse en la etapa del ser humano en que es mas desvalido, recibe una agresión inmensa al dejarlo expuesto e indefenso, sin ninguna protección, y sin preocuparle e importarle su sobrevivencia o destino. "... la ley ha considerado que por la gravedad de la situación y el riesgo que implica para el hijo dejarlo expuesto, cabe considerar esa conducta suficiente para decretar la pérdida de la patria potestad"¹⁶⁸

La conducta de exponer al menor, implica "arriesgar, hacer peligrar: exponer la vida, abandonar... someterlo a un sitio expuesto a las intemperies"¹⁶⁹, por lo que con dicha conducta culpable del ascendiente, se pone en peligro desde la seguridad y salud del menor, hasta la vida, pues a quien la realiza pareciera no importarle la sobrevivencia de dicho menor, por lo que debe de ser sentenciado a la pérdida de la patria potestad.

VI. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses

Esta conducta consisten en la acción de dejar al descuido al menor, de alejarse del mismo, implica asimismo la omisión que con el abandono se

¹⁶⁸ Daniel Hugo D'Antonio, ob.cit., pág. 174.

¹⁶⁹ Ramón García Pelayo y Gross, ob. cit., pág. 236.

realiza por la abstención de proporcionar y suministrar alimentos al menor que tiene el derecho a recibirlos, incumpliendo así además con todos los deberes relativos a el ejercicio de la patria potestad.

Esta causal implica el factor tiempo, es decir, el abandono que el padre o la madre hiciere respecto de sus hijos, debe ser por más de seis meses.

Esta causal de pérdida de la patria potestad, contiene “el criterio subjetivo de imputación del abandono del hijo, al sancionar al progenitor abandonante “aun cuando quede bajo la guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero”.¹⁷⁰

Con la conducta del abandono que debe ser prolongada en el tiempo por más de seis meses, el interés del hijo abandonado se ve seriamente afectado, pues el ascendiente o ascendientes que lo abandonan dejan de proporcionarle lo que el menor necesita para su sano desarrollo, tanto en su aspecto económico, moral y afectivo, así como de la vigilancia en su educación.

La sanción con la pérdida de la patria potestad, es independiente de que el menor haya recibido alimentos, atención y en general lo necesario para su subsistencia, por parte de otros familiares, o del otro progenitor que no lo haya abandonado.

VII. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

La patria potestad que está constituida por un género de deberes en beneficio del menor, se ve gravemente afectada cuando ello se deja de

¹⁷⁰ Eduardo A. Zannoni, ob. cit. pág. 765.

cumplir, y más aún cuando no obstante de no cumplirlo se realicen conductas negativas, contrarias al bien del menor.

Por lo que por consecuencia lógica, debe decretarse la pérdida de la patria potestad en contra del ascendiente que en ejercicio de la patria potestad, realice en contra del menor y sus bienes, un delito con toda la premeditación de causarlo.

Pues al colocarse el ascendiente con su conducta, contraria a los fines que le fueron encomendados en el ejercicio de la patria potestad, en los tipos legales constitutivos de delitos, en perjuicio de la persona o bienes del menor, una vez comprobados los elementos constitutivos del delito, es de consecuencia lógica la pérdida de la patria potestad independientemente de la pena que corresponda por la comisión del delito de que se trate.

Esta causal requiere de los siguientes elementos:

- a) Que el ascendiente que realiza esta conducta de acción u omisión, se encuentra en ejercicio de la patria potestad.
- b) Que dicha conducta ilícita, se adecue a un tipo legal de los comprendidos en el Código Penal como delitos.
- c) Que esta conducta ilícita sea cometida en perjuicio del menor o sus bienes, inmerso en la patria potestad que ejerce el sujeto activo del delito.
- d) Que este delito sea doloso.
- e) Que exista ya una sentencia firme condenatoria del ascendiente, por la comisión de un hecho ilícito en perjuicio del menor o sus bienes.

VIII. Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave.

Aún cuando los delitos cometidos por el ascendiente, no sea en perjuicio del menor a su cargo, la pérdida de la patria potestad en esta causal se decreta en forma preventiva, en virtud de la peligrosidad del individuo, al que se le han comprobado dos o más veces la comisión de delitos, por lo que en forma preventiva a efecto de alejar del alcance y poder del criminal al menor, por el daño que al mismo le pudiere ocasionar ya sea por realizarle un daño directo o por los ejemplos negativos que le pudiera proporcionar, entre otros perjuicios.

Esta causal requiere de:

- a) Que el titular de la patria potestad, realice la conducta ilícita.
- b) Que la comisión de los delitos sean comprobados y sentenciados.
- c) Que se trate de dos o más delitos graves.

La pérdida de la patria potestad en esta causal, tiene el objeto de sustraer al menor o menores de la autoridad del progenitor, que en virtud de condenas penales, ha quedado demostrado su grado de peligrosidad al tratarse de un delincuente, por lo que esta causal es eminentemente preventiva.

4.3 LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD COMO SANCION A QUIEN LA EJERCE

La pérdida de la patria potestad, es definitivamente un sanción legal a los padres del menor maltratado, o bien a cualquier otro ascendiente que en ejercicio de la misma “desatienden los fines que la ley ha tenido en miras, al reconocer la autoridad, la protección y al formación integral de los hijos.”¹⁷¹

Pues la autoridad que fue otorgada a quienes desempeñan este noble cargo, no es para beneficio propio, ni mucho menos para convertir a los

¹⁷¹ Nora Iloveras, ob. cit., pág. 281.

menores sujetos a la patria potestad en medios puestos a sus servicios, para la satisfacción de los fines personales del ascendiente, ni mucho menos para causarles daño con las diversas formas de maltrato de que pueden ser víctimas, sino que por el contrario, en nuestro derecho actual la institución de la patria potestad, tiene el objetivo de ser una verdadera función social que más que derecho, impone obligaciones en pro de la adecuada formación del menor.

Toda vez que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad, da lugar a una serie de problemas que repercuten, naturalmente en nuestra sociedad. Por lo que es de interés social la sanción que pueden recibir los responsables de dicho incumplimiento.

“La privación de la patria potestad es la sanción prevista por la ley ante el incumplimiento de los deberes impuestos a los padres, que tienen por efecto la pérdida de la autoridad.”¹⁷²

Al perder la autoridad el titular de la patria potestad respecto de la persona y bienes del menor, este se verá seriamente sancionado, así mismo en el caso de los menores víctimas de maltratos violentos tanto física como psicológicamente, quedarán fuera de su alcance, a efecto de que ya no sean víctimas de ello, toda vez que “La pérdida de la patria potestad importa el apartamiento total y definitivo, del padre sancionado, del complejo de derechos”¹⁷³ respecto de dicho menor.

Pues esta sanción severa de “la pérdida de la patria potestad, implica una exteriorización de graves incumplimientos de los deberes paternos, ...”¹⁷⁴ una conducta paterna desviada de lo legalmente esperado para los menores

Los titulares de la patria potestad, al ser sancionados con la pérdida de este derecho por sus conductas contrarias a derecho, van a dejar de tener “lo

¹⁷² Nora Lloveras, ob. cit. pág. 281.

¹⁷³ Daniel Hugo D'Antonio, ob. cit., pág. 176.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pág. 177.

que tenía, esto es la autoridad sobre el hijo.”¹⁷⁵

El progenitor va a tener en su esfera de derechos, un serio detrimento, pues aquellas facultades otorgadas y tuteladas por la ley, respecto de sus menores hijos, quienes han sufrido sus maltratos, constituyéndose, en muchos casos incluso, estas conductas antijurídicas en delitos, por lo que “el orden jurídico, que ha erigido el interés del hijo en un valor incuestionable, reacciona sancionando a uno o ambos padres con la pérdida de la patria potestad”¹⁷⁶ independientemente de la sanción penal a la que pudiera hacerse acreedor por su conducta ilícita.

En el ámbito penal es importante señalar que “si el daño al menor ha sido ocasionado por el padre o la madre, las penas que se imponen se acrecientan de manera sensible”¹⁷⁷

Al tener la pérdida de la patria potestad una marcada connotación de sanción para la nocividad de la conducta paterna, esta conlleva la exigencia del cumplimiento de las obligaciones y deberes para la alimentación, educación y sano crecimiento del menor, que el mismo había dejado de recibir en razón de los ascendientes de dichos deberes o a efecto de que no se dejen de cumplir, una vez decretada la pérdida de la patria potestad.

De esta manera las cargas y obligaciones inherentes a la patria potestad, subsistirán a pesar de la pérdida de la misma.

¹⁷⁵ Nora Lloveras, ob. cit., pág. 282.

¹⁷⁶ Íbidem, pág. 281-282.

¹⁷⁷ Cecilia P. Grosman – Silvia Mesterman, ob. cit., pág. 81.

4.4 - LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, COMO DEFENSA DEL MENOR

El menor de edad reproduce lo que recibe, por ello la importancia de tutelar y proteger, tan importante etapa en la vida del ser humano, pues en ella se forma el futuro individuo, el cual puede ser formado como un ser próspero o en su caso afectada su formación, por las conductas que reciba de sus ascendientes en forma nociva para su salud mental.

“Los menores, por su mayor indefensión tanto desde el punto de vista biológico –en lo que atañe a su incapacidad de valerse por sí mismo- como del psicológico en virtud de la tardía adquisición del lenguaje, en primer término, y del pleno desarrollo emocional, en segundo lugar, ocupa un lugar predominante en la protección jurídica, la que se concreta en un concepto, una vez escrito y otras tácito”¹⁷⁸

Cuando un menor se encuentra inmerso, en un medio hostil, en el que sus padres lo hace víctima de maltratos, ya sean físicos o psicológicos, está recibiendo todo un cúmulo de mensajes nocivos para su formación, lo cual va a influir en forma negativa en el mismo.

“Pues el sujeto activo -agresor- padeció una infancia difícil en la que conoció la humillación, el desprecio, la crítica destructiva y el maltrato físico, lo cual hizo que llegara a la edad adulta sin autoestima ni confianza. Esto le provocó una vida precaria que luego proyectaron hacia los demás, entre ellos a sus hijos. El agresor es un sujeto inadaptado que se cree incomprendido y que suele ser impulsivo e incapaz de organizar el hogar, situaciones que lo conducen a reaccionar violentamente en contra de sus hijos.”¹⁷⁹

Por ello la importancia de sacar al menor del medio en que está siendo violentado, denigrado lastimado con las múltiples formas de maltrato que

¹⁷⁸ Martha N. Stilerman, ob. cit., pág. 27.

¹⁷⁹ César Augusto Osorio y Nieto, ob. cit., pág. 26.

existen, como una medida en defensa del menor, no ignoramos, la afección que el menor sufre con la pérdida de la patria potestad, la cual resulta ser inferior, a la que está recibiendo, así como las secuelas psicológicas y físicas que dichos maltratos pueden dejar en el mismo, y a efecto de evitar los perjuicios inherentes que pueden ir desde su falta de aprovechamiento escolar, inadaptación, problemas de personalidad, hasta asumir conductas antisociales, como se analizo en el capítulo tercer del presente trabajo.

Por ello la importancia de sacar al menor del poder de sus agresor, sin importar que se trate de uno o ambos padres.

“La dureza excesiva en el trato, las órdenes, consejos o ejemplos corruptores implican, respecto del menor de edad, una preexistente situación de hecho, esencialmente perturbadora que deteriora el proceso evolutivo de su personalidad. Y cuando cualquiera de aquellas manifestaciones se originan y producen en el ámbito familiar del menor, por sí mismas y de modo esencial, contradicen la misión formativa que en primer lugar, corresponde ejercer a los padres”¹⁸⁰

La protección jurídica, en defensa del menor se logrará, eliminando definitivamente la causa que origina tan nocivos efectos, en forma inmediata, así como proporcionar al mismo un ambiente adecuado para su desarrollo, procurandole atención médica y psicológica a efecto de minimizar y superar los traumas inferidos en su personalidad.

Este objetivo se logrará “privando a los padres de la patria potestad, o suspendiéndoles en el ejercicio de ésta”¹⁸¹ ; así como la inserción del menor en un ambiente agradable, que favorezca el desarrollo integral del menor.

La Institución de la patria potestad, confiere a quien la ejerce derechos y facultades respecto de los menores inmersos en la misma, a efecto de cumplir

¹⁸⁰ Luis Mendizábal Oses. “Derecho de Menores”, Edit. Pirámide, S.A., Madrid, 1997, pág. 157.

¹⁸¹ *Ibidem*, pág. 26.

sus deberes de procurar su sano desarrollo, los titulares de este derecho o padres, no tienen ningún derecho de viciar y dañar la formación y educación de sus hijos, con la afección que les causen con dichos maltratos.

“La justificación cultural para el uso de la fuerza contra los menores, deriva del concepto del niño como propiedad de sus padres. Esto no significa que todos pongan en acto esta norma cultural, pero las convicciones individuales muchas veces ceden ante las demandas situacionales.”¹⁸²

La patria potestad, no confiere a los padres la propiedad de la vida del menor, por lo que ellos no tienen ningún derecho para destruirla o marcarla seriamente, de tal forma que el conjunto de obligaciones y prerrogativas legalmente reconocidas a los padres en el ejercicio de la patria potestad, son con el objeto de hacerles posible el cumplimiento de los deberes de asistencia de protección y educación del propio menor. Al no cumplirse con los objetivos de la patria potestad y por el contrario maltratar al menor, debe decretarse la pérdida de este derecho, tan solo por salud mental del mismo, así como por la protección a su integridad para lograr su sana y adecuada formación, como una acción en defensa del menor y en sanción a sus agresores.

¹⁸² Cecilia P. Grosman-Silvia Mesterman, ob. cit. pág. 39.

CAPITULO 5

LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL JUICIO DE DIVORCIO Y COMO CAUSAL DEL MISMO

Abordaré ahora el tema del divorcio a efecto de conceptualizarlo, y así mismo, pasar a su estudio, en lo relativo a su vinculación con el tema objeto del presente trabajo.

5.1 CONCEPTO DE DIVORCIO

La figura del divorcio es controvertida y objeto de polémica, pues la misma puede ser estudiada desde muy diversos enfoques, dependiendo de la disciplina que lo estudie, lo que puede proporcionar diferentes formas de análisis y estudio de esta controvertida figura, la cual analizaremos, dada la naturaleza del presente trabajo, únicamente desde el aspecto jurídico y en lo relacionado con la pérdida de la patria potestad, toda vez que una sentencia de divorcio fija lo relativo a la situación de los hijos menores de edad.

Cuando las parejas contraen matrimonio, por lo general tienen la esperanza de alcanzar la felicidad en dicha unión, independientemente de los motivos de la misma, ya sean por amor, atracción sexual, conveniencia e interés o cualquier otra circunstancia que motive dicha unión.

Podemos observar que algunas parejas efectivamente logran aunque sea por un tiempo, cierta felicidad, algunas otras prolongan por toda su vida esa unión en pareja, con amor, respeto, comprensión, obteniendo toda la posible felicidad, que la vida conyugal puede proporcionar.

Un gran número de parejas por diversas circunstancias fracasan en su intento de realizar una vida en común con su cónyuge, ya no digamos feliz; surgiendo por el contrario, un constante conflicto entre los cónyuges, que poco a poco va deteriorando y ensombreciendo su proyecto de vida conyugal.

Cuando surgen los problemas entre los cónyuges, y se inicia el proceso de desunión de los mismos alejándose el uno del otro, aunque sigan compartiendo el mismo techo, rompen el vínculo afectivo que los motivó a su unión; que en proyecto era para toda la vida, podíamos decir que poco a poco dejan de ser pareja y comienzan a tomar rumbos diferentes, es decir, dejan de ver juntos en la misma dirección.

“Ante el inminente fracaso de su matrimonio, los cónyuges optan por diversas soluciones. Algunos con madurez y sensibilidad, cuando el vínculo de origen era sólido, auténtico y más aún si hay hijos, tratan de salvar del naufragio la nave conyugal; con éxito o sin él, al menos lo intentan”.¹⁸³ Algunos tantos acuden incluso a la ayuda profesional en terapias de pareja, a efecto de volver funcional lo que ha dejado de serlo.

“Otros soportan indefinidamente una situación, que de matrimonio no tiene más que el nombre, y víctimas de su soledad o infelicidad matrimonial, buscan compensación por diversos medios, ya sea mediante uniones ilícitas o en la variada gama de conductas neuróticas, propias de las frustraciones.”¹⁸⁴

Pues pareciera que aunque su relación matrimonial no les aporta ya nada, y así mismo no funciona, por temor al divorcio o al que dirán, continúan soportándose y cargando con dicha relación que día con día en vez de crear algo en ellos, los destruye.

Así mismo, otro gran número de parejas, quienes estando inmersos ya en la problemática de pareja optan por el divorcio, en este último supuesto el

¹⁸³ Sara Montero Duhalt, “Derecho de Familia”, 4ª edición, Edit. Porrúa, México, 1990, pág. 196.

¹⁸⁴ *Íbidem*.

divorcio no es lo que termina con su relación, pues el divorcio es en este caso meramente la manifestación legal de la real ruptura del matrimonio.

Al respecto del quebrantamiento de la pareja, que deja de ver en la misma dirección, que dejan de sentir el uno por el otro aquello que los motivó para contraer matrimonio, el maestro Magallón Ibarra, ejemplifica la unión y desunión de la pareja con la geometría al decir: “dos líneas convergentes son aquellas que iniciándose en puntos separados a medida que van avanzando en una misma dirección, empiezan a acercarse hasta que llegan a unirse en un mismo punto”.¹⁸⁵

Con la misma ejemplificación geométrica respecto al divorcio continúa diciendo: “..., dos líneas divergentes son aquéllas que partiendo de un mismo punto, al avanzar van separándose de manera que ha medida que adelantan, van distanciándose cada vez más, de manera que nunca volverán a juntarse.”¹⁸⁶

Con dicho ejemplo, se observa que el divorcio como la separación de las líneas divergentes, se manifiesta como una actitud de los cónyuges que a medida que se desarrolla en su avance, va estableciendo siempre una distancia cada vez mayor, de tal forma que no van a encontrar el punto original de unión.

El divorcio es la antítesis del matrimonio, que encierra la idealidad de ser para toda la vida por la gran influencia del derecho canónico. Es la excepción a la regla.

Desgraciadamente la realidad nos muestra lo contrario, por lo que en sí, el divorcio no es el problema, si entendemos éste como la expresión final del fracaso.

¹⁸⁵ Jorge Mario Magallón Ibarra, “Instituciones de Derecho Civil”, Editorial Porrúa, S.A., Tomo III Derecho de Familia, México, 1988, pág. 356.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

“La religión ha consagrado la idea de la indisolubilidad del matrimonio, haciendo del un sacramento y proclamando el principio: Quod deus conjunxit homo non separent -- lo que Dios une el hombre no lo separe-.

El legislador sin embargo, no puede detenerse a considerar las exigencias ideales, debe penetrar en el domino de la realidad, adaptar la norma a las exigencias de la vida, seguir los aspectos transformadores de la sociedad y de las relaciones sociales.”¹⁸⁷

El verdadero problema está en la problemática de pareja, una crisis de valores culturales en la que las parejas se unen en matrimonio, sin el verdadero sustento y fundamento que hace verdaderamente sólida su unión, capaz de superar los posibles obstáculos de la vida conyugal, que con el devenir del tiempo, pudieran presentarse como una verdadera convicción de superar los problemas con el verdadero deseo de seguir juntos; y no seguir, por seguir dentro del matrimonio con problemas en una grave problemática que se acepta por resignación.

“Existen múltiples factores que contribuyen a la disolución del matrimonio y que ameritan estudios psicológicos, económicos, morales, culturales, sociológicos, etc.”¹⁸⁸

Por lo que el problema del divorcio, difícilmente se puede resolver por medios exclusivamente legislativos, “cuando sólo existe entre ellos indiferencias, desprecio, rencor o agresión; cuando de hecho ya no son matrimonio y sólo los une el lazo legal, debe éste romperse. La ley prevé el instrumento necesario: el divorcio”¹⁸⁹

Si bien es cierto que el divorcio afecta a los hijos, no menos cierto es, que estos son más afectados por el desamor entre los padres, por todo lo que

¹⁸⁷ Ricardo Sánchez Marquez, “Derecho Civil”, Editorial Porrúa, S.A., México 1998, pág. 357.

¹⁸⁸ Sara Montero Duhalt, ob. Cit., pág. 201.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

conlleva, el constante ambiente de malestar en el interior de la familia, por las discusiones y agresiones entre los padres, tanto físicas como verbales, que llevan a un estado emocional de deterioro, en los hijos testigos de dicha violencia, en cuyo caso la realidad que cotidianamente se vive en el hogar, es el verdadero daño a los hijos, y no en sí el divorcio mismo.”

El divorcio socialmente es mal visto, porque “sacrifica a los hijos en interés de los padres. La desgracia de los hijos no es la ruptura legal del matrimonio, sino la ruptura de hecho, la discordia, el odio, el crimen de que son testigos y víctimas fatales. Su padre les enseñará a despreciar o a detestar a su madre, o recíprocamente”,¹⁹⁰ esta situación no es creada por el divorcio. Sino por el malestar de la pareja, que incluso en muchos casos cae en patología que es lo que verdaderamente daña a los hijos con los malos tratos proferidos a los mismos.

“... el divorcio como remedio heroico para situaciones conyugales incompatibles con la naturaleza y los fines del matrimonio, no tiene nada de inmoral... El divorcio se considera generalmente, como una institución prácticamente necesaria, como un mal necesario”¹⁹¹, pero remedio de otro mal mayor en la problemática de la pareja, aparentemente sin solución.

En algunos casos el divorcio separa lo que quizá jamás debió haberse unido. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que en nuestra sociedad actual, existe un real e impresionante problema de divorcio, que no podrá ser resuelto con facilidad exclusivamente por medios legislativos, pues se requiere de una intervención activa de diversas disciplinas y reformas legales, tendientes a evitar en forma caprichosa la disolución del vínculo matrimonial, que atente contra la familia base de nuestra sociedad en agravio de los derechos de los menores.

¹⁹⁰ Marcel Planiol-Georges Ripert, “Derecho Civil”, Colección Clásicos del Derecho, Editorial Pedagógica, Iberoamericana, México, pág. 153.

¹⁹¹ Rafael de Pina, “Elementos de Derecho Civil”, Volumen I, 17 edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992, pág. 339.

“Clásicamente el divorcio ha sido definido como “la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los dos esposos; *divortium* se deriva de *divertere*, irse cada uno por su lado. Esta ruptura sólo puede existir por autoridad de la justicia y por causas determinadas en la ley.”¹⁹²

Al respecto del concepto de divorcio Rafael de Pina, apunta: “La palabra divorcio, en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación; en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado y al efecto, y por una causa determinada de modo expreso.”¹⁹³

Por lo que la causal de divorcio debe de ser determinada de modo expreso en la ley.

Para Colín y Capitant: “El divorcio es la disolución del matrimonio, viviendo los esposos a consecuencia de una resolución judicial dictada a demanda de uno de ellos, o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley.”¹⁹⁴

Para el profesor Galindo Garfias, “La voz latina *divortium* evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial, y sólo tiene lugar mediante declaración de la autoridad judicial, y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial”¹⁹⁵

¹⁹² Marcel Planiol-Georges Ripter, ob. Cit., pág. 153.

¹⁹³ Rafael de Pina, ob. Cit., pág. 338.

¹⁹⁴ Colín Henri y Capitant Ambroise, “Tratado Elemental de Derecho Civil”, versión al castellano de Demófilo de Buen, 2ª edición francesa, Tomo I, Edit. Reus, Madrid, 1952, pág. 436.

¹⁹⁵ Ignacio Galindo Garfias, “Derecho Civil”, Edit. Porrúa, S.A., México, 1993, 12ª edición, pág. 577.

Así mismo, añade el mismo autor: “La resolución judicial que condena a la ruptura del vínculo matrimonial, debe ser el resultado de la imposibilidad de continuar los cónyuges unidos en matrimonio, y así mismo haber quedado probado plenamente en juicio, la existencia contundente de un hecho o hechos que preseñalados por la ley, sean causante de divorcio.”¹⁹⁶

Para el profesor Magallón Ibarra, “El divorcio es el rompimiento y disolución del vínculo conyugal que une válidamente a una pareja que, mediante una sentencia, deja a sus partes en aptitud de contraer legalmente un nuevo matrimonio.”¹⁹⁷

Para Sara Montero Duhalt, el concepto jurídico de divorcio “es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente, que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.”¹⁹⁸

Las causas que dan origen a la separación legal de los cónyuges mediante el divorcio, debe ser posterior a la celebración matrimonial, como lo anota al definir el divorcio Flores Barroeta, “El divorcio es la disolución del vínculo del matrimonio, en vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio”¹⁹⁹

Para Fernando Flores Gómez el divorcio “es un acto mediante el cual se disuelve el vínculo conyugal, concluyendo desde, luego el contrato matrimonial”²⁰⁰

¹⁹⁶ *Ibidem.* pág. 578.

¹⁹⁷ Jorge Mario Magallón Ibarra, *ob. cit.*, pág. 356.

¹⁹⁸ Sara Montero Duhalt, *ob. cit.*, pág. 196 y 197.

¹⁹⁹ Benjamín Flores Barroeta, “Lecciones de Primera Curso de Derecho Civil”, México, 1960, pág. 382.

²⁰⁰ Fernando Flores Gómez González, “Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil”, 4ª edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1984, pág. 99.

De las definiciones de divorcio antes transcritas, podemos observar que básicamente lo definen en formas semejantes, entre las mismas encontramos similitud.

Así concluimos que el divorcio es: La disolución del vínculo matrimonial, originada por una causa posterior al matrimonio y previamente regulada en la ley, que mediante sentencia firme deja a los divorciantes en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 266, establece:

“Artículo 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario, cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario, cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundando en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código”

De conformidad con el precepto legal antes citado, definitivamente el divorcio dará como efecto la disolución del vínculo matrimonial, dejando a los divorciantes la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio.

Así mismo, la terminación del matrimonio mediante el divorcio puede ser de dos formas:

- a) Voluntario
- b) Necesario

5.1.1 DIVORCIO VOLUNTARIO.

A su vez, el divorcio voluntario puede ser de dos formas.

I. Administrativo

II. Judicial

Es un requisito para ambos tipos de divorcio, que haya transcurrido un año a la celebración del matrimonio.

1.- El Divorcio administrativo, como su nombre lo indica, su tramitación será eminentemente administrativa, y la disolución del mismo lo dictará el Juez del Registro Civil.

El Código Civil en su artículo 272 lo regula:

“Artículo 272.- Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la *celebración del matrimonio*, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tenga hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido, no producirá efectos, *independientemente* de las sanciones previstas en las leyes.”

Por la naturaleza propia de este tipo de divorcio administrativo, que solo tiene lugar entre divorciantes que no procrearon hijos producto de esa unión,

es, que no tiene mayor vinculación con nuestro tema de estudio por la falta de existencia de dichos menores.

El Divorcio Voluntario Judicial, se tramita ante el C. Juez de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia, ante el cual, los cónyuges divorciantes presentarán en forma escrita un curso legalmente requisitado, con la formalidad de una demanda que para ese propósito formulen, solicitando se dé trámite a su solicitud voluntaria de divorcio, en la cual harán una relación de hechos, manifestando el día y lugar en que contrajeron matrimonio, el régimen económico que pactaron en su matrimonio, el nombre y fecha de nacimiento de los hijos, que producto de esa unión hayan procreado, acreditando estos hechos con las copias certificadas del Registro Civil, así mismo indicarán el lugar en que se estableció el domicilio conyugal, así como el estado de no embarazo de la divorciante, o en su caso de estar la misma embarazada, las medidas legales pertinentes al mismo.

A este curso en el que se solicita el divorcio voluntario, además de los atestados del registro civil relativos al mismo, las capitulaciones matrimoniales y los títulos de propiedad o escrituras de los bienes inmuebles adquiridos en caso de sociedad conyugal entre otros documentos. Deberá anexarse el convenio relativo tal como lo establece el artículo 273 del Código Civil, que a continuación se transcribe:

“Artículo 273.- Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

- I.- Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;
- II.- El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tantos durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la

obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento:

- III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio.
- IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;
- V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;
- VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y
- VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.”

De conformidad con el Código de Procedimientos Civiles, posteriormente a la presentación del ocurso de divorcio voluntario y anexos, el juzgado familiar que conozca del asunto, procederá a registrarlo en el Libro de Gobierno de dicho juzgado, y se le formará un expediente para su tramitación, en el que mediante acuerdo del Juez correspondiente, se citará a los cónyuges divorciantes, para la celebración de la primera junta de avenencia, señalándose día y hora en que se celebrará en el local del juzgado, con la comparecencia en que plenamente identificados comparecerán los divorciantes en forma personalísima y no por medio de apoderado o representante legal alguno, así mismo en dicho acuerdo dictado por el Juez de lo familiar que conoce de dicho divorcio voluntario, se le dará vistas, para su intervención al C. Agente del Ministerio Público, adscrito a dicho juzgado, para los efectos de su representación social.

Celebrada la primera junta de avenencia, si los cónyuges que fueron exhortados por el personal del juzgado, a efecto de que se reconcilien por bien de sus hijos, si insisten en su deseo de divorciarse, se señalará una segunda fecha, para la celebración de una segunda y última junta de avenencia, si en esta segunda oportunidad no se lograsen reconciliar y si en el convenio quedaron bien garantizados los alimentos y demás derechos de los hijos menores de edad, o incapacitados, una vez escuchando la opinión del C. Agente del Ministerio Público, respecto a los puntos pactados por los divorciantes en el convenio, el C. Juez de lo familiar dictará la sentencia que en derecho proceda, en la que de ser procedente, se condenará a la disolución del vínculo matrimonial, que había unido en matrimonio a los ahora cónyuges divorciantes, aprobando el convenio celebrado por estos y presentado en el juzgado.

En este tipo de juicio existe una fórmula de caducidad de la instancia, que es procedente en el caso de que cualquiera de los dos cónyuges divorciantes, deje transcurrir más de tres meses, sin continuar tramitando el procedimiento de dicho juicio, en cuyo caso, el juzgado declarará dejar sin efectos la solicitud de divorcio, mandando archivar el expediente relativo como asunto concluido.

En este tipo de divorcio voluntario judicial, no existe en su tramitación mayor problema con lo relativo a la pérdida de la patria potestad por maltrato al menor, que es el tema objeto de nuestro trabajo, ya que por su esencia, este tipo de divorcio está basado en la voluntad de las partes, y no así en litigio, que al celebrar un convenio, establecen de común acuerdo la forma en que se continuará ejerciendo los derechos y obligaciones relativas al ejercicio de la patria potestad, tales como guarda y custodia de los menores, alimentos a los mismos, la forma de pago de dicha pensión y la forma de garantizar su cumplimiento, así como las convivencias que el cónyuge divorciante que no conserve la guarda y custodia de sus menores hijos tendrá con los mismos, sin que por ello quiera decir que con posterioridad a dicho divorcio voluntario, pueda o no existir el juicio de Pérdida de Patria potestad, pero lo será en forma autónoma el uno del otro.

5.1.2- DIVORCIO NECESARIO.

El Divorcio necesario, es la disolución del vínculo matrimonial, en vida de los cónyuges, basado en una causal del mismo, de las previamente establecidas por el Código Civil, en su artículo respectivo, que presupone la culpabilidad en el mismo de alguno de los cónyuges, que mediante sentencia ejecutoriada dictada por Juez competente, deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, así como establece mediante la misma la situación en que han de quedar los hijos menores de edad del disuelto matrimonio, en caso de existirlos.

El divorcio necesario es el tipo de divorcio, que en su tramitación si va a tener una vinculación efectiva con la pérdida de la patria potestad, por maltrato al menor.

Este tipo de divorcio es “procedente cuando alguno de los cónyuges comete algún hecho que sea suficiente para que el otro demande la disolución matrimonial, es decir, el divorcio necesario no se pronuncia si no hay razones precisas e imperiosas que lo obliguen. Esto sólo ocurre en nuestra legislación, cuando existe alguna de las causas señaladas... del artículo 267 del Código Civil...”²⁰¹

El orden jurídico ha considerado como causas de divorcio necesario, solamente aquellas que por su gravedad impidan la normal convivencia de la pareja, y las mismas son específicas las cuales analizaremos en el siguiente punto del presente capítulo.

La demanda de divorcio necesario, al invocar una o más causales de divorcio, presupone culpa de alguno de los cónyuges, y la acción legal para ejercerla la tiene el cónyuge inocente que no ha dado lugar ni motivo al divorcio.

²⁰¹ Fernando Flores Gómez González, ob. cit., pág. 101.

Pero cabe la posibilidad de que ambos sean culpables del divorcio, demandándose recíprocamente, uno en el escrito inicial de la demanda y el otro en la contestación a la misma por medio de la reconvenición, por otras causales de divorcio e incluso las mismas, pero a favor del otro cónyuge.

Las partes en el divorcio necesario, toman el nombre de Actor que es quien interpone la demanda y el Demandado, a quien se le demanda las prestaciones de la misma, por su culpabilidad en el mismo.

Por su controversia entre los cónyuges divorciantes, actor y demandado, el divorcio necesario, se tramita en la vía ordinaria civil, ante el Juez de lo familiar competente, del Tribunal Superior de Justicia en nuestro caso del Distrito Federal.

Dichos cónyuges divorciantes, culpables del divorcio, o bien uno inocente y el otro culpable, a lo largo del proceso iniciado con la demanda de divorcio, tratarán cada uno de acreditar su acción legal, y en su caso excepciones y defensas, a efecto de crear en el ánimo del juzgador la convicción de que les asiste el Derecho.

La acción de divorcio necesario, tiene como característica ser personalísima estar sujeta a caducidad en los más de los casos, por lo que deberá ejercerse en el término legal señalado para hacerla valer, se extingue por la reconciliación de los cónyuges así como por el desistimiento de los mismos, como también por la muerte de alguno de los cónyuges, ya sea antes de ejercerla o bien, durante la tramitación del juicio.

5.2 LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN RELACIÓN CON LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Las causales de divorcio, las podemos definir “como aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y mediante el procedimiento previamente establecido al efecto.”²⁰²

El divorcio necesario, procederá por la invocación de cualquiera de las causales de divorcio, que deberán quedar plenamente acreditadas en juicio, para su procedencia, estas causales se encuentren previamente establecidas por la ley en la materia, y únicamente por ellas se declarará el divorcio, por lo que no cabe la posibilidad de invocar causas análogas a las causales, únicamente ellas.

Estas causales de divorcio se encuentran textualmente señaladas en las normas especiales dictadas para regular esta materia, que en nuestro caso, por razón de territorio y jurisdicción es el Código Civil para el Distrito Federal, artículo 267, que a continuación transcribo para su estudio:

“Artículo 267. Son causas de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;
- III.- La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;

²⁰² Rafael de Pina, ob. cit. Pág. 340.

- IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;
- V.- La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI.- Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada.
- VII.- Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;
- VIII.- La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;
- IX.- La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos;
- X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que haya ésta, que proceda la declaración de ausencia;
- XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos.
- XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;
- XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada; .

- XV.- El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;
- XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;
- XVII.- La conducta de violencia familiar, cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;
- XVIII.- El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;
- XIX.- El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;
- XX.- El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y
- XXI.- Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.”

Antes de proceder a pasar al estudio de las causales de divorcio en relación con la pérdida de la patria potestad, por maltrato al menor considero pertinente, transcribir el artículo 444, del Código Civil para el Distrito Federal, que aunque se estudió y analizó en el capítulo anterior, si es importante tenerlo presente para la mejor comprensión y análisis del presente trabajo.

“Artículo 444.- La patria potestad se pierde por resolución judicial:

- I.- Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;
- II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III.- En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida;
- IV.- El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad;
- V.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos;
- VI.- Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por mas de seis meses;
- VII.- Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y
- VIII.- Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o mas veces por delito grave.”

Pasemos al estudio de las causales de divorcio del artículo 267 del Código Civil,

I. EL ADULTERIO DEBIDAMENTE PROBADO DE UNO DE LOS CONYUGES;

Por quebrantar el deber de fidelidad entre los cónyuges en razón del matrimonio, mismo que es caracterizado por el respeto entre sí de los

cónyuges, constituye una causa suficiente para demandarle al cónyuge culpable de dicho adulterio, la disolución del vínculo matrimonial.

El adulterio es un problema de la pareja que tiene una gama de factores que motivan su existencia, de origen cultural, social, psicológico, entre otros; pero considero que cuando el mismo se presenta, es una señal clara de que la pareja ha dejado de ser precisamente eso, que existe un grave desajuste y desacoplo en la misma, que quizás lo que antes era funcional ha dejado de serlo.

Las parejas, están en su libertad para enfrentar dicho problema con madurez, acudiendo a un especialista en la disfunción que aqueja a la misma, o en su defecto, si consideran que el daño causado es irreconciliable, irreatable e irreparable, hacer valer su acción legal apoyada en esta causal y demandarle la disolución del vínculo matrimonial al cónyuge culpable.

Si bien es cierto que la ofensa cometida por el adulterio atañe también a los hijos, no creo que por sí sola deba ser causa suficiente para la pérdida de la patria potestad, por la gravedad de ello, en los casos en que directamente con dicha falta, no se haya maltratado de hecho al menor, pues la ofensa directa es para el cónyuge inocente, al que si le deben fidelidad, y no así para los hijos a quienes estando en el supuesto caso de que si se les proporcione todo lo necesario para su bienestar, es decir, que si de hecho se va a quebrantar la familiar, que los hijos sean perjudicados lo menos posible, y no pierdan así mismo el contacto y convivencia con su progenitor que ha cumplido con sus deberes como tal.

Muy diferente sería el caso, del ascendiente que no obstante de inferir maltrato a los menores, causándoles todo el trastorno que con ello acarrea, todavía realice esta ofensiva o conducta contra su cónyuge, quebrantando completamente su hogar, en cuyo caso, al relacionar su conducta irresponsable para con sus hijos, fundada en cualesquiera de las fracciones del artículo 444 del código Civil, con esta causal de divorcio, si debe proceder definitivamente la pérdida de la patria potestad, con la disolución matrimonial, toda vez que el cónyuge culpable en este caso o análogos al mismo, no representa ninguna seguridad, tanto para los hijos, como mucho menos para el cónyuge inocente.

La procedencia de esta causal, está en la prueba de la misma, y al ser el adulterio consumado de difícil comprobación para la materia familiar, por la cuestión del tiempo que transcurre, entre la consumación del hecho, la interposición y admisión de la demanda, y más aún del período de desahogo de pruebas, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, aceptan en esta materia la prueba indirecta para demostrar la comisión del adulterio.

Al respecto la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala: "Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable."
203

II.- EL HECHO DE QUE DURANTE EL MATRIMONIO NAZCA UN HIJO CONCEBIDO ANTES DE LA CELEBRACION DE ESTE CON PERSONA DISTINTA A SU CONYUGE, SIEMPRE Y CUANDO NO SE HUBIERE TENIDO CONOCIMIENTO DE ESTA CIRCUNSTANCIA

En esta causal, encontramos las siguientes vertientes:

- a) El hijo procreado o concebido con anterioridad al matrimonio debe nacer dentro de la vigencia del matrimonio.
- b) Este hijo debe de ser concebido necesariamente con persona diferente que no sea el cónyuge inocente, es decir un tercero ajeno al matrimonio,
- c) Que hubiera el total desconocimiento por parte del cónyuge inocente u ofendido, de esa circunstancia, es decir, de que se hubiere procreado dicho hijo con persona diversa a la relación matrimonial, porque de lo contrario, no estaríamos en este

²⁰³ Amparo Directo 7226/1960. Antonio Verde Barrón, 5 votos. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época, Apéndice 1917-1975, Cuarta parte, 3ª Sala, Vol. III, Jurisprudencia 159, pág. 10.

supuesto, es decir, si el cónyuge ofendido sabía y conocía esta circunstancia y así aceptó libremente la celebración del matrimonio.

Esta hipótesis presupone el hecho de la reciente celebración del matrimonio, en la que prematuramente nace un hijo de persona ajena, entendemos que no existen hijos entre sí de la pareja unida en matrimonio, por lo reciente del mismo, por lo que no habrá menores de los cuales deba existir el problema de la pérdida o no, de la patria potestad por maltrato a los mismos.

III.- LA PROPUESTA DE UN CONYUGE PARA PROSTITUIR AL OTRO, NO SOLO CUANDO EL MISMO LO HAYA HECHO DIRECTAMENTE, SINO TAMBIEN CUANDO SE PRUEBE QUE HA RECIBIDO CUALQUIER REMUNERACION CON EL OBJETO EXPRESO DE PERMITIR QUE SE TENGAN RELACIONES CARNALES CON ELLA O CON EL

Encontramos en esta causal de divorcio una conducta perversa inmoral, e incluso delictiva por lo que en forma preventiva por la salud mental de los menores hijos, y en apoyo a cualquier fracción relacionada con el artículo 444 del Código Civil, debe decretarse la pérdida de la Patria potestad, pues un ascendiente con este tipo de carencia de valores, no se los podrá infundir a sus menores hijos, a efecto de formarlos como individuos sanos mental y físicamente.

El legislador ha contemplado el caso de que la propuesta a la prostitución puede ser tanto por el hombre como por la mujer, contemplando una conducta inmoral, injuriosa y en casos delictiva.

El Código Penal para el Distrito Federal, en sus artículos 206 y 207 establece lo siguiente:

“Artículo 206.- El lenocinio se sancionará con prisión de dos a nueve años y de cincuenta a quinientos días multa”

“Artículo 207.- Comete el delito de lenocinio:

- I.- Toda persona que habitual u ocasionalmente explote el cuerpo de otra sin su consentimiento por medio del comercio sexual, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera;
- II.- Al que induzca a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución, y
- III.- Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución u obtenga cualquier beneficio con sus productos.

Si se emplease violencia o el agente se valiese de una función pública que tuviera, la pena se agravará hasta en una mitad más”.

El mismo Código Penal señala en su artículo 208, que cuando la persona objeto de la explotación sea menor de edad, la pena será de seis a diez años de prisión, y multa de mil quinientos a dos mil días multa.

Al encontrarse esta causal, estrechamente relacionada con las fracciones del artículo 444 del Código Civil, debe decretarse la pérdida de la patria potestad de los menores hijos del cónyuge culpable.

IV. LA INCITACION O LA VIOLENCIA HECHA POR UN CONYUGE AL OTRO PARA COMETER ALGUN DELITO;

Encontramos cierta similitud, con la causal anterior, pues ambas implican la incitación de un cónyuge para con el otro a efecto de realizar conducta ilícita, por lo que al tener estrecha relación con las causas de pérdida de la patria potestad, de comprobarse plenamente es procedente la pérdida de la patria potestad.

Es indispensable para la procedencia de esta causal que uno de los esposos motive al otro para que realice una conducta, la cual debe ser tipificada como delito por el Código Penal, es decir, la tipificación de tal conducta como ilícito es fundamental.

“La incitación para cometer un delito puede tomar dentro del matrimonio un sin número de formas. Puede ser de palabra, por escrito y hasta por medio de determinados actos como el desprecio, la sonrisa, burlona, el negarse a cumplir con el débito conyugal y otros análogos con lo que de una manera u otra se lleva a la provocación.”²⁰⁴

V. LA CONDUCTA DE ALGUNO DE LOS CONYUGES CON EL FIN DE CORROMPER A LOS HIJOS, ASI COMO LA TOLERANCIA EN SU CORRUPCION;

En virtud de que uno de los deberes jurídicos fundamentales de los padres para con los hijos, consiste en educarlos. Es evidente entonces el hecho de que como causa de divorcio, se establezca que cuando uno de los esposos lejos de cumplir con la educación y orientación de los hijos, ejecute actos inmorales con la finalidad de corromperlos o tolerar su corrupción, al consistir esta degenerada conducta en hechos claramente contrarios a los deberes

²⁰⁴ Sara Montero Duhalt, ob. cit., pág. 226.

encomendados en el ejercicio de la patria potestad, y al estar la misma encuadrada en las fracciones del artículo 444 del Código Civil, es necesario se decrete la pérdida de la patria potestad del cónyuge culpable respecto sus menores hijos, como protección y defensa de los mismos.

VI. PADECER CUALQUIER ENFERMEDAD INCURABLE QUE SEA ADEMAS, CONTAGIOSA O HEREDITARIA Y LA IMPOTENCIA SEXUAL IRREVERSIBLE, SIEMPRE Y CUANDO NO TENGA SU ORIGEN EN LA EDAD AVANZADA;.

Esta causal, contempla dos vertientes:

- a) De padecer cualquier enfermedad incurable, contagiosa o hereditaria,
y
- b) La impotencia sea irreversible, que no sea por edad avanzada.

De las cuales, pudiera o no tener culpabilidad el cónyuge responsable de la misma, pues si bien puede tratarse enfermedades que desgraciadamente sufriera dicho cónyuge, también lo puede ser por conductas culposas, como contagios de enfermedades sexuales por adulterio e incluso de sida.

“En esta causal encontramos básicamente una razón que podremos calificar de biológica, para generar la justificación del divorcio sin embargo, no puede terminantemente excluirse la posibilidad de que en ella concurra la injuria, por cuanto al posible contagio venéreo extramatrimonial.”²⁰⁵

Dependerá de las circunstancias de cada caso en concreto, y su relación o no con las causas de pérdida de la patria potestad, para que proceda o no la misma.

²⁰⁵ Jorge Mario Magallón Ibarra. op. Cit., Pág. 385.

Pues si el ascendiente con este tipo de enfermedades, cumple oportuna y adecuadamente con sus deberes en el ejercicio de la patria potestad, no es procedente la pérdida de este derecho, aún, cuando fuere procedente esta causal, para disolver el vínculo matrimonial.

Pues que absurdo, resultare, que por padecer impotencia sexual, pudiera perder sus derechos y facultades en el ejercicio de la patria potestad de sus menores hijos.

Por lo que dependerá de cada caso en concreto, si además hay o no maltrato al menor y abandono de los deberes para con el mismo, para la procedencia de la pérdida de la patria potestad, en un juicio entablado con base a esta causal de divorcio.

VII. PADECER TRASTORNO MENTAL INCURABLE, PREVIA DECLARACION DE INTERDICCION QUE SE HAGA RESPECTO DEL CONYUGE ENFERMO.

Esta causal tiene como requisito para su procedencia:

- a) Que el trastorno mental sea incurable.
- b) Que exista una previa declaración de interdicción del cónyuge enfermo al momento de entablarse la demanda del divorcio necesario, apoyado en esta causal.

Por lo general, esta causal, no implica una conducta responsable o culposa del cónyuge a quien se le atribuye, sin embargo el otro cónyuge sano, no está obligado a continuar unido en matrimonio, a un persona en estas circunstancias y tiene acción legal, apoyada en esta causal, para demandar el divorcio necesario.

Por la propia naturaleza de esta situación, el cónyuge enfermo del trastorno mental, no podrá ejercer la patria potestad, más tomando en cuenta que las causas para decretar la pérdida de la patria potestad deben de ser en forma culpable del ascendiente a quien se le demanda, en este caso, no es compatible, la pérdida de los derechos y facultades en el ejercicio de la patria potestad, aún cuando de hecho, no podrá ejercerlos siendo en este caso más bien procedente la suspensión de la misma.

VIII. LA SEPARACION INJUSTIFICADA DE LA CASA CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES;

Esta causal, conocida como abandono de hogar, implica el concepto del domicilio conyugal, es decir, dependerá del establecimiento o no del domicilio conyugal, para su procedencia en el divorcio necesario. Y se encuentra muy relacionada con las fracciones IV y VI, del artículo 444 del Código Civil, relativos al abandono en forma culpable e injustificable de sus deberes para con sus menores hijos.

“Divorcio, abandono del domicilio conyugal como causal de. La causal de abandono del domicilio conyugal requiera la comprobación plena de los hechos o supuestos que la integran, y que son: a) La existencia del matrimonio; b) La existencia del domicilio conyugal, y c) La separación de uno de los cónyuges de la morada conyugal por más de seis meses sin motivo justificado.”²⁰⁶

“Divorcio, abandono del domicilio conyugal como causal de. La causal de divorcio consistente en el abandono o separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causas justificada, se refiere aun lapso continuo y es de tracto sucesivo o de realización continua por lo que la acción no caduca y

²⁰⁶ Tesis Jurisprudencial 201. Sexta Época. Cuarta Parte. Vol. 38, pág. 53, A.D. 1838/71. Jorge Fuentes Manríquez. Unanimidad 4 votos.

puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el abandono, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita.”²⁰⁷

“Divorcio, abandono del domicilio conyugal cuando los cónyuges viven en calidad e arrimados. Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar, y si este no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio.”²⁰⁸

Pudiera darse la excepción del caso de separación de la casa conyugal, en la que el cónyuge responsable, sí cumpliera con las obligaciones para con sus menores hijos, proporcionándoles los alimentos necesarios, en cuyo caso, si bien ha incurrido en una causal de divorcio, no así en una causa de pérdida de la patria potestad, en el supuesto de que a pesar de no cohabitar con el cónyuge inocente, si cumpliera con todas sus obligaciones relativas al ejercicio de la patria potestad.

Con el incumplimiento del deber de realizar vida en común entre los cónyuges, así como la permanencia, el socorro y la ayuda mutua, así como las obligaciones alimentarias y atenciones personales que entre los cónyuges se deben, encuentra su procedencia la invocación de esta causal de divorcio, contraria a los fines matrimoniales

Es muy factible, la existencia de esta causal, en circunstancias en las que también el cónyuge responsable, ha abandonado de igual forma a sus hijos, desatendiendo completamente sus deberes relativos a la patria potestad, comprometiendo y dañando el sano y adecuado desarrollo de los menores, por lo que de acreditarse ello, debe decretarse la pérdida de la patria potestad, independientemente de las sanciones penales en que pudiera colocarse por su

²⁰⁷ Tesis Jurisprudencial 202, Vol. LXI, pág. 138. A.D 2625/59. Jorge Gamboa Salazar. 5 votos.

²⁰⁸ Tesis 205, Vol. XLVIII, pág. 164, A.D. 572/60. Jesús Raygoza Cornejo. 5 votos.

probable conducta ilícita, tipificados en el capítulo VII, del Código Penal, regulado como delito de abandono de persona, en los artículos 335, 336, 337, 339.

Por lo cual considero pertinente, transcribir el artículo 336 del Código Penal:

“Artículo 336.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijas, hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando posteriormente cuenten con el apoyo de familiares o terceros, se le aplicará de un mes a cinco años de prisión o de 108 a 360 días multa; privación de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministrada oportunamente por el acusado...”

IX. LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE UN AÑO, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE HAYA ORIGINADO LA SEPARACION, LA CUAL PODRA SER INVOCADA POR CUALESQUIERA DE ELLOS;

Esta causal, no hace alusión a precisar el motivo que haya originado la separación de los cónyuges, la cual debe haberse prolongado en el tiempo por más de un año.

Se parte de la idea en esta causal, de que se han dejado de cumplir con los fines del matrimonio, que la pareja ha dejado de serlo, que no existe desde la fecha de separación de la misma una comunión entre los mismos, ningún trato como cónyuges, ni en lo moral, espiritual social, etcétera, así como que se ha dejado de tener relaciones sexuales entre los mismos, por lo que en general, ya no funciona ese matrimonio como tal.

La pérdida de la patria potestad por maltrato al menor, en relación con esta causal, dependerá, si se han dejado de cumplir con los deberes relativos

La pérdida de la patria potestad por maltrato al menor, en relación con esta causal, dependerá, si se han dejado de cumplir con los deberes relativos para con los menores hijos o no, dado que en si misma no es determinante para ello.

Por lo que en caso de no haber incurrido en ninguna de las fracciones del artículo 444 del Código Civil, no podrá decretarse la pérdida de derechos y facultades paternos.

X.- LA DECLARACION DE AUSENCIA, LEGALMENTE HECHA O LA PRESUNCION DE MUERTE, EN LOS CASOS DE EXCEPCION EN QUE NO SE NECESITA PARA QUE SE HAGA ESTA QUE PROCEDA LA DECLARACION DE AUSENCIA

En esta causal de divorcio, más bien es operante lo dispuesto en el artículo 447 del Código Civil, ya que la pérdida de la patria potestad, es por conductas imputables al ascendiente, y esta situación para su procedencia en el divorcio, no implica necesariamente la responsabilidad del ascendiente para con sus menores hijos.

“Artículo 447.- La patria potestad se suspende:

I.- ...

II.- Por la ausencia declarada en forma; ...”

XI.- LA SEVICIA, LAS AMENAZAS O LAS INJURIAS GRAVES DE UN CONYUGE PARA EL OTRO O PARA LOS HIJOS;

Esta causal es una de las más frecuentes de invocarse en la demanda de divorcio necesario, toda vez, que al existir problemas y desayenencias entre los cónyuges, surge inmediatamente estas conductas del uno en contra del otro o bien entre ambos.

Estas conductas, constituyen los malos tratos propinados de un cónyuge culpable en contra del otro inocente, víctima de tal conducta, al grado de hacer imposible la vida en común.

Implica una conducta contraria a los fines matrimoniales, de respeto y amor, pues con la realización de la sevicia, amenazas o injurias, puede verse dañada la auto estima del cónyuge inocente.

Cuando las sevicias, amenazas o injurias graves, atacan a los menores constituye una alarmante forma de maltrato inferido a los hijos, además del cónyuge víctima de dicha conducta tan deplorable, el ascendiente agresor se coloca completamente en los supuestos establecidos en el artículo 444 del Código Civil, por lo que debe o condenarse a la pérdida de la patria potestad del cónyuge culpable.

“Divorcio. Concepto de injuria. Para los efectos del divorcio por la causal de injurias, no es necesario que estas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el juez al dicta sentencia de divorcio. En la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la ley en forma casuística, por lo que pueden constituir injuria: la expresión, la acción, el acto, la conducta siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa ya que atendiendo a la condición social de los cónyuges a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir implique tal gravedad contra la mutua consideración respeto y afecto que se deben los cónyuges, que haga imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que se profieren o se ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido.”²⁰⁹

“Divorcio, injurias graves como causal de. Tratándose juicios de divorcio, por a causa de injurias graves que hacen imposible la vida conyugal, el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador, la certeza de

²⁰⁹ Tesis Jurisprudencial 213, Vol. LII, pág. 177, A.D. 1851/61. Pedro. A. Velázquez. Unanimidad de 4 votos.

la existencia de un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos, que ha roto, de hecho el vínculo de mutua consideración indispensable en la vida matrimonial. El profundo y radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de uno de ellos, incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio, es el índice que fija racionalmente el ánimo del juzgado.”²¹⁰

Esta conducta requerida en la presente causal para la procedencia del divorcio necesario: Sevicia, amenazas, injurias graves, de las cuales el cónyuge culpable hace víctima a los hijos o al otro cónyuge, consisten: “La primera de ellas abarca desde los malos tratos hasta la crueldad excesiva. Las amenazas es el amago o anuncio de un mal injustificado en la persona, familia, bienes, honra de otro; ... Por su parte las injurias graves deben tenerse como la expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.”²¹¹

Estas conductas por el daño que causan en su víctima, salen del ámbito civil, y son tipificadas además como delito en el Código Penal en los artículos que a continuación transcribo:

Artículo 282. Se aplicará sanción de tres días aun año de prisión o de 180 a 360 días multa:

- I. Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo; y
- II. Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer.

Si el ofendido fuere alguno de los parientes o personas a que se refieren los artículos 343-bis y 343-ter, se aumentarán la pena que corresponda hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo.

Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela.”

²¹⁰ Tesis Jurisprudencial 217, Tomo XLIV, pág. 3102. González de Rodríguez Lucía.

²¹¹ Jorge Mario Magallón Ibarra, ob. cit., pág. 395.

Artículo 282-Bis.- Se aplicarán de cinco a ocho años de prisión y de ciento ochenta a trescientos días multa al que por medio de acciones o amenazas de cualquier género, incluidas las efectuadas en contra de personas, bienes o derechos de terceros ligados por algún vínculo con las personas que en seguida se mencionan, efectuadas por sí o a través de interpósita persona, intimide, inhiba o trate de intimidar o inhibir a la víctima de un delito, el querellante, los testigos o los peritos para que no rindan o alteren su testimonio o dictamen en una averiguación previa o en un proceso.”

La demanda de divorcio fundada en esta causal, requiere que se haga en la descripción de hechos, la textual expresión de las actitudes o conductas del cónyuge demandado en que se fundan tales hechos; relacionándolos en forma precisa y sucinta de manera que el demandado pueda manifestar en su contestación lo que a su derecho convenga y así mismo el juzgador valorara la gravedad y seriedad de las mismas.

Por lo que al invocar esta causal, debe detallarse, precisando textualmente la naturaleza y modalidad de estos malos tratos inferidos tanto a los hijos, como al cónyuge inocente que la invoca.

XII.- LA NEGATIVA INJUSTIFICADA DE LOS CONYUGES A CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES SEÑALADAS EN EL ARTICULO 164, SIN QUE SEA NECESARIO AGOTAR PREVIAMENTE LOS PROCEDIMIENTOS TENDIENTES A SU CUMPLIMIENTO, ASI COMO EL INCUMPLIMIENTO, SIN JUSTA CAUSA, POR ALGUNO DE LOS CONYUGES DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA EN EL CASO DEL ARTICULO 168.

Para el estudio de esta causal, cabe citar los textos de los citados artículos del Código Civil 164 y 168.

“Artículo 164.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.”

“Artículo 168.- Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo familiar.”

Esta injustificada negativa del cónyuge culpable a contribuir con los gastos necesarios para el bienestar del hogar, constituye una de las formas más graves del maltrato de que pueden ser víctima los hijos y el cónyuge inocente, toda vez que los deja en un abandono tal, con necesidades alimentarias que compromete su salud y bienestar, altera su seguridad y la educación escolar de los menores.

Al tener esta causal una eminente coincidencia con las fracciones IV, V, VI, VII, del artículo 444, del Código Civil, es completamente procedente la pérdida de la patria potestad por maltrato al menor, toda vez que por negligencia del cónyuge culpable, daña la salud y sano desarrollo de los menores, colocándolos en una situación apremiante, en la que puede verse comprometida hasta la vida de los mismos, por falta de lo necesario para su subsistencia, atención médica, medicamento e incluso intervención quirúrgica, y en general todo lo concerniente a los alimentos.

Estas conducta contraria a derecho, constituyen un ilícito por parte del cónyuge culpable, se encuentran así mismo reguladas en el Código Penal, haciendo de ella además un delito, tal como se analizó en capítulos anteriores del presente trabajo.

Esta acción que tiene el cónyuge inocente es de tracto sucesivo. Así mismo, la conducta del cónyuge culpable, comprende el delito de abandono de persona, tipificado en el Código Penal en los artículos 335, 336, 336 bis, 337, 339.

En su segundo párrafo del artículo 336 del citado Código Penal señala que se equipara el delito de abandono de personas y se aplicará la misma sanción al que aún viviendo en el mismo domicilio y sin motivo justificado, no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia de sus hijos, cónyuge, concubina.

Para efectos del citado artículo, se tendrá por consumado el abandono aun cuando los hijos sean dejados al cuidado de un familiar sin limitación de grado o de una casa de asistencia. La misma pena se aplicará a aquél que teniendo la obligación de dar alimentos, no los proporcione sin justificada causa. Por lo que independientemente de las acciones civiles que con esta conducta se desprende, también se puede tipificar algún delito.

Esta injustificada negativa del cónyuge o cónyuges culpables al cumplir con las obligaciones básicamente de carácter económico, es una causa de pérdida de la patria potestad que al ser invocada en la demanda de divorcio y así mismo acreditadas en la secuela procesal si producirán con certeza la pérdida de este derecho en el cónyuge culpable, en virtud de la gravedad de la misma, tal como lo establece la siguiente tesis jurisprudencial:

“El padre que no demuestra interés alguno para proveer a la subsistencia, cuidado y educación de hijo, a pesar de tener a su alcance los medios para hacerlo, debe perder la patria potestad sobre él, atento a lo establecido en el artículo 444, fracción III del Código Civil, porque su conducta puede poner en peligro la salud o la seguridad del niño; sin que sea excluyente a lo anterior, el hecho de que la madre provea a la subsistencia y cuidado del menor, porque la situación de desamparo debe juzgarse según la

conducta del progenitor que realiza el abandono, con independencia de la actitud asumida por el otro.”²¹²

XIII. LA ACUSACION CALUMNIOSA HECHA POR UN CONYUGE CONTRA EL OTRO POR DELITO QUE MEREZCA PENA MAYOR DE DOS AÑOS DE PRISION

La deshonestidad y falta de lealtad de un cónyuge para con el otro, así como de respeto e injuria es el fundamento de esta causal. Este hecho es considerado como causal de divorcio, en virtud de que rompe en forma grave la vida conyugal.

“En esta causal, también está presente el concepto de injuria. Se trata obviamente de una acusación que lesione el prestigio y la dignidad de las personas; siendo un concepto muy a fin a la difamación.”²¹³

Es procedente esta causal, cuando el cónyuge que la invocó en su demanda de divorcio necesario en contra del otro, por haberle éste último imputado un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión a sabiendas este último que el mismo era inocente.

Por lo que el cónyuge que invoca como ofendido esta causal debe haber sido para tal momento declarado ya inocente del imputado delito.

Para la pérdida de la patria potestad, respecto a l divorcio necesario que invoque esta causa, deberán incurrir hechos que afecten o lesiones, directamente a los menores hijos de los cónyuges divorciantes, toda vez que por esta causal exclusivamente, sin que el cónyuge culpable de la misma

²¹² Amparo directo 6590/84, Carlos Orozco Garvas. 19 de agosto de 1985. 5 votos. Ponente: Jorge Oliviera Toro. Secretario: José Nabor González Ruiz.

²¹³ Jorge Mario Magallón Ibarra, ob. cit., pág. 403.

omitiera sus deberes relativos a la patria potestad, no será factible la pérdida de este derecho, por lo que para la pérdida de la misma deberán además concurrir otras circunstancias como por ejemplo, ser invocada en la misma demanda de divorcio, la causal de violencia familiar, la XII, etcétera.

Independientemente, de la acción que tiene el cónyuge inocente para invocar esta causal de divorcio, el mismo tiene la acción penal en contra de su cónyuge, toda vez que el Código Penal en su artículo 356, que a continuación cito, así como el artículo 360 del citado Código por su relación con el primero.

“Artículo 356.- El delito de calumnia se castigará con prisión de seis meses a dos años o multa de dos a trescientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del Juez:

- I. Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;
- II. Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquéllas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que éste es inocente, o que aquél no se ha cometido; y
- III. Al que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre la persona del calumniado, en su caso en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad.

En los casos de las dos últimas fracciones, el calumniado es condenado por sentencia irrevocable, se impondrá al calumniador la misma sanción que a aquél.”

“Artículo 360.- No se podrá proceder contra el autor de una difamación o calumnia, sino por queja de la persona ofendida, excepto si el ofendido ha muerto y la difamación o la calumnia fuera posteriores a su

fallecimiento, sólo se podrá proceder en virtud de queja del cónyuge, de los ascendientes, de los descendientes o de los hermanos.

Cuando la difamación y la calumnia sean anteriores al fallecimiento del ofendido, no se atenderá la queja de las personas mencionadas, si aquél hubiere perdonado la ofensa a sabiendas de que se le había inferido, no hubiere presentado en vida su queja pudiendo hacerlo, ni prevenido que lo hiciera sus herederos.”

Si el cónyuge culpable de esta causal, con antelación ya había sido condenado por algún delito, y el cónyuge inocente que invoca en la demanda de divorcio esta causal ejercita a su vez, la acción penal por la comisión del delito de calumnia, en contra del mismo, pudiéramos entonces estar en el supuesto contemplado en la fracción VIII, del artículo 444, por lo que en dicho caso, se perderá la patria potestad, de ser demandada al cónyuge culpable de esta causal de divorcio.

XIV. HABER COMETIDO UNO DE LOS CONYUGES UN DELITO DOLOSO POR EL CUAL HAYA SIDO CONDENADO, POR SENTENCIA EJECUTORIADA;

El requisito para la procedencia de esta causal lo será la sentencia definitiva que imponga al cónyuge causante de dicho ilícito en forma dolosa, tal sanción penal por la comisión del delito.

Al igual que las anteriores causales de divorcio, esta quebranta la relación de pareja por lo que la invocación de la misma disuelve el vínculo matrimonial del cónyuge inocente que lo une con el delincuente.

El Juez, para decretar la pérdida de la patria potestad, en relación con esta causal, debe tomar en cuenta el tipo de delito de que se trate, pues si se requiere para la pérdida de la patria potestad en el divorcio que así la

demande, se tratará de un delito que pueda poner en riesgo al menor, si deberá decretarse la pérdida de este derecho en forma preventiva.

XV. EL ALCOHOLISMO O EL HABITO DE JUEGO, CUANDO AMENACEN CAUSAR LA RUINA DE LA FAMILIA O CONSTITUYAN UN CONTINUO MOTIVO DE DESAVENENCIA;

Es de observarse con claridad que tanto el hábito de juego, como la embriaguez cuando amenazan causar la ruina de la familia, van a constituir, un ambiente de conflicto entre los cónyuges, que deteriora su relación de pareja y los separa cada día más el uno del otro, puesto que estas conductas contempladas en la causal en estudio, no solo lesionan y ofenden la dignidad del cónyuge, inocente, sino que lo rebajan y lo degradan social y moralmente.

Al no ser posible la vida en común entre la pareja, por la negativa conducta que encierra esta causal, el legislador la ha contemplado como causa para disolver el matrimonio, pues al cónyuge inocente que ve por sus hijos, y le interesa su sana formación no debe permitir tan mal ejemplo para los menores y más aún si pone en riesgo su seguridad.

Por la situación que se genera en el interior del hogar, el incumplimiento de sus deberes del alcohólico o jugador para con sus menores hijos de educarlos convenientemente, con buenos ejemplos, y de estar al pendiente de ellos procurando su sano desarrollo en lo físico y mental, en esta causal de divorcio si a su vez, se demanda la pérdida de la patria potestad, si es factible que se pierda este derecho, y el cónyuge culpable del divorcio se le sentencie a la pérdida de la patria potestad.

Pues es difícil imaginar el caso de una persona con hábitos de juego y alcoholismo que si cumpla en forma responsable e independiente de estas

conductas, con todos sus deberes relativos al ejercicio de la patria potestad, pues dependerá del caso en concreto. Pero lo más factible en la invocación de esta causal será la pérdida de la patria potestad.

XVI. COMETER UN CONYUGE CONTRA LA PERSONA O BIENES DEL OTRO, O DE LOS HIJOS, UN DELITO DOLOSO, POR EL CUAL HAYA SIDO CONDENADO POR SENTENCIA EJECUTORIADA.

El punto de partida para la procedencia de esta causal, lo es necesariamente la existencia de la sentencia ejecutoriada por la comisión del delito en perjuicio del cónyuge inocente del divorcio o de los hijos.

Por lo que el sujeto pasivo del delito en este caso deberá serlo el cónyuge o los hijos, para la procedencia de esta causal, a diferencia de la causal contemplada en la fracción XIV, del mismo artículo, en el que el sujeto pasivo es un tercero.

Tratándose de menores de edad, los hijos víctimas del delito cometido por el cónyuge culpable del divorcio es completamente procedente y necesaria la pérdida de la patria potestad, toda vez que el cónyuge culpable del divorcio ha violado injustificada y arbitrariamente los altos valores consagrados en la institución de la patria potestad, y no obstante ha realizado dolosamente una conducta en perjuicio de los menores, sancionada incluso por el Código Penal.

Encontramos en esta causal de divorcio, una clara expresión del maltrato del que el menor puede ser objeto, produciendo en el mismo todos los efectos lesivos a su persona, tal como lo analizamos en el capítulo anterior del presente trabajo.

XVII. LA CONDUCTA DE VIOLENCIA FAMILIAR COMETIDA O PERMITIDA POR UNO DE LOS CONYUGES CONTRA EL OTRO, O HACIA LOS HIJOS DE AMBOS O DE ALGUNO DE ELLOS. SE ENTIENDE POR VIOLENCIA FAMILIAR LA DESCRITA EN ESTE CODIGO;

En esta causal se contempla una de las circunstancias, más desestabilizantes y tóxica, que deterioran y dañan la salud del hogar por lo que el legislador la ha contemplado como causal de disolución del matrimonio, pues es preferente la disolución del mismo, que la existencia nociva de tales circunstancias en el hogar.

En el seno de un hogar con tales característica de violencia familiar, los menores que se encuentran en tan importante etapa de formación y desarrollo, se van a formar y deseducar en un ambiente negativo, desarrollando con frecuencia, sentimientos de odio, venganza, desorientación y confusión de ideas y valores, deseos de revanchismo produciéndose y formándose en muchos casos como individuos incapaces de integrarse positivamente a la sociedad, manteniéndose al margen de la misma, con incluso conductas antisociales que la dañan y deterioran.

La violencia familiar es definida por el Código Civil, en su artículo 323 Quáter, que considero pertinente citar, de la siguiente forma, así como los relativos al mismo.

“ Artículo 323 ter.- Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respecto a su integridad física y

psíquica y obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.”

“Artículo 323 Quáter.- Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato.”

“Artículo 323 Quintus. También se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de otros parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o haya convivido en la misma casa.”

“Artículo 323 Sextus. Los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar, deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otro ordenamiento legal establezcan.

En toda las controversias derivada de violencia familiar, el Juez dictará las medidas a que se refiere la fracción VII del artículo 282 de este Código.”

El divorcio necesario fundado en esta causal, plenamente acreditada en la secuela procesal, producirá definitivamente la pérdida de la patria potestad, que también haya sido demandada, con fundamento en el artículo 444 del Código Civil, por la gravedad de la misma y el serio perjuicio causado a los menores.

Pues el menor que se desarrolla en este ambiente y más aún el que ha sido objeto de maltratos y golpes en el mismo “crece con una gran carga de agresividad reprimida que va a proyectar hacia la nueva familia, pues es muy probable que sea el adulto que maltrate a la mujer y a los hijos. Las vivencias de la niñez del agredido se van a proyectar sobre la nueva familia, sobre los hijos, y será un padre agresor. Además del maltratamiento físico, es muy probable que el sujeto que sufrió agresiones de niño, sea negligente en el cumplimiento de sus obligaciones dentro del hogar, y el mismo cuadro familiar deteriorado, negativo, inestable, en el cual se desarrolló en su niñez, se va a repetir en su nueva familia.”²¹⁴

Con la sentencia de divorcio, en que se decrete la pérdida de la patria potestad por esta causal, con relación a lo establecido por el artículo 444 del mismo Código Civil, se sanciona al responsable de la misma, y se pone al menor lejos del agresor, como defensa en favor del mismo.

Haciéndose posible eliminar el ambiente en que se produce la violencia familiar, con el objeto de mejorar la situación del menor, a efecto de que desaparezcan los factores de agresión como un primer punto de partida para la ardua tarea de rehabilitación del mismo.

²¹⁴ César Augusto Osorio y Nieto, “El Niño Maltratado”, Edit. Trillas. México, 1993. 5ª reimpresión, pág. 61.

XVIII. EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DE LAS DETERMINACIONES, DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS O JUDICIALES QUE SE HAYA ORDENADO, TENDIENTES A CORREGIR LOS ACTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR;

Esta causal de divorcio necesario, la consideró muy relacionada con la anterior, más el punto de partida de esta, es la existencia previa de “DETERMINACIONES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS O JUDICIALES”, ordenadas con antelación, a efecto de que el cónyuge culpable de esta conducta la corrigiera, evitara, eliminando tal problemática, con el objeto de no continuar realizando la violencia familiar.

En virtud de dicho incumplimiento a tales disposiciones, es que ha de encontrar su apoyo esta causal.

En la que por las tóxicas consecuencias que acarrea la comisión de la violencia familiar, tal como lo señalamos en el análisis de la fracción anterior, debe decretarse la pérdida de la patria potestad en contra del cónyuge culpable del divorcio.

XIX. EL USO NO TERAPEUTICO DE LAS SUBSTANCIAS ILICITAS A QUE HACE REFERENCIA LA LEY GENERAL DE SALUD Y LAS LICITAS NO DESTINADAS A ESE USO QUE PRODUZCAN EFECTOS PSICOTROPICOS, CUANDO AMENACEN CAUSAR LA RUINA DE LA FAMILIA O CONSTITUYAN UN CONTINUO MOTIVO DE DESAVENENCIA;

Esta causal comprende, una conducta viciosa por parte del cónyuge culpable de la misma, que afecta la vida familiar, ya que tanto causa deterioro en su vínculo conyugal como con el de sus hijos, quebrantando de esta forma a la familia que ha formado.

Básicamente, esta causal comprende tres aspectos:

- 1.- El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso.
- 2.- Que produzcan efecto psicotrópicos .
- 3.- Cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituya un continuo motivo de desavenencia por constituir ello un vicio.

La Ley General de Salud, en su artículo 245 en relación con las medidas de control y vigilancia que deben adoptar las autoridades sanitarias, las sustancias psicotrópicas las clasifica en cinco grupos:

- I.- Las que tienen valor terapéutico escaso o nulo y que, por ser susceptibles de uso indebido o abuso, constituyen un problema especialmente grave para la salud pública.
- II.- Las que tiene algún valor terapéutico, pero constituyen un problema grave para la salud pública.
- III.- Las que tienen valor terapéutico, pero constituyen un problema para la salud pública.
- IV.- Las que tienen amplios usos terapéuticos y constituyen un problema menor para la salud pública.
- V.- Las que carecen de valor terapéutico y se utilizan corrientemente en la industria.

Así mismo hace referencia dicha Ley, a las sustancias que acción psicotrópicas sin valor terapéutico, que se utilizan en la industria, artesanías, comercio y otras actividades que deben considerárseles como peligrosas; estas últimas tales como solventes, pegamentos como el cinco mil, entre otros. Habla también de la farmacodependencia de uso de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras susceptibles de producir dependencia.

Por lo que en quedan comprendidas en esta causal, todo tipo de drogas, por sus efectos psicotrópicos.

Independientemente de los efectos psicotrópicos que causan este tipo de sustancias, van dejando en el consumidor, adicto, daños a nivel neurológico, además de físicos y psicológicos, que en un principio parecieran ser temporales, sin embargo por el repetido consumo y sus efectos, los daños son irreversibles.

El adicto experimenta una serie de sensaciones, que lo van alejando de la realidad, este individuo “deposita variadas fantasías, se encierra por lo general en la subcultura de las drogas, y el progresivo abandono del contacto con la realidad estructura un “ser en el mundo” autodestructivo no sólo en el plano biológico - psicológico (habiéndose homologado la sinonimia simbólica entre el drogarse y el suicidio diferido), sino en la severa lesión a los factores de pertenencia y participación social.”²¹⁵

Al no permanecer estable en sus emociones el adicto, y estar sujeto a cambios temperamentales no predecibles, por los efectos de estas sustancias no racionales, pone en riesgo la seguridad de los menores bajo su potestad, comprometiendo su integridad física y psicológica.

Dados los cambios psicológicos que experimenta el adicto, en “la esfera afectiva puede haber euforia con hilaridad incontrolable, depresión o una alternancia de ambos. Los estado de pánico o de terror se presentan en forma variable, independientemente de experiencias placenteras previas.”²¹⁶

De tal forma que, el cónyuge con problemas de este tipo de adicciones, de ninguna forma pueden ejercer la patria potestad, respecto de sus menores hijos. Un individuo que estando sujeto a este tipo de efecto, no puede tener la

²¹⁵ Astolfi-Gotelli-Kiss-López Bolado-Maccagno-Poggi, “Toxicomanías”, Edit. Universidad Buenos Aires, 1989, pág. 20.

²¹⁶ Astolfi-Gotelli-Kiss, etc., ob. cit., pág. 21.

capacidad para ejercer la patria potestad de menores, en formación y toda vez que los mismos corren riesgo de ser víctimas de los desvaríos del adicto.

Esta causal, está sujeta a una situación condicionada para su procedencia la cual dependerá de que se realice o no, pues la misma solo procederá cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

De uno a otro tipo de substancias los efectos a los que va a estar sujeto el cónyuge adicto, variará, pero en el fondo existe una coincidencia en los daños generales que sufren dichos adictos con el consumo de estas drogas, efecto degenerativos, permanentes e irreversibles.

“La marihuana deteriora la capacidad de toma de decisiones rápidas y comprensión de información escrita. Aún a bajas dosis el procesamiento de la idea directriz, la memoria de evocación, la percepción selectiva y la fase de almacenamiento de memoria para eventos recientes, muestra el deterioro.”²¹⁷

Por los diversos efectos de una y otras drogas, que alteran la mentalidad del adicto, este no cuenta con la capacidad de poder ejercer la importante responsabilidad que implica el ejercicio de la patria potestad, por lo que consideró que la citada causal en análisis, no debiera estar sujeta a una circunstancia condicionada para su procedencia “cuando amenace causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia”, pues la pérdida de la patria potestad debería decretarse por la simple razón del consumo de tales substancias nocivas.

²¹⁷ Astolfi-Gotelli-Kiss, etc., ob.cit., pág. 21.

XX. EL EMPLEO DE METODOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA, REALIZADA SIN EL CONSENTIMIENTO DE SU CONYUGE

El punto de partida de esta causal, para su procedencia lo es la falta del consentimiento del cónyuge, para realizar un método de fecundación asistida.

Es decir, por la utilización y empleo de métodos ajenos a los naturales con el objeto de lograr la reproducción humana.

Fisiológicamente, la fecundación “es el acto de impregnación del elemento femenino (óvulo), por el masculino (espermatozoide).”²¹⁸

Fecundizar es “Actuar sobre una cosa para hacerla susceptible de fecundar o de ser fecundada.”²¹⁹

Fecundar es unir el elemento reproductor masculino, al femenino para dar origen a un nuevo ser.

Técnicamente en materia de inseminación y fecundación artificial, en el campo de los adelantos de la biología, planteando en lo que consiste la concepción artificial, que debiera ser el término utilizado en esta causal, ya que el término de fecundación artificial será: “La unión artificial extrauterina de un espermatozoide con un óvulo.”²²⁰

En tanto que la inseminación artificial es “el término para indicar la introducción del esperma en la mujer sin asegurar la fecundación”²²¹

²¹⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, Edit. Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina. 1980, Tomo XII, pág. 73.

²¹⁹ Diccionario de la Lengua Española, Ediciones Océano, S.A.

²²⁰ Manuel Francisco Chávez Asencio, “La Familia en el Derecho”, Edit. Porrúa, S.A., México 1992, pág. 25.

²²¹ *Ibidem*, págs. 24 y 25.

Dados los avances de la ciencia, hoy se puede separar en la concepción humana la asociación del coito sexual y la inseminación y se puede producir la segunda, sin la unión sexual de la pareja.

En relación a la forma que da la fecundación artificial, esta puede ser intrauterina o invitro. La primera se procura y logra en el seno materno; la segunda fuera de él, en utensilios u objetos de laboratorio que la realiza.

Esta causal, tiene su procedencia en base a que la conducta que realiza el cónyuge culpable, contraviene, el respeto, comunión y comunicación que debe haber entre cónyuges, toda vez que la comunicación y el amor son características de la relación conyugal y el acto sexual debe ser la expresión de ello.

Si bien es cierto que los métodos de concepción artificial, como avances científicos son un invaluable auxilio científico para aquellas parejas que no pueden tener hijos de manera natural, esto se debe utilizar entre cónyuges en que la utilización de dichos métodos se dé, de común acuerdo entre ambos, en un contexto de amor consciente, libre y responsable, teniendo toda la información concerniente a la realización y utilización de dichos métodos.

No así como acción realizada por uno de los cónyuges, en el que no se cuente con el consentimiento del cónyuge inocente de esta causal de divorcio, ya sea por su negativa a ello, o por habérselo ocultado.

Sin en la demanda de divorcio necesario, que se fundamente en esta causal, no existen además otros hechos en que hubiera incurrido el cónyuge culpable, contraviniendo los fines inherentes en el ejercicio de la patria potestad, tal como lo establece del artículo 444 del Código Civil, por la mera existencia de esta sola causal, en mi opinión personal, no creo deba ser procedente la pérdida de la patria potestad, de los menores hijos de los divorciantes, en el caso de existirlos, aunque por las características que contiene esta causal, más bien pudiera adecuarse a la problemática de parejas

sin hijos, y con problemas de concepción, más dependerá de cada caso en concreto, dependiendo de las circunstancias particulares de cada situación.

XXI.- IMPEDIR UNO DE LOS CONYUGES AL OTRO DESEMPEÑAR UNA ACTIVIDAD EN LOS TERMINOS DE LO DIPUESTO POR EL ARTICULO 169 DE ESTE CODIGO.

Esta causal presupone una conducta por parte del cónyuge culpable en la que coarta la libertad de ejercicio, elección y realización personal del otro cónyuge.

Esta conducta en contra de uno de los cónyuges debe ser: limitando, no permitiendo y restringiendo su realización, así como obligando a que el cónyuge que invoca esta causal no pueda realizar esta actividad lícita.

Se trata de una conducta que atenta contra la libertad personal del individuo frustrando sus inquietudes o motivaciones personales en contraposición a los valores del matrimonio, de respecto entre los cónyuges, lo que crea desavenencia entre los mismos, inconformidad, frustración y así mismo su separación.

La actividad a realizar, objeto del impedimento de la libre realización debe ser lícita y sin perjuicio de la autoridad, consideraciones que por igual tienen los cónyuges en el hogar, de conformidad a lo que establecen los artículos siguientes:

“Artículo 168.- Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación así como

a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo familiar.”

“Artículo 169.- Los cónyuges podrán desempeñar, cualquier actividad siempre que sea lícita y sin perjuicio de los dispuesto en el artículo anterior”

Por si sola, esta conducta no implican maltrato a los menores hijos de los divorciantes, por lo que no es procedente la pérdida de la patria potestad, en este supuesto, a menos de que concurrieran otros elementos aunados a ella, en los que se acreditará el incumplimiento de los deberes inherentes a la institución de la patria potestad y su ejercicio, pero por sí sola, no considero que tenga los elementos suficientes para ello, dada la seriedad y gravedad de la pérdida de la patria potestad.

Después de concluir, el estudio de las diferentes causales de divorcio necesario, observamos que existen causales que se realizan tanto en perjuicio de los hijos como del cónyuge víctima, así como las que afectan principalmente a uno solo de estos.

Por lo que el juez, a efecto de dictar la resolución que en derecho corresponda ha de distinguir entre las faltas, ofensas, incumplimiento de deberes así como daños causados directamente al cónyuge, a diferencia de cuando lo es para el cónyuge y los hijos. En este último caso es cuando es operante la pérdida de la patria potestad, como sanción al cónyuge culpable, y como medida en protección y defensa del menor o menores.

No prevalece una regla general, en lo relativo a pérdida de la patria potestad en relación a la procedencia de determinadas causales que se invoquen en la demanda del divorcio en la que como sanción al cónyuge culpable, proceda la pérdida de tal ejercicio, sino que deben además concurrir cualesquiera de las circunstancias contempladas en el artículo 444 del código civil para la procedencia de la pérdida de la patria potestad.

El artículo 283 del Código Civil, otorga facultades al juez para resolver en la sentencia, respecto de la situación de los hijos del matrimonio disuelto, y así mismo no contempla una situación específica para la pérdida de la patria potestad, en relación con determinadas causales de divorcio.

Por lo que el cónyuge culpable de una causal que afecta a los hijos directamente, pierde la patria potestad, que así se haya demandado si únicamente afecta al otro cónyuge divorciante, debe quedar a juicio del juez la pérdida de este derecho paterno, por lo que la valoración de los hechos constitutivos de la causa invocada estará intrínsecamente relacionada con los supuestos contemplados en el artículo 444 del Código Civil que señalan a su vez, las causas de pérdida de la patria potestad, pues las mismas deben quedar plenamente acreditadas en juicio, dada la magna importancia de la institución de la patria potestad, el artículo 283 del citado Código Civil, a la letra establece:

“Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Para el caso de mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberá establecerse las medidas que se refiere este artículo para su protección.”

De esta manera concluimos con el análisis de las causales de divorcio en relación con la pérdida de la patria potestad.

5.3 -ETAPAS PROCESALES EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO, PARA EL PLANTEAMIENTO DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

El proceso legal, en el juicio de divorcio necesario no se realiza en su totalidad con la consumación en un solo acto, sino que requiere el desarrollo en el tiempo, por medio de una serie de etapas que se suceden en el tiempo sujetos a términos legales, previamente establecidos por el Código Procesal de la materia.

“El proceso es un conjunto complejo de actos, ese conjunto complejo de actos se despliega, y se desarrolla a lo largo de espacios temporales más o menos amplios. ... el proceso tiene pues, un principio y tiene un fin, y cada acto que lo integra va sucediendo a otro, desde un primer acto inicial hasta un último acto final.”²²²

No existe una clara uniformidad por lo que respecta a la determinación de las etapas que integra a todo proceso, sin embargo, cabe distinguir dos grandes etapas que son: la instrucción y el juicio.

“La instrucción es la primera y gran etapa fundamental del proceso, en donde como su nombre indica, se instruye al juzgador como principal objetivo a manera de “provocarle un conocimiento acerca del litigio sobre el que en su oportunidad habrá de pronunciarse en la segunda etapa del proceso.”²²³

²²² Cipriano Gómez Lara, “Derecho Procesal Civil”, 3ª edición, Edit. Trillas, pág. 25.

²²³ *Ibidem*, pág. 26.

De tal manera que al concluir, esta gran etapa, el juzgador, juez de lo familiar, estará en posición de dictar la sentencia que en derecho proceda a efecto de resolver el conflicto de intereses.

El juicio: Es la segunda etapa del proceso, en “la que solamente se desenvuelve una actividad por parte del órgano jurisdiccional, etapa en la que el juzgador o los juzgadores, si se trata de un órgano jurisdiccional colegiado, emiten, dictan o pronuncian la sentencia jurisdiccional definitiva que viene a terminar el proceso y a resolver la contienda el conflicto de intereses.”²²⁴

A su vez la etapa procesal de la instrucción se divide en tres fases:

- Postulatoria
- Probatoria
- Preconclusiva

La fase postulatoria, es la primera de la etapa procesal, en la que tiene lugar la demanda, el actor a través del ejercicio de su acción legal va a poner en movimiento el proceso ante órgano jurisdiccional.

Las partes exponen sus pretensiones y resistencias, sus afirmaciones y negaciones, se precisa el contenido del proceso de lo que será el objeto, comprendiendo las siguientes etapas:

1.- Se presenta la demanda

Es esta, la etapa procesal por excelencia en la que debe hacerse valer la acción lega, en que se demanda el divorcio necesario, con la pérdida de la patria potestad del cónyuge demandado.

²²⁴ Cipriano Gómez Lara, ob. cit., pág. 30.

De ella dependerá el desarrollo del proceso en base a los hechos descritos en la misma, que darán pie a la probación de los mismos; de su adecuada formulación, precisión, claridad y bases legales de la acción intentada dependerá en gran parte la resolución.

Al tener el juez por presentada y admitida a trámite la demanda, podrá decretar medidas provisionales, relativas, al bienestar de los menores hijos, como alimentos, ordenando así mismo, se corra traslado y se emplace a juicio al demandado por medio de notificación personal, en el lugar señalado para tales efectos, haciéndole saber que cuenta con un término de nueve días hábiles, para contestar la demanda y expresar lo que a su derecho proceda.

2.- Contestación a la demanda y reconvencción en su caso

“En la contestación a la demanda, el cónyuge indicará si son o no ciertos los hechos señalados en la demanda y, por lo tanto, si ha incurrido o no en la o las causales de divorcio que se le imputan.”²²⁵ Así como de los hechos en que fundan la procedencia legal de la pérdida de la patria potestad, y todo lo relativo a la misma.

Podrá oponer excepciones y defensas, y en su caso promover la reconvencción a la demanda.

En esta etapa procesal, encontramos otro momento idóneo y procedente para demandar la pérdida de la patria potestad, a través de la reconvencción, el demandado, podrá por medio reconvenccional demandar la pérdida de este derecho paterno en contra del cónyuge contrario, actor y demandado reconvenccional.

En el auto que recaiga, a la contestación de la demanda y reconvencción en su caso, el juez ordenará dar vista con ello al actor, a efecto de que pronuncie lo que en su derecho convenga, así mismo y posteriormente

²²⁵ Sara Montero Duhalt, ob. cit., pág. 247.

señalará día y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación como lo establece el artículo 272-A, del Código de Procedimientos Civiles.

3.- Fase Probatoria

El artículo 290 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que el juez abrirá el período de ofrecimiento de pruebas, por un término común a las partes de diez días hábiles, a partir del día siguiente a aquel en que surta efectos la notificación del auto que abre al período de ofrecimiento de pruebas.

4.- Admisión de las pruebas

Concluido el término de diez días señalados para el ofrecimiento de pruebas, se dictará un auto por el cual se admitirán o no las prueba, oportunamente ofrecidas por las partes en litigio, ordenando la preparación de ellas, conforme a la naturaleza de cada una de las mismas, señalándose día y hora para el desahogo de dichas pruebas.

5.- Desahogo de pruebas

El desahogo de las pruebas tendrá lugar en una audiencia señalada para tales efectos, y si quedaren pendientes pruebas por desahogar, se señalará de nueva cuenta días y hora futuros, para la continuación del desahogo de las mismas, cuantas veces sean necesarias.

6.- Alegatos

Concluida la recepción de las pruebas y de conformidad a lo establecido en el artículo 393 del Código de Procedimientos Civiles, las partes alegarán lo que a su derecho proceda, presentando sus conclusiones. En dicha audiencia o por medio de un acuerdo, dictado posteriormente, el juez ordenará se lleven a su vista los autos a efecto de dictar la resolución que en derecho proceda, es decir, citará para sentencia.

7.- Sentencia

Una vez comprobadas las causales de divorcio, el juez dictará y publicará la sentencia definitiva en la que se declarará la disolución del vínculo matrimonial y demás prestaciones reclamadas así como determinará además lo relativo a la situación de los hijos, en lo relativo a los derechos y obligaciones de los divorciantes en el ejercicio de la patria potestad, así como en su caso la pérdida de la patria potestad, tal como lo señala el artículo 283 del Código Civil.

Independientemente de estas etapas procesales, la pérdida de la patria potestad, puede demandarse en forma independiente al juicio de divorcio, ya sea antes del mismo, durante la secuela procesal o posterior a la sentencia de divorcio, dependiendo del tiempo y circunstancias de los hechos en que se funde esta acción tan delicada, pero lo será, en juicio independiente tramitado en la vía ordinaria civil.

Por lo que el planteamiento de la pérdida de la patria potestad, dentro del juicio de divorcio, lo será en la etapa de instrucción del proceso, en la fase postulatoria, en el momento de presentación de la demanda, o en su caso en la contestación a la misma y mediante reconvencción.

5.4.-EL MALTRATO AL MENOR, COMO CAUSAL DE DIVORCIO

Siendo el maltrato a los menores un fenómeno de violencia, que produce en los mismos tan nefastas consecuencias, cuando éste se realiza en el seno familiar, el hecho adquiere un significado específico, toda vez, que se contrapone a los fines y valores del matrimonio, como el de proteger la unidad familiar adecuadamente, presupone que las mismas han sido constituidas y formadas por la voluntad libre de los individuos, en donde predomina el amor, pues el incumplimiento de los deberes tendientes a la protección, educación, guarda de los hijos, descansa en el principio natural del amor a los mismos, por lo que resulta incompatible con la agresión, el uso de la fuerza y en

general, con la escena de violencia hacia los menores, objetos de abusos de poder, de quien ejerce respecto de ellos la patria potestad.

Razón por las que en causales de divorcio, como las señaladas en las fracciones: V, VIII, XI, XII, XV, XVI, XVII, XVIII y XIV del artículo 267 del Código Civil, son causas imputables a uno de los cónyuges, que constituyen diversas modalidades del maltrato a los menores, de que pueden ser objeto.

El maltrato al menor realizado por el ascendiente del mismo y cónyuge culpable en el quebrantamiento de la relación matrimonial, reviste un significado muy especial, toda vez, que es contrario tanto a los fines del matrimonio, como a la conducta esperada en el ejercicio de la patria potestad, siendo estos completamente incompatibles, por el uso de la agresión, fuerza y en general violencia, ya sea física o verbal, contra el cónyuge víctima de la misma, y más aun, contra los menores hijos.

Por lo que existe una coincidencia entre las causales de divorcio contenidas en las fracciones antes citadas del artículo 267 del Código Civil, con las causas de pérdida de la patria potestad, contenidas en el artículo 444 del Código Civil, por lo que estas formas de maltrato a los menores, constituyen una causal de divorcio, dado que dichas conductas al igual que el resto de causales de divorcio, dan procedencia a la necesaria disolución matrimonial, en virtud de que dicho matrimonio se encuentra en una circunstancia tal, que resulta nociva para los menores y el cónyuge ofendido.

Pues con los maltratos a los menores realizados por uno de los cónyuges, se han dejado de cumplir los fines del matrimonio y se ha quebrantado la relación conyugal de la pareja, dado que con dicha conducta lesiona, ofende, daña, deteriorando su unión; la pareja ha dejado de ver en la misma dirección en pro y bienestar de los menores, por lo que la vida en común ya es imposible de compartir y realizar con amor y armonía, lo que tiene como fundamento para constituir una causal de divorcio que ponga fin a la violenta escena familiar.

Así mismo considero pertinente señalar que en los casos, en que el maltrato a los menores, que ya haya sido ventilado y comprobado en un juicio de pérdida de la patria potestad, independiente a la demanda del divorcio del matrimonio subsistente, por no haberse disuelto todavía, por lo que debe constituir la pérdida de la patria potestad en este sentido, una causal más de divorcio, señalada textualmente entre las comprendidas en el artículo 267 del Código Civil.

En virtud de que dicho maltrato, ya ha quedado debidamente acreditado en un juicio previo e independiente al de divorcio, por el que recarga una sentencia ejecutoriada que condena a la pérdida de la patria potestad, esta debe ser una causal de divorcio, toda vez, que en juicio previo que ya han quedado acreditadas y comprobadas, circunstancias que son contempladas como causal de disolución del vínculo matrimonial, en el citado precepto legal.

Lo cual sería en analogía a lo contemplado en las fracciones XIV y XVI del artículo 267 del citado Código Civil, que tienen como punto de partida para su procedencia, la existencia previa de una sentencia ejecutoriada por hechos imputables al cónyuge, culpable.

CONCLUSIONES

1. La institución de la patria potestad a través de la historia, ha sufrido profundas transformaciones del derecho romano a nuestro derecho actual, pues existen grandes diferencias en la misma, a efecto de adecuarse a las circunstancias de la sociedad en constante evolución.
2. Toda vez, que en nuestro Código no existe una definición clara de la figura de la patria potestad, así como de su pérdida, con apoyo en la doctrina, éstas deben definirse en el capítulo relativo.
3. Aun cuando la institución de la patria potestad es orientada a la protección de los menores, en determinados grupos integrantes de nuestra sociedad actualmente, es necesaria una concientización de la importancia trascendental del efectivo ejercicio de la misma, a efecto de evitar los malos tratos a los menores.
4. Los malos tratos a los menores inferidos en el ejercicio de la patria potestad, constituyen un factor para la desadaptación del menor que pueden alterar su personalidad, traduciéndose desde falta de aprovechamiento escolar hasta posibles conductas antisociales.
5. Es necesario realizar reformas a nuestro Código Civil, en materia de patria potestad y su ejercicio, con el objeto de prevenir el maltrato a los menores, y no solamente sancionar una vez realizado dicho maltrato a quienes en el ejercicio de la patria potestad, lo cometan.

6. Toda vez, que en la familia tiene lugar la primera interrelación de los individuos en formación, ya que de ella depende en gran parte su futuro comportamiento en sociedad, de tal forma que a efecto de tener una sociedad con menor índice delictivo, debe fortalecerse aquella institución.
7. A efecto de evitar los perjuicios inherentes a la personalidad del menor que ha sido víctima de maltrato por parte de sus padres, nuestro Código Civil en dicha materia, debe regular estricta y profundamente su rehabilitación, dado que las medidas contempladas en el artículo 283 del citado ordenamiento son insuficientes.
8. Es necesaria la creación de un organismo encargado de vigilar y regular que la rehabilitación a los menores que han sido objeto de malos tratos, se lleve a cabo real y efectivamente en bienestar de los mismos.
9. *Procede decretarse la pérdida de la patria potestad, en forma preventiva en divorcios necesarios, en los que se invoque y acrediten las causales contempladas en las fracciones III, IV, V, XI, XIV, XV, XVI, XVII Y XIX del artículo 267 del Código Civil, porque la pérdida de la patria potestad por maltrato al menor, debe tener un carácter preventivo, a efecto evitar que el menor sea víctima de ello, y no esperar cuando ya se le haya dañado .*
10. El artículo 444 del Código Civil debe establecer que cuando por negligencia o falta de cumplimiento a los deberes de quienes ejercen la patria potestad, fuera factible perjudicar la salud, seguridad, moral o en general el adecuado y sano desarrollo de los menores, debe decretarse la pérdida de la patria potestad, además de las fracciones contenidas en el citado artículo, tal como lo comprendía la fracción III del mismo,

anterior a la reforma de dicho precepto, que entró en vigor a partir del primero de junio del año 2000.

11. Es superior el daño que un menor recibe siendo objeto de malos tratos, que lo que el mismo sea afectado con la pérdida de la patria potestad, al desvincularse de su ascendiente agresor.

12. La pérdida de la patria potestad, debe regularse como causal de divorcio necesario, pues el hecho de que uno de los cónyuges haya sido condenado a la pérdida con antelación, es causa suficiente para dar procedencia al divorcio necesario, toda vez que resulta imposible la adecuada convivencia entre los cónyuges en tales circunstancias, de analogía a los casos comprendidos en las fracciones XIV y XVI del artículo 267 del Código Civil.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALBA CARLOS H.
"ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL DERECHO AZTECA Y EL DERECHO POSITIVO MEXICANO", EDICION ESPAÑOLA DEL INSTITUTO INDIGENISTA INTER-AMERICANO.
- 2.- ARIAS RAMOS J.
"DERECHO ROMANO", EDICIONES REVISTA DE DERECHO PRIVADO, 18ª EDICION, MADRID 1990.
- 3.- ASTOLFI-GOTELLI-KISS-LOPEZ BOLADO-MACCAGNO-POGGI
"TOXICOMANIAS", EDITORIAL UNIVERSIDAD, BUENOS AIRES, 1989.
- 4.- BAQUEIRO ROJAS EDGARD Y ROSALIA BUENROSTRO BAEZ
"DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES", EDITORIAL HARLA, S.A. DE C.V., MEXICO, D.F., 1990.
- 5.- BELLUSCIO AUGUSTO CESAR
"DERECHO DE FAMILIA", EDICIONES PALMA, TOMO II, BUENOS AIRES, 1979.
- 6.- BENAVENTE MOTOLINIA FRAY TORIBIO
"HISTORIA DE LOS INDIOS DE LA NUEVA ESPAÑA", EDITORIAL CHAVEZ,
- 7.- BERNAL BEATRIZ,
"LEYES Y ORDENANZAS REALES DE LAS INDIAS DEL MAR OCEANO", ESTUDIO CRITICO AL CEDULARIO DE ALFONSO ZORITA, EDITORIAL PORRUA, SA.. DE C.V., MEXICO, D.F. 1984.

- 8.- BONNECASSE JULIAN
"ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL", TOMO I, EDITORIAL JOSE
M. CAJICA, PUEBLA, MEXICO, 1945.

- 9.- CASTAN TOBEÑAS JOSE,
"DERECHO CIVIL ESPAÑOL", TOMO I, VOL. I, EDIT. REUS, S.A.,
MADRID.

- 10.- CLAVIJERO FRANCISCO JAVIER
"HISTORIA ANTIGUA DE MEXICO", EDITORIAL PORRUA, S.A.
DE C.V., 8ª EDICION, MEXICO 1987.

- 11.- COLIN HENRI Y CAPITANT AMBROISE
"TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL", VERSION AL
CASTELLANO DE DEMOFILO DE BUEN, 2ª EDICION
FRANCESA, TOMO I, EDITORIAL REUS, MADRID 1952.

- 12.- CHAVEZ ASENCIO MANUEL FRANCISCO
"LA FAMILIA EN EL DERECHO", RELACIONES JURIDICAS
PATERNO FILIALES, 2ª EDICION, ACTUALIZADA, EDITORIAL
PORRUA, S.A., MEXICO, 1992.

- 13.- D'ANTONIO DANIEL HUGO
"PATRIA POTESTAD" EDITORIAL ASTREA, BUENOS AIRES,
ARGENTINA, 1979.

- 14.- DE PINA RAFAEL
"ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO", VOL. I, 17ª
EDICION, EDITORIAL PORRUA, SA. DE C.V., MEXICO, 1992.

- 15.- DE RUGIERO ROBERTO
"INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL", TOMO II, VOLUMEN 2,

- 16.- DE SOLA CAÑIZARES FELIPE
"INICIACION AL DERECHO COMPARADO", BARCELONA,
ESPAÑA, 1954.
- 17.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, EDITORIAL
ESPASA CALPE, MADRID ESPAÑA, 1970.
- 18.- DICCIONARIO BASICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA,
RAMON GARCIA-PELAYO Y GROSS, EDITORIAL LAROUSSE,
MEXICO, 1984.
- 19.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM, 4ª
EDICION, EDITORIAL PORRUA, S.A. DE C.V., MEXICO.
- 20.- DICCIONARIO OCEANO DE LA LENGUA ESPAÑOLA,
EDICIONES OCEANO, S.A., BARCELONA, ESPAÑA,
- 21.- "EN LA CALLE CON LOS NIÑOS"
ARTICULO PUBLICADO POR LA ORGANIZACION DE LAS
NACIONES UNIDAS, PARA LA EDUCACION, LA CIENCIA Y LA
CULTURA, EDITORIAL UNISCA, 1995.
- 22.- ESQUIVEL OBREGON TORIBIO
"APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO",
TOMO I, EDITORIAL POLIS, MEXICO, D.F., 1937.
- 23.- FLORES BARROETA BENJAMIN
"LECCIONES DE PRIMER CURSO DE DERECHO CIVIL",
MEXICO 1960.

- 24.- FLORES GOMEZ GONZALEZ FERNANDO
"INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Y DERECHO CIVIL", 4ª EDICION, EDITORIAL PORRUA, S.A., MÉXICO, 1984.
- 25.- FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO,
"EL DERECHO ROMANO", EL DERECHO PRIVADO ROMANO, 5ª EDICION, EDITORIAL ESFINGE, S.A., 1974.
- 26.- FRANCO GUZMAN RICARDO
"LA PROSTITUCION", EDITORIAL DIANA, MEXICO, D.F., 1973.
- 27.- GALINDO GARFIAS IGNACIO
"DERECHO CIVIL", 12ª EDICION, EDITORIAL PORRUA, S.A. DE C.V., MEXICO, 1993.
- 28.- GOMEZ LARA CIPRIANO
"DERECHO PROCESAL CIVIL", 3ª EDICION, EDITORIAL TRILLAS, MEXICO, 1987.
- 29.- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO
"DERECHO PENAL MEXICANO", EDITORIAL PORRUA, S.A. DE C.V., MEXICO, 1964.
- 30.- GROSSMAN CECILIA P.-SILVIA MESTERMAN
"MALTRATO AL MENOR", EDITORIAL UNIVERSIDAD, BUENOS AIRES, 1992.
- 31.- JOSSEAD LOUIS
"DERECHO CIVIL", TOMO I, VOLUMEN 2, EDITORIAL TEMIS, 1950.

- 32.- JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES, EDICIONES MAYO, MEXICO.
- 33.- KEMPE RUTH S. Y KEMPE C. HENRY,
"NIÑOS MALTRATADOS", EDITORIAL MORATA, S.A.,
MADRID, ESPAÑA, 1979.
- 34.- KIPP THEODOR Y WOLF MARTÍN
"TRATADO DE DERECHO CIVIL", EDITORIAL BOSCH,
BARCELONA, 1976.
- 35.- LEMUS GARCIA RAUL
"DERECHO ROMANO", COMPENDIO 5ª EDICION, EDITORIAL
LIMUSA, MEXICO 1979.
- 36.- LOPEZ DEL CARRIL JULIO J.
"DERECHO DE FAMILIA", EDITORIAL ABELEDO-PERROT,
BUENOS AIRES, 1984.
- 37.- LUCCHINI RICARDO
"NIÑOS DE LA CALLE", -IDENTIDAD, SOCIABILIDAD Y
DROGA-, EDITORIAL AMALIA ROMERO, BARCELONA, 1996.
- 38.- LUCENA MANUEL
"ASI VIVIAN LOS AZTECAS", EDITORIAL IBEROAMERICANA,
S.A. DE C.V., COLECCION BIBLIOTECA BASICA DE HISTORIA,
MEXICO, 1992.
- 39.- LLOVERAS NORA
"PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN", EDITORIAL DEPALMA,
BUENOS AIRES, 1986.

- 40.- MAGALLON IBARRA JORGE MARIO
"INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL", DERECHO DE
FAMILIA, TOMO III, EDITORIAL PORRUA, S.A. DE C.V.,
MEXICO, 1988.
- 41.- MARCHIORI HILDA
"CRIMINOLOGIA", LA VICTIMA DEL DELITO, EDITORIAL
PORRUA, S.A. DE C.V., MEXICO 1998.
- 42.- MATEOS ALARCON MANUEL
"LECCIONES DE DERECHO CIVIL"
- 43.- MENDIZABAL OSES LUIS
"DERECHO DE MENORES", EDICIONES PIRAMIDE, S.A.,
MADRID, 1997.
- 44.- MESSINEO FRANCESCO
"MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL", TOMO II,
TRADUCCION DE SANTIAGO SENTIS MELENDO, EDITORIAL
JURIDICAS, EUROPA-AMERICA, BUENOS AIRES, 1954.
- 45.- MONTERO DUHALT SARA
"DERECHO DE FAMILIA", 4ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA,
S.A. DE C.V., MEXICO, 1990.
- 46.- NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA, TOMO XVI, EDITORIAL
FRANCISCO SEIS, S.A., BARCELONA, 1990.
- 47.- OLIVE LEON
"RAZON Y SOCIEDAD", EDICIONES COYOACAN S.A. DE C.V.,
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, MEXICO, D.F. 1999.

- 48.- OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO
"EL NIÑO MALTRATADO", EDITORIAL TRILLAS, 5ª
REIMPRESION, MEXICO, 1993.
- 49.- PETIT EUGENE
"TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO",
TRADUCCIONES DE LA PRIMERA EDICIÓN, POR J.
FERNANDEZ GONZALEZ, EDITORIAL NACIONAL.
- 50.- PLANIOL MARCEL – GEORGES RIPERT
"DERECHO CIVIL", COLECCION CLASICOS DEL DERECHO,
EDITORIAL PEDAGOGICA IBEROAMERICANA, IMPRESO EN
MEXICO, 1980.
- 51.- PUIG PEÑA FEDERICO
"TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL", TOMO II,
PATERNIDAD Y FILIACION, EDITORIAL REVISTA DE
DERECHO PRIVADO, MADRID, 1971.
- 52.- RODRIGUEZ MANZANERA LUIS
"CRIMINOLOGIA", EDITORIAL PORRUA, S.A. DE C.V., 11ª
EDICION, MEXICO, D.F., 1997.
- 53.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL
"COMPENDIO DE DERECHO CIVIL", TOMO I, EDITORIAL
PORRUA, S.A. DE C.V., MEXICO, D.F., 1988.
- 54.- SANCHEZ MARQUEZ RICARDO
"DERECHO CIVIL", EDITORIAL PORRUA S.A. DE C.V.,
MEXICO, 1998.

- 55.- SOHMM RODOLFO
"INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO",
TRADUCCION DE W. ROSES, EDITORIAL GRAFICA
PANAMERICANA, MEXICO, 1951.
- 56.- STILERMAN MARTHA N.
"MENORES", 2ª EDICION, EDITORIAL UNIVERSIDAD, BUENOS
AIRES, 1992.
- 57.- THEODOR MARTÍN
"TRATADO DE DERECHO CIVIL", DERECHO DE FAMILIA,
TOMO II, TRADUCCION DE BLAS PEREZ GONZALEZ Y JOSE
CASTAN TOBEÑAS, 2ª EDICION, EDITORIAL BOSCH,
BARCELONA, 1952.
- 58.- TORO ALFONSO
"LA IGLESIA Y EL ESTADO EN MEXICO" COMPENDIO DE
HISTORIA DE MEXICO, ARCHIVO GENERAL DE LA NACION,
IMPRESO EN MEXICO, 1975.
- 59.- VALVERDE CALIXTO
"DERECHO CIVIL ESPAÑOL", 2ª EDICION, TOMO IV.
- 60.- VAZQUEZ GENARO V.
"DOCTRINA Y RELACIONES EN LA LEGISLACION PARA LAS
INDIAS", MEXICO, 1946, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS
INDIGENAS.
- 61.- ZANNONI EDUARDO A.
"DERECHO CIVIL", DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 2ª
EDICION, EDITORIAL ASTREA, BUENOS AIRES, 1993.

62.- ZORITA ALONSO

“LEYES Y ORDENANZAS REALES DE LAS INDIAS DEL MAR OCEANO”, SUBTITULO “TABLA DE LOS LIBROS Y TITULOS DE LAS LEYES Y ORDENANZAS DE LAS INDIAS DEL MAR OCEANO”, EDITORIAL PORRUA, S.A. DE C.V., MEXICO, 1984.

LEYES Y CODIGOS

- 1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
- 2.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- 3.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- 4.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- 5.- LEY GENERAL DE SALUD.