



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLAN"



LA NECESIDAD DE AMPLIAR LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS
DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:
MARTINEZ QUEZADA YOLANDA

ASESOR: LIC. JOSE JORGE SERVIN BECERRA



ENERO 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

A DIOS:

Por darme vida y salud para lograr una mas de mis metas, pero sobre todo por haberme dado una familia como la que tengo y amigos así como la oportunidad de compartir con todos ellos este momento.

A MIS PADRES:

Por todo el amor que siempre me han brindado, por toda esa vida llena de sacrificios, por todas sus noches de desvelo, por que siempre confiaron en mi y sobre todo por haberme dado la vida

A MIS HERMANOS:

Por todo su apoyo incondicional en todos los aspectos, por su cariño y sus palabras de aliento y por haberme dado motivos para seguir adelante, mis adorables sobrinos-ahijados.

A MIS AMIGOS:

Por estar conmigo en los momentos mas alegres pero también mas dificiles, siempre dispuestos a escucharme y animarme para lograr mi objetivo, siendo algunas veces mis cómplices al rescate.

A MI CUÑADO G. ULISES R. M. Y A MI HERMANA BLANCA C. G. C.

Por que sin conocerme creyeron en mi y me apoyaron de forma incondicional desde el primer día que nos vimos.

A LA UNIVERSIDAD Y HA MIS MAESTROS:

Por haberme brindado su apoyo, transmitido sus conocimientos y experiencias durante cada una de las etapas de mi vida estudiantil.

Y ha todos aquellos que de alguna manera directa o indirectamente me han ayudado al logro de este objetivo y muy en especial a ese hombre que sin estar conmigo día a día y sin siquiera saberlo me estimulo.

A todos ustedes ¡MUCHAS GRACIAS! por haber creído en mi

YOLANDA

INTRODUCCION

En la actualidad se da con mayor frecuencia el abandono de familiares y/o de familia, condenándose al padre a la pérdida de la patria potestad como sanción a su acción, lo cual hace que nos surjan interrogantes: ¿como queda la situación de los hijos. ya que el padre que abandona a su hijo es condenado a la pérdida de la patria potestad?, ¿hasta donde protege la patria potestad a un menor?, ¿en que beneficia a un menor la sanción impuesta? y realmente beneficia esta sanción al menor.

Por lo que se elaboró el presente trabajo partiendo de la idea de que la Patria Potestad es una institución que influye tanto en la vida de una persona, por lo que inquieta conocer su contenido, las personas que la ejercen; las pugnas jurídicas y judiciales entre ellas por quedarse como únicas titulares, las condenas de Perdida del derecho a ejercer la Patria Potestad, tan contradictorias a veces y, sobretodo, las consecuencias de la pérdida de la misma.

Por ese motivo este trabajo se ha elaborado en cuatro capítulos el primero de ellos titulado la naturaleza de la patria potestad, ya que para poder entender y comprender algo hay que conocerlo desde sus orígenes, la influencia que ha tenido y así dar un concepto actual del mismo, los sujetos que en ella intervienen así como sus efectos. Para conocer e investigar dicha institución pudiendo así entender su objetivo es importante tener bien determinados sus deberes y derechos motivo por el cual titulamos así el segundo capítulo.

Toda vez que una de nuestras interrogantes fue realmente beneficia la pérdida de la patria potestad al menor, debemos entender primeramente como se da la pérdida de esta institución, situación que se analizara en el capítulo tres titulado modos de acabarse o perderse la patria potestad.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Martínez Quezada

Yolanda

FECHA: 15 de Nov. 2007

FIRMA: [Firma]

Una vez entendido y diferenciado los modos de perderse, limitarse y acabarse la patria potestad analizaremos sus consecuencias jurídicas, para poder así tener elementos para poder contestar a nuestras interrogantes planteadas.

En este orden de ideas, es pertinente , una vez entendida y conocida la institución a través de su evolución e influencias con el paso del tiempo, decidir si la misma se acopla a la realidad actual cumpliendo así con su objetivo principal o requiere de ampliar las consecuencias jurídicas para los casos cuando se determina la pérdida de la patria potestad y las consecuencias de la condena de la Pérdida del Derecho a ejercerla.

INDICE

I.- NATURALEZA DE LA PATRIA POTESTAD.

1.-CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD. -----	1
2.- SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD. -----	11
3.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD. -----	17

II.- DEBERES Y DERECHOS DE LA PATRIA POTESTAD.

1.- DEBERES DE LA PATRIA POTESTAD. -----	22
2.- DERECHOS DE LA PATRIA POTESTAD. -----	45
3.- FINES Y/O OBJETIVO DE LA PATRIA POTESTAD. -----	47

III.- MODOS DE ACABARSE O PERDERSE LA PATRIA POTESTAD.

1.- POR MUERTE -----	55
2.- POR LA EMANCIPACION DERIVADA DEL MATRIMONIO. -----	55
3.- POR LA MAYORIA DE EDAD. -----	57
4.- POR DECLARACIÓN JUDICIAL. -----	59

IV.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

1.- EN CUANTO A LOS DERECHOS. -----	75
2.- EN CUANTO A LAS OBLIGACIONES -----	80
3.- ENCUANTO A LA PERSONA DEL MENOR SUS EFECTOS SOCIALES Y PSICOLOGICOS. -----	82

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

CAPITULO I

NATURALEZA DE LA PATRIA POTESTAD

Para poder determinar la naturaleza de la PATRIA POTESTAD es necesario primero definir o dar un concepto de la misma, los sujetos que en ella intervienen y sus características o efectos.

1.-CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

Por lo que para poder dar el concepto de patria potestad es indispensable determinar primeramente el concepto de familia; debido a que la familia es el medio por el cual se forma naturalmente un ser humano en virtud de que este es un ser gregario y tomando en consideración de que es la mas antigua de las Instituciones y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad

Ahora bien “para entender el término “familia” como concepto jurídico, es preciso explicar que la palabra procede etimológicamente “ del grupo de los *famuli* (del osco *famel*, según otros, y según entender de Taparelli y de De greff, de *fames* , hombre). Fámulos son los que moran con el señor de la casa, y según anota Breal, en osco *faamat* significa habita, tal vez del sanscrito *vama*, hogar, habitación, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (*servi*), llamando pues, familia y famulia al conjunto de todos ellos”.¹

¹DE IBARROLA ANTONIO “DERECHO DE LA FAMILIA”, 4ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1993. Pág. 2

La ley no nos da un concepto de familia, por lo que debemos basarnos en la doctrina para encontrar uno o tener elementos para poder dar nuestro propio concepto.

Encontrando así diversos conceptos de FAMILIA en la doctrina, citando solo algunos de ellos como ejemplo.

a) “En la obra *Derecho civil mexicano* de Rojina Villegas, nos ofrece diversos conceptos de familia; por ejemplo señala que está integrada “exclusivamente por los parientes consanguíneos (excepcionalmente puede comprender al hijo adoptivo)”. En otro concepto importante nos indica que la familia “ son todos los que descienden de un antepasado común para alcanzar a los parientes en línea recta colateral hasta determinado grado que el derecho en cada caso va precisado”.

También señala que la familia comprende en sociedad sólo a los padres e hijos, en tanto estos no casen y constituyan una nueva familia.”²

Del presente concepto es importante destacar a efecto de formar el nuestro que una familia solo comprende a padres e hijos, lo anterior en razón de que son los que están conviviendo a diario y les afecta día a día las vivencias de los mismos.

b) Méndez Costa y Hugo D’ Antonio ofrecen una doble definición: familia institución y familia parentesco. La primera se compone por del grupo primario conformado por el padre, la madre y los hijos no emancipados por el matrimonio, siendo los elementos convivencia y sometimiento a la autoridad, esenciales integrantes del conjunto.

Por lo que respecta a la segunda o sea a la familia parentesco, es el grupo constituido por parientes legítimos sin la presencia de los elementos hincados anteriormente, de naturaleza no institucional.³

² ELIAS AZAR EDGAR, PERSONAS Y BIENES EN EL DERCHO CIVIL MEXICANO, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1995. Pág. 10

³ OB. CIT. Pág. 9

Por lo que para efectos del presente trabajo tomaremos ambos criterios ya que la familia no solo es consanguínea, sino también por institución ejemplo de ello es la adopción. Encontrando así también una familia integrada por padre, madre e hijos; es decir por parientes legítimos, dando esta legitimación la figura jurídica denominada adopción.

Sin que se pueda separar ambos conceptos ya que una familia es una institución integrada por parientes.

c) Para Chávez Ascencio, la define “en sentido amplio como el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar.”⁴

En virtud de todo lo expresado una familia no solo comprende un parentesco consanguíneo, por lo que para dar un concepto, se debe de observar como un todo y no particularmente ya que se correría el riesgo de no mencionar lo de vital importancia, así que para poder dar nuestro concepto debemos basarnos en la experiencia del maestro Chavez Ascencio el en breves líneas nos da un concepto amplio de familia.

Así mismos en contraparte encontramos al profesor Beluccio, el cual a efecto de no incurrir en el error de que le falte mencionar alguna característica de la familia la divide de la siguiente manera.

d) En su obra BELUCCIO, define a la familia en sentido amplio, restringido e intermedio, de la siguiente manera.

1 “ *familia en sentido amplio (como parentesco)* .- En el sentido mas amplio (familia como parentesco), es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. Comprendería, según Fassi, “ al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje”, incluyendo los ascendientes, descendientes y

⁴ F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL “LA FAMILIA EN EL DERECHO I”, DERECHO DE LA FAMILIA Y LAS RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES, EDITORIAL PORRUA 5ª, MÉXICO 1999. Pág.199

colaterales del cónyuge, que reciben la denominación de parientes por afinidad; a esa enunciación habrá que agregar al propio cónyuge, que no es un pariente. Desde este punto de vista, cada individuo es el centro de una familia, diferente según la persona a quien se refiera.

2 *familia en sentido restringido (pequeña familia, familia conyugal, parentesco, inmediato o núcleo paterno-filia)*. En sentido más restringido, la familia comprende solo el núcleo paterno-filial-denominado también familia conyugal o pequeña familia-, es decir la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad.

A diferencia de la familia en sentido amplio, definida por la existencia de relaciones jurídicas familiares y que determina el campo del derecho de familia, la familia en sentido restringido asume mayor importancia social que jurídico. Es el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales de este siglo, que tienden a imponer al Estado su defensa o protección.

3 *la familia en sentido intermedio (como un orden jurídico autónomo)*.- En el concepto intermedio, familia es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Era éste el sentido de la familia romana, por lo menos en la primera etapa de su derecho histórico. Como supervivencia de la época romana y también como reflejo de la ampliación de la esfera de autonomía de la familia que acompaña al debilitamiento del Estado en la Edad Media, aparece de nuevo este concepto en la definición de las Partidas que entienden por familia “El señor della e todos los que biven so el, sobre quien ha mandamiento, así como los fijos e los sirvientes e los otros criados” (Partida VII, tit.XXXIII, ley 6^o).⁵

Es importante recalcar que como se ha observado en los anteriores conceptos la familia la integran varios miembros y que conviven entre sí por consiguiente debe de existir un orden, una jerarquía.

⁵ BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO I, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES.1993. Pág. 13

Por lo que podemos decir que:

LA FAMILIA es una Institución natural integrada por diversos sujetos unidos por un parentesco, cuyo objetivo es la participación como núcleo en el desarrollo integral de la sociedad, basados en el amor y respeto, con sus propias reglas y normas.

Toda vez de que la familia es la primera forma de organización social cuyo objetivo es de ayuda mutua, el respeto, el amor y el apoyo entre sus integrantes, deben de existir normas y por consiguiente una autoridad entre los mismos. Ahora bien, por la índole de sus relaciones, la familia no es individualista, y en ella una de las formas de poder se encuentra en la Patria Potestad.

De lo anterior y toda vez de que se tiene claro lo que es una familia y que un elemento de esta es la PATRIA POTESTAD, definiremos a la misma. Y a efecto de poder dar un concepto aremos un breve resumen histórico sobre la evolución de la figura jurídica de la Patria Potestad, iniciado por el origen de la palabra.

Patria Potestad, “proviene del latín “ *patrius*”, a, um, relativo al padre, y “*potestas*”, potestad –poder, que significa poder del padre.”⁶

“La Patria Potestad nace en Roma se le conocía con el nombre de “ *patria potestas*”, y constituía un verdadero poder ilimitado que tenía el padre o el abuelo sobre el hijo.”⁷. Y era la facultad absoluta otorgada a un solo individuo llamado *paterfamilias* sobre las personas y los bienes de estos, que formaban parte integrante de sus *domus* y las mujeres eran excluidas de su ejercicio.

⁶ DE IBARROLA ANTONIO “DERECHO DE LA FAMILIA”, 4ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1993. Pág. 441

⁷MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. “EL DERECHO PRIVADO ROMANO” MÉXICO, ESFINGE SA. 10ª EDICIÓN 1981 Pág. 200

“En un principio, la autoridad del padre era similar a la autoridad que tenía el amo sobre el esclavo, era ejercido de una manera total sobre la persona y los bienes de sus hijos, no obstante, esta autoridad enérgica fue desapareciendo con el tiempo.

En el derecho germánico encontramos un antecedente importante del concepto moderno de Patria Potestad: la *munt* que era la “*patria potestas*”, romana con algunas diferencias. El *munt*, se limitaba a defender, amparar y proteger como lo tiene en la actualidad; así mismo el poder de los padres era compartido y no era vitalicio, como sucedía en algunos casos en el derecho romano.

En España de la Edad Media recoge la *mut* germánico sin atender el “*patria potestas*”, romano, que como se describió anteriormente era más drástico y excluía a la mujer de este ejercicio.”⁸

“Tanto en las relaciones personales como en las patrimoniales la institución sufrió una profunda evolución durante el desenvolvimiento del derecho romano: en el primer aspecto, el *pater* tenía el derecho de vida y muerte (*ius vitae et necis*) sobre las personas sometidas a su potestad, pues le estaba permitido juzgarlos y castigarlos hasta con la pena de muerte. Podía enajenarlos (*ius vendendi*), abandonarlos o exponerlos (*ius exponendi*) y entregarlos en noxa a la víctima del delito por ellos cometidos (*ius noxae dandi*).

El derecho de abandono fue suprimido en la época imperial y el de entregar en noxa al hijo fue abolido por Justiniano.”⁹

El derecho moderno occidental acepta que la patria potestad es una función atribuida a los padres para protección de los hijos. Concibiéndose modernamente como una función que la ley encomienda a los progenitores en beneficio de los hijos y, por lo tanto, otorga los derechos como medio de cumplir con los deberes en la patria potestad se a

⁸ ELIAS AZAR EDGAR, PERSONAS Y BIENES EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1995 Pág. 289

⁹BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES.1993 Págs. 55 y 56

suprimido vestigios del antiguo poder absoluto del *pater familia*, y se estructura la misma como función dual del padre y de la madre y se subraya en el ejercicio de la patria potestad la intervención y vigilancia de la autoridad estatal (por conducto del juez), en consideración del interés del hijo.

Ahora bien veamos algunos conceptos que nos dan diversos autores acerca del concepto de Patria Potestad, dentro de los cuales encontramos características y/o especiales para dar nuestro concepto.

a).- Planiol define la Patria Potestad como “el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre ya a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.¹⁰

Del concepto podemos observar la evolución de la figura jurídica ya que actualmente también se considera a la mujer como sujeto activo de la patria potestad y no pasivo como se hacía en la antigüedad. Encontrando un primer elemento para dar nuestro concepto de la figura jurídica en cuestión.

b).- De Ibarrola, “podríamos definir lo que llamamos hoy Patria Potestad como una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad. La Patria Potestad comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativos para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc.”¹¹

De igual forma encontramos que el profesor Ibarrola dentro de su concepto de Patria Potestad es mas descriptivo al mencionarnos elementos o figuras jurídicas resultantes de la

¹⁰ PLANIOL MARCEL, RIPERT GEORGES “TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL”, INTRODUCCIÓN FAMILIA, MATRIMONIO, 2ª EDICIÓN. 1998. Pág. 251

¹¹ DE IBARROLA ANTONIO “DERECHO DE LA FAMILIA”, 4ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1993. Pág. 441

patria potestad tales como la guarda y custodia, pensión alimenticia, administración de bienes, ..., mismos que analizaremos mas adelante. Encontrando un segundo elemento para dar nuestro concepto de la figura jurídica que son los derechos y las obligaciones inherentes a la mismas.

e).- “Recibe la denominación de patria potestad el conjunto de derechos y deberes que incumben a los padres con relación a las personas y a los bienes de los hijos menores de edad no emancipados. La denominación es tradicional, proviene del derecho romano, pero en realidad no responde estrictamente a su concepto actual, pues el derecho moderno no la caracteriza simplemente como la autoridad paterna sino como una institución del derecho de familia encaminada mas bien a la protección y preparación para su mejor desenvolvimiento en la vida”¹².

Es importante destacar del concepto anteriormente citado la evolución que ha tenido la figura jurídica ya que de ser autoridad con derechos ilimitados, es actualmente una institución reglamentada con un objetivo la protección del sujeto pasivo. Encontrando un tercer elemento para dar nuestro concepto siendo este que ya no es un poder ilimitado sino una institución dentro de la cual existen derechos y obligación de forma limitada y reglamentada.

Podemos decir que a medida que evoluciona la figura jurídica de la patria potestad se tuvo la necesidad de modificar las diversas leyes que la regulaban para que dejará de ser un poder absoluto e ilimitado y se viera como una institución.

De esta forma se fue modificando a través del tiempo el concepto de Patria Potestad hasta llegar al que actualmente tenemos, aclarando que la ley no nos da una definición de Patria Potestad, por lo que observaremos que diversas leyes nos hablan de la figura jurídica las características y/o elementos que estas nos dan así como lo hicimos con la doctrina para dar un concepto propio que abarque las características de la doctrina y de la ley misma.

¹² BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES.1993 Pág. 55

Encontrando en el Código Civil vigente para el Estado de México en sus artículos 4.202 y 4.203 lo siguiente:

Artículo 4.202.- La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados.

Artículo 4.203.- La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico ,moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección .¹³

Atendiendo a lo establecido en el ultimo articulo citado, encontramos en la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea general de las naciones Unidas en su principio seis el cual a la letra dice:

VI.- "El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión .

Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y en todo caso en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, salvo circunstancias excepcionales no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

La sociedad y las autoridades publicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familia numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole. "¹⁴

¹³ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003.

¹⁴ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO PROCLAMADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989, RESOLUCIÓN 1386 XIV.

Encontrando en el Código Civil vigente para el Distrito Federal en sus artículos 412 y 413 lo siguiente:

Artículo 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 .

Artículo 413. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley para el tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.¹⁵

Así mismo en virtud de que el artículo 4 Constitucional establece el límite de aplicación de las normas jurídicas relativas al derecho de familia al señalar en su segundo párrafo que “el varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”.

De igual forma en su último párrafo del artículo citado establece:

“Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental...”¹⁶

De lo que todo lo anteriormente manifestado denotamos que la figura jurídica de la Patria Potestad ha sufrido grandes cambios a través del tiempo y tienen elementos y/o características que la hacen una figura tal compleja; por lo que podemos decir que:

¹⁵ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, EDITORIAL ESFINGE, MÉXICO 2000.

¹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 2000.

La Patria Potestad, es la obligación de los padres limitada por la ley que tiene su origen en la filiación derivada de la procreación o de la adopción y se da en beneficio de los menores de edad no emancipado con la finalidad de protegerlos y brindarles una estabilidad emocional y social .

2.- SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

La Patria Potestad genera relaciones de los sujetos que le son propios; por un lado los que la ostentan y, por otro sobre quien se ejerce, encontrando así a los sujetos pasivos y activos,

a) SUJETO PASIVO, de “la patria potestad debe ser determinado con relación a dos elementos. La edad y el carácter de filiación”¹⁷. Por lo que podemos decir que el sujeto pasivo es aquel sobre quién se cumple el ejercicio del cargo siendo estos:

I.- Los hijos menores de edad, siendo estos los menores de dieciocho años, atendiendo a lo establecido por el artículo 34 Constitucional el cual establece:

“Artículo 34. Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnen, además, los siguientes requisitos:

I Haber cumplido dieciocho años, y

II tener un modo honesto de vivir”.¹⁸

¹⁷ BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES.1993 Pág. 257

¹⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 2000.

Así mismo el Código Civil para el Estado de México en su artículo 4.339 establece “la mayoría de edad comienza al cumplir dieciocho años”. Y el artículo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño mismo que a la letra dice:

“ARTICULO 1 Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”¹⁹

Como se puede observar en todos los preceptos legales citados se trata de proteger la persona del menor ya que mientras no se tenga la mayoría de edad legal solo se cuenta con la capacidad de goce y no la de ejercicio, implicando así diversas limitaciones tales como se observarían en los capítulos posteriores del presente trabajo.

Basándonos en lo establecido por el artículo 24 del Código Civil para el Distrito Federal el cual previene que el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y sus bienes, "salvo las limitaciones que establece la ley". Podemos decir en sentido contrario el menor de edad no puede disponer libremente de su persona y sus bienes. Entendiendo así que la mayoría de edad va a traer al menor diversas consecuencias jurídicas en su vida tales como:

- Para el contrato de esponsales, el mayor de edad no tiene necesidad del consentimiento de sus padres.
- No se requiere el consentimiento de los padres para poder contraer matrimonio.
- Para los contratos de sociedad conyugal o separación de bienes, cuando se tiene la mayoría de edad no se requiere la intervención de padres o ascendientes.
- La tutela termina, cuando se trata de menores, por el solo hecho de que éstos lleguen a mayor edad

¹⁹ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO PROCLAMADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989, RESOLUCIÓN 1386 XIV.

- Se presume que ya no necesita la función protectora del padre y la madre el menor al cumplir la mayoría de edad por lo que la patria potestad termina al alcanzar el hijo sujeto a ella su mayor edad.

II.- Los no emancipados, entendiéndose por estos a los menores de edad que no han contraído nupcias, lo anterior en virtud de que el matrimonio del menor de dieciocho años produce el derecho de la emancipación “El matrimonio del menor produce emancipación, aunque éste se disuelva. El emancipado que se menor no quedará sujeto a la patria potestad según lo establecido en el artículo 4.338 del Código Civil vigente para el Estado de México.”²⁰

Independientemente de la clasificación anteriormente descrita cabe aclarar que dentro de la ley se hace una distinción de los hijos nacidos de padres que viven juntos y de padres que viven separados y quieren tener a sus hijos. Encontrando en la ley varias soluciones para esto.

- Que los padres se pongan de acuerdo sobre cual de los dos ejercerá su custodia; sino lo hicieran:
- El juez de lo familiar del lugar oyendo a los padres y al ministerio público, resolverá lo que creyera más conveniente a los intereses del menor,
- En caso de conflicto ejercerá la custodia quien primero lo haya reconocido salvo en convenio encontrado y siempre que el juez de lo familiar no creyera necesario modificar el convenio por causa grave con audiencia de los interesados y del ministerio público.

Podemos decir que aunado a lo anterior los hijos son los sujetos pasivo de la patria potestad siempre y cuando reúnan determinados requisitos como son :

²⁰ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003.

- Minoría de edad
- No emancipado
- No orfandad, es decir, contar con ascendientes (ya que de lo contrario no se estaría propiamente hablando de patria potestad sino de tutela).
- Filiación establecida, biológica o jurídica, de lo contrario no se podría determinar los sujetos de la patria potestad.

b) SUJETO ACTIVO, de la patria potestad es quien va a desempeñar el cargo entendiéndose de la siguiente forma:

I.- Los padres conjuntamente o el que sobreviva, atendiendo a lo establecido por el artículo 4 constitucional que señala que hombres y mujeres somos iguales ante la ley y a la transformación histórica que ha sufrido la figura jurídica de la Patria Potestad así como al derecho natural que se deriva de maternidad, la mujer puede ejercer libremente y por igual la Patria Potestad sobre sus hijos menores de edad de manera conjunta y por igual que el hombre y no como en la época romana donde ella también era sujeto pasivo de la Patria Potestad.

Así mismo y como lo cita el autor Ramón Sánchez Medal, “la igualdad del hombre y la mujer ante la ley civil, especialmente dentro del matrimonio, tiene por fuerza que armonizarse con estas dos exigencias que impone la realidad de la vida: por una parte, la necesidad de proveer económicamente a los gastos domésticos y ha la necesidad de atender a la dirección y cuidado del hogar; y , por otra parte la necesidad de dividir el trabajo en relación con el hogar, para que uno de los consortes tome a su cargo el sostenimiento económico del hogar, y el otro cónyuge, a su vez, el cuidado y la atención del mismo hogar”.²¹ Realidad que a pesar de la reforma de la igualdad hombre mujer no se ha podido resolver ya que como veremos mas adelante se da cada vez mas el abandono de familia.

²¹ SÁNCHEZ MEDAL RAMON LOS GRANDES CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO 2ª, EDICIONEDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1991. Pag. 13

Es importante destacar que en la actualidad muchos padres no viven juntos porque están divorciado, porque decidieron separarse o porque simplemente decidieron no vivir juntos nunca. Surgiéndonos una interrogante, en estos casos ¿quién ejerce la patria potestad de los menores?.

Recordemos que la afiliación es la fuente de la patria potestad por esa razón es que los padres que no se encuentran unidos en matrimonio tienen el deber de ejercerla respecto de los hijos que procrean con la igualdad de los deberes y derechos que los padres que viven juntos.

De lo anterior se desprende que como es una realidad que cada día los padres se separan con mayor frecuencia, la ley lo regula de la siguiente forma; previamente es necesario que distingamos entre guardia y custodia de un hijo y el ejercicio de la patria potestad, que sobre el mismo se ejerce, para eso acudimos a los preceptos que regulan ambas situaciones en el caso de que los padres vivan separados.

Así, pues, dentro de los artículos 4.173 y 4.174 del código civil para el Estado de México encontramos que:

“Artículo 4.173.- Cuando el padre y la madre no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos lo tendrá bajo su custodia; en caso de que no lo hicieren, el juez competente resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Artículo 4.174.- En el caso del que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, el hijo quedará bajo la custodia, del que lo reconoció primero, salvo convenio en contrario.”²²

²² CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE, MÉXICO 2003.

Por lo que podemos decir que la guardia y custodia es una consecuencia de la patria potestad pero que no siempre se ejercen juntas; aclarando que más adelante analizaremos ampliamente la guardia y custodia.

Ya que los padres de los hijos habidos fuera de matrimonio, pueden vivir juntos o separados, si se encuentran viviendo juntos, y se encuentra la situación regulada por el artículo 4.207 del precepto antes citado. En caso de que vivan separados la patria potestad la seguirán ejerciendo ambos progenitores, pero la guarda y custodia corresponderá al que señale los artículos 4.173 y 4.174 antes citados.

En caso de desacuerdo de los cónyuges, tendrán que acudir ante el juez de lo familiar, quien resolverá lo que convenga, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos; si la patria potestad tiene su origen en la filiación, esto es, en el hecho biológico de la paternidad y de la maternidad, razón por lo que a falta de los padres que pueden ejercer la patria potestad la ley otorga a los ascendientes más próximos, o sea, a los abuelos paternos y maternos, por su orden el derecho de este ejercicio.

II.- Los abuelos paternos

III.- Los abuelos maternos

“Durante mucho tiempo se decidió que no podía separarse al hijo de sus padres y confiarse a sus abuelos, por ejemplo, durante todas, o parte de sus vacaciones. Sin embargo, algunas sentencias habían decidido así; pero se ha reconocido que esta medida atentaba ilegalmente contra el derecho de custodia perteneciente al padre.

En términos generales puede decirse que la patria potestad no se transmite a los ascendientes del segundo grado, a la defunción del último de los padres.”²³

²³ PLANIOL MARCEL, RIPERT GEORGES “TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL”, INTRODUCCIÓN FAMILIA, MATRIMONIO, 2ª EDICIÓN. 1998. Pág. 257

Si la patria potestad tiene su origen en la filiación esto es en el hecho biológico de la paternidad y de la maternidad, razón por la que, a falta de los padres que pueden ejercer la patria potestad, la ley otorga a los ascendientes mas próximos el derecho de este ejercicio.

Así mismo es importante aclarar en este punto que dada la igualdad constitucional del hombre y la mujer los abuelos paternos y maternos esta en igualdad jurídica para el ejercicio de la patria potestad.

Es importante destacar que en la actualidad existen muchos menores que sólo son reconocidos legalmente, por alguno de los padres en su gran mayoría sólo la madres, por lo que se les limita o restringe de las personas que ejercerán sobre ello la patria potestad siendo estos únicamente uno sólo de los padres y a falta de este sus progenitores.

Lo anterior en virtud de que si el padre nunca reconoce legalmente al menor, no se le puede exigir de igual forma el cumplimiento de los deberes de la patria potestad ni gozar de los derechos.

3.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

Como lo mencionamos anteriormente el origen de la patria potestad se da en la afiliación derivada de la procreación por lo que la misma tiene efectos o características que la hacen diferente a cualquier institución o función en materia familiar, por lo que el profesor Edgar Elías Azar menciona que “la patria potestad en un cargo estrictamente privado de interés público y renunciable, intransferible, imprescriptible, temporal, excusable y fuera de comercio”²⁴, a lo que nosotros agregaríamos personal, por las razones y motivos que mas adelante se expondrán.

- a) **Interés público**, podemos considerarlo darle esta característica porque la finalidad es la protección del menor y la esencia es de interés social, así mismo no hay

²⁴ ELIAS AZAR EDGAR, PERSONAS Y BIENES EN EL DERCHO CIVIL MEXICANO, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1995 Pág. 289

libertad de ejercerla ya que la misma ley obliga al padre y a la madre a velar por los intereses del menor protegiendo los mismos a través de diversas instituciones.

Así mismo recordemos que la patria potestad “es un conjunto de obligaciones, cuyo cumplimiento no se deja al arbitrio de las partes y que, aun cuando la ley las considera derecho subjetivo, no pueden ser modificadas por los particulares.”²⁵

En virtud de lo anterior podemos decir también que la patria potestad es de interés público ya que es una parte del derecho recordando que un de las características del derecho es que este es público, por consiguiente la patria potestad también.

Así mismo el artículo 138 TER del Código Civil para el Distrito Federal señala:

Artículo 138 TER.-. Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tiene por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros basados en el respeto a su dignidad.

b) Irrenunciable, el Código Civil nos señala que no puede ser renunciable la patria potestad.

Así mismo en virtud que es de interés público el artículo 1.3 del Código Civil nos señala que “sólo pueden ser renunciables los derechos privados que no afecten directamente al interés público o cuando no perjudiquen derechos de terceros.”²⁶

Encontramos aquí que como analizamos anteriormente la patria potestad, es de interés público; por consiguiente al no encontrarse en el supuesto señalado en el artículo de

²⁵ OB CIT. Pág. 289

²⁶ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003.

referencia mismo que indica que debe ser privado para ser renunciable un derecho, podemos decir que la patria potestad es un derecho irrenunciable.

En apoyo al anterior razonamiento encontramos dentro de la obra del maestro Elías Azar que “la razón de lo irrenunciable de su ejercicio esta implícitamente contenida en la propia obligación de naturaleza publica que pretende proteger a los menores, no dejándolos en estado de abandono, de manera que, por efectos de la filiación, siempre exista alguien que vea por ellos. Aquí encontramos apoyos para señalar el carácter publico de esta obligación”²⁷.

Por lo manifestado anteriormente y atendiendo a que la función de traer hijos al mundo es una responsabilidad muy seria de ahí que se le considere irrenunciable. Podemos decir que es una medida también para que no se de el abandono de menor ya que una vez procreado no se puede renunciar a los derechos y obligaciones que se contraen con la patria potestad. Ya que independientemente de los preceptos señalados si se otorgara la opción de renunciar a la patria potestad se crearía un conflicto no sólo legal sino de estabilidad para el menor, no cumpliéndose así con el objetivo primordial de la figura jurídica en cuestión, como veremos más adelante. Sin embargo puede ser :

- c) Excusable**, la ley señala en su artículo 4.226 del Código Civil vigente para el estado de México lo siguiente:

Artículo 4.226.- la patria potestad no es renunciable; para aquellos a quienes corresponde 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.

²⁷ ELIAS AZAR EDGAR, PERSONAS Y BIENES EN EL DERCHO CIVIL MEXICANO, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1995 Págs.289 y 290

Lo anterior se manifiesta atendiendo al objetivo a función de la patria potestad siendo esta la protección del menor y las personas descritas en el artículo que antecede no podrían cumplir con el mismo.

Ya que si lo analizamos detalladamente y con apego a la realidad que vivimos día con día las personas, denominadas adultos mayores, se vuelven en la mayoría de los casos dependientes de otros no pudiendo cuidar de su persona, y de esta forma no podrían cuidar de la persona del menor y con la responsabilidad.

d) Intransferible, la patria potestad es de carácter personalísimo por lo que debido a su naturaleza no puede ser transferible ya que no son objeto de comercio en consecuencia no pueden ser transferibles de ninguna forma a título onerosos o gratuita.

Algunos autores entre ellos Edgar Elías Azar marcan que como excepción a esta característica de la patria potestad la adopción, al señalar que “la patria potestad que se ejerce sobre un menor puede ser transferida a otra persona en el caso de la adopción,”²⁸ es decir se transfiere al adoptante la patria potestad en relación al adoptado.

Pero para los fines de este trabajo no podemos entenderla así ya que la patria potestad en un adopción plena no se transmite nace al realizarse la adopción en virtud de que es en este momento cuando nace el parentesco entre el adoptante y el adoptado.

e) Imprescriptible, entendiendo que la patria potestad nace del parentesco no se adquiere o se extingue por el simple paso del tiempo. Por lo que quien la ejerce debe de cumplirla o desempeñarla hasta la mayoría de edad del menor, o hasta que este se emancipe.

Tampoco puede una persona que cuida al menor sin ser su padre o madre o ascendiente, adquirir la patria potestad por el transcurso del tiempo de su ejercicio ya que esta sólo corresponde a las personas que la ley designe. Y como se analizo la patria

²⁸ OB. CIT. Pág. 290

potestad nace de la afiliación y el simple hecho de vivir con una persona o con el paso del tiempo no se da.

f) Temporal, en virtud de que la patria potestad se ejerce sobre los menores no emancipados adquiere el carácter de temporal ya que sólo dura el tiempo en que el menor adquiere la mayoría de edad en nuestro país según la Constitución y el Código Civil es a los dieciocho años o hasta que este se emancipe o el incapaz adquiera capacidad. Es decir tiene un tiempo fijo previamente determinado y regulado por la ley estableciéndose así el principio y fin.

g) Fuera de comercio, los deberes y derechos de la patria potestad no pueden ser objeto de operaciones mercantiles o civiles de contenido económico.

“No pueden ser objeto de comercio o permuta o cualquier otro contrato ni sujetarse a transacciones ni compromiso arbitral.”²⁹

h) Personal, porque únicamente a las personas que se encuentran legitimadas por la ley que deban ejercerla, se les puede suspender, perder, extinguir, en relación a lo establecido por el artículo 1.3 del Código Civil del estado de México.³⁰

Esto es existe un vinculo personal entre el sujeto activo y el pasivo denominado filiación (biológica o legal).

Por lo que podemos decir en relación a la naturaleza jurídica de la patria potestad que existen varias corrientes de tratadistas ya que algunos la definen como una potestad, otros como una institución y otros como una función, sin embargo independientemente de la naturaleza, lo importante es su objetivo siendo este la asistencia, cuidado y protección de los menores de edad no emancipados del cual hablaremos posteriormente.

²⁹ OB. CIT. 291

³⁰ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003.

CAPITULO II

DEBERES Y DERECHOS DE LA PATRIA POTESTAD

La Patria Potestad tiene su fundamento en el derecho natural con deberes y derechos de contenido moral y ético, mismos que el derecho recoge y hace suyos convirtiéndolos en preceptos jurídicos.

Es así como las normas en el derecho de familia tienen un carácter moral, pues en ningún otro campo, influyen tanto como en esta materia la religión, la costumbre y la moral.

Así “ha quedado definida la patria potestad como un conjunto de derechos y deberes que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores; es característica esencial de los derechos subjetivos derivados de las normas del derecho de familia la de que impliquen deberes correlativos, o bien constituyan a la vez derechos y deberes, lo que ha hecho que los califique de derechos-deberes, derechos-funciones o poderes funciones. En la patria potestad se da muy especialmente esta situación, sin perjuicio de que en algunos aspectos existan derechos o deberes que sean puramente tales.”³¹

1.- DEBERES DE LA PATRIA POTESTAD.

La Patria Potestad, mas que un conjunto de derechos implica una serie de obligaciones y responsabilidades en beneficio de los hijos menores, como lo son: representarlo, educarlo, proporcionar una pensión alimenticia, así como su guarda y

³¹ BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES.1993. Págs. 262 y 263

dirección. De aquí la posible intervención del juez para moderar y restringir su ejercicio, así como para tomar aquellas determinaciones que tenga por objeto proteger el menor, imponiéndoles deberes a los mismos de respeto y obediencia

Así mismo podemos decir que los deberes de los padres son derechos de los hijos y estos están consagrados en la Constitución General de la República -con la denominación de garantías individuales y derechos sociales-, en la legislación reglamentaria federal y estatal, así como en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, cuando son ratificados por nuestro país. Tal es el caso, de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, misma que fue ratificada por el Estado Mexicano el 21 de septiembre de 1990, previa aprobación del - Senado de la República.

La Convención sobre los Derechos del Niño, consagra una gama de derechos individuales y sociales, tales como el derecho a la vida, al desarrollo, a la protección de acuerdo a la edad, a expresar sus sentimientos e ideas con la seguridad de que serán tomados en cuenta; el derecho a la educación, salud, cultura y recreación, entre otros. Para efecto del presente trabajo los mas importantes son:

ARTICULO 6

- 1.- Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.*
- 2.- Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.*

ARTICULO 7

- 1. El niño será inscrito Inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos, de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Es importante destacar que dentro del presente artículo se señala algo muy importante, el derecho al nombre (incluyéndose los apellidos paterno – materno) y que veremos más adelante, que el mismo es muy importante para demandar legalmente las obligaciones de los padres inherentes a la patria potestad.

ARTICULO 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Es importante destacar que dentro de este artículo se consagra una de las modificaciones más importantes que ha sufrido la Patria Potestad a través de los años. Ya que actualmente no se ve al menor como un ser que no tiene capacidad de selección y pensamiento así como de tomar decisiones, por presumirse que no sabe lo que quiere y lo que hace.

Sino todo lo contrario y dentro de este artículo se le consagra su derecho a opinar y decidir, lo cual no encontramos dentro del Código Civil, dejando a un lado la teoría de que se veía al sujeto pasivo de la patria potestad como un objeto sin decisión propia.

ARTICULO 18

1.-Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Dentro del presente artículo es importante destacar las obligaciones de los padres pero lo más importante es que nos señala uno de los objetivos primordiales de la patria potestad

ARTICULO 19

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

2. Esas medidas de protección deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales, con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Como veremos en el siguiente capítulo el no cumplir con los presentes deberes se tiene una consecuencia jurídica que puede ser hasta la pérdida de la patria potestad, por lo

que para efectos del presente trabajo a continuación describiremos los deberes de la patria potestad, encontrando así :

a) REPRESENTACION

La representación legal de menor no emancipado corresponde a los ascendientes que ejercen la Patria Potestad y es una consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y de los bienes del menor, porque parece evidente que aquel que desempeña esa función protectora y ha asumido la responsabilidad de actuar en interés del hijo, tenga a su cargo la representación de este, supliendo su incapacidad..

“Se trata , pues, de una representación necesaria y universal. Necesaria porque el padre que ejerce la patria potestad no podría renunciar a asumirla, y porque el menor esta sujeto forzosamente a ella; este carácter importa la aplicación subsidiaria de las normas del mandato. Y universal porque, en principio, se extiende a todos los actos de la vida del hijo, trátese de asuntos judiciales, extrajudiciales o administrativos, y de relaciones patrimoniales o extrapatrimoniales.”³²

Este deber lo encontramos en el Código Civil vigente para el Estado de México en su artículo 4.210 el cual expresa que las personas que ejercen la Patria Potestad sobre los menores son sus legítimos representantes.

*Así mismo, el artículo 4.208 del mismo ordenamiento nos dice “ Los que ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen a los sujetos de ella y la obligación de realizar actos tendientes a conservar y mejorar su patrimonio. “*³³

³² OB. CIT. Pág. 273

³³ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003.

De lo que se desprende que jurídicamente los menores que están sujetos a la Patria Potestad, necesitan la representación legal de una persona siendo esta persona normalmente los que ejercen la patria potestad, teniendo la representación social de los que se encuentran sujetos a ella, en virtud de su incapacidad natural y legal

Ya que la representación del sujeto a patria potestad, tiene por objeto la protección del menor y la de los terceros que eventualmente contraten con el mismo, sin que, por motivo de lo anterior, podamos afirmar, que el sujeto pasivo de la patria potestad carezca de personalidad, pues simplemente es una restricción al ejercicio de sus derechos pero no al goce de los mismos, supliendo el representante legal la incapacidad del menor en los actos.

Esta función, es de derecho natural y no tienen más limitaciones que las expresamente señaladas en la ley.

La representación no puede concretarse exclusivamente a los actos judiciales y contractuales o generados de obligaciones, sino abarca la vida social del sujeto a patria potestad, pues las representaciones para todos los actos de la vida civil y jurídica del menor de edad no emancipado. Igualmente, corresponde a los representantes del menor el presentar denuncias o querrellarse en contra de quienes realicen actos delictivos en agravio de aquellos.

En este mismo ámbito patrimonial, “los que ejercen la patria potestad tienen limitados sus funciones, al no poder enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización judicial. Tampoco podrá celebrar contratos de arrendamiento, por mas de cinco años, ni recibir la renta anticipadas por más de un año; vender valores comerciales, industriales, títulos de renta acciones, frutos y ganado por menos del valor del que se coticen en la plaza el día de la venta; hacer donaciones de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de estos; ni dar fianza en representación de los hijos. Cuando se conceda licencia judicial para los casos antes señalados, el juez tomara las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto al que se destino, y para que el resto se invierta en la adquisición

de un inmueble o se imponga como segura hipoteca a favor del menor, no pudiendo el que ejerce la patria potestad disponer del precio de la venta, sin orden judicial. Las personas que ejerzan la patria potestad tienen como todos los administradores, obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos. Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuya, lo anterior ante instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del ministerio público. Igualmente como consecuencia de la administración y de la representación que veníamos analizando, las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego de que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.”³⁴

b) GUARDA Y DIRECCIÓN

En el derecho familiar mexicano este concepto tiene especial relevancia, pues la custodia está dirigida a la atención de la niñez como complemento de la patria potestad y en estrecha relación con ella. El sentido que se le da es precisamente la guarda de una persona con toda diligencia y cuidado.

“El ejercicio de la patria potestad requiere fundamentalmente la convivencia de los padres e hijos en el mismo hogar. Ese derecho-deber de los padres de tener a sus hijos consigo recibe la denominación de guarda, y de él derivan otros derechos-deberes, así como las consecuencias diversas”³⁵.

El deber de convivencia que tienen los padres con sus hijos, es el elemento natural de la patria potestad.

³⁴ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE, MÉXICO 2003.

³⁵ BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES. 1993. Pág. 263

Normalmente este deber se encuentra regulado en la ley, aunque no siempre la reglamentación puede adoptar los conflictos en particular que se originen.

Por ejemplo, la legislación civil para el Estado de México no contienen un precepto legal que de manera expresa postule este deber por lo que para su entendimiento debería existir un artículo que manifestara: “La patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1.- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles formación integrada”.

El Código civil para el Estado de México, no contiene definición alguna sobre la Guarda y Custodia que nos permite comprender mejor el ejercicio de esta por lo que analizaremos algunos de los puntos que a través de diversos artículos, nos menciona a efecto de determinar nuestro propio concepto:

En los siguientes numerales se buscan las facultades que este Código considera como de guarda y dirección, representación y corrección de los hijos. Estas funciones se consideran como típicas de la patria potestad.

En el artículo 4.203 del Código Civil para el Estado de México, se estatuye: La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección.

Por otra parte, en el mismo ordenamiento el artículo 4.205 señala: “En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la custodia, el juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo”. A su vez, el artículo 4.228 establece: “ Cuando solo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisionalmente o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicaran las siguientes disposiciones: a) Los menores de diez años quedaran al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor”.

Dice el artículo 4.207.- Los que ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlo mensuradamente, educarlos convenientemente y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo.

“Al sustituirse el artículo 168 del código civil que expresamente reservaba a la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar”, proclamándose que el marido y la mujer de común acuerdo resolverán todo lo relativo al manejo del hogar, a la formación y educación de sus hijos y ha la administración de los bienes de estos, y en caso de desacuerdo el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente.”³⁶Es por lo que actualmente las autoridades en caso necesario, auxiliaran a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna”.

Por ultimo, completando la anterior idea el artículo 4.210, regula: “ Uno solo de los que ejercen la patria potestad podrá representar al hijo en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, sino es con el consentimiento expreso de su cónyuge, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente ”.

La custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite en el, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza publica: el hijo menor no emancipado carece de derecho para abandonar el domicilio paterno.

“Esta obligación del hijo hace que se le atribuya como domicilio legal el domicilio de su padre, puesto que no puede tener otra residencia.”³⁷

Ahora bien, el hogar familiar es el lugar más adecuado para la vida del menor. Sin embargo el deber de guarda puede ser cumplido sin que el hijo habite el hogar paterno. La

³⁶ SÁNCHEZ MEDAL RAMON LOS GRANDES CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO 2º, EDICION EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1991. Pág. 58

³⁷ PLANIOL MARCEL, RIPERT GEORGES “TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL”, INTRODUCCIÓN FAMILIA, MATRIMONIO, 2ª EDICIÓN. 1998. Pág. 259

doctrina subraya que el hecho de que un padre confie el hijo a un tercero encargado de educarlo, o que lo interne en un establecimiento de enseñanza, no priva a dicho padre de su derecho ni de su obligación en cuanto a la guarda y custodia.

Por lo anteriormente expresado resulta relevante la siguiente tesis

PATRIA POTESTAD GUARDA DEL MENOR NECESARIA PARA EL EJERCICIO POR LOS PADRES DE LA- La patria potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir la educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos padres tenga la guarda del hijo es decir la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana bajo el mismo techo e ininterrumpidamente.

Precedentes: Amparo directo 8236- 86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1988. 5 votos. Ponente: José Manuel Villagordo Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Séptima época, Volumen 30, Cuarta Parte, Pagina 69.

FUENTE: Tercera Sala. Epoca: 8ª . Tomo: I Primera Parte-1. Pagina: 373. ³⁸

Por lo que de todo lo anterior deducimos que la guarda y custodia implica el derecho de tener consigo al menor, protegiéndolo y procurándolo de todas sus necesidades básicas, siendo transmisible por convenio entre las personas que deben ejercerla e incluso se puede delegar a personas distintas, (parientes, instituciones educativas)

“El derecho de ejercer la guarda de los menores no plantea problemas cuando ambos progenitores viven en común. Pero puede ocurrir que los padres legítimos se

³⁸ JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, 1917 – 2000, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

desvinculen de hecho o de derecho, sea por divorcio, separación de hecho o nulidad del matrimonio. En todos estos casos, a falta de acuerdo entre ellos se plantea el problema de atribuir judicialmente.”³⁹

Ahora bien, el deber de convivencia o guarda y custodia como mejor lo conocemos en nuestro ámbito jurídico, produce consecuencias que trataremos a continuación y que se refieren a su naturaleza, cumpliendo, incumpliendo y como derecho subjetivo de los ejercientes de la patria potestad, para reclamar a terceros la devolución de su hijo.

No obstante lo anterior, nuestra legislación en diferentes preceptos se refiere al deber que comentamos. Se reputa como domicilio legal, del menor de edad no emancipado, el de la persona cuya patria potestad esta sujeto, igualmente el domicilio legal de los cónyuge, aquel en el cual estos vivan de consumo. Y mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejerzan sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

La naturaleza de la guarda y custodia de los hijos, tienen su fundamento en el derecho natural, pues entraña de la manera normal, de cumplir con la patria potestad, en la guarda y custodia encontramos unidos los poderes-deberes que constituyen precisamente el carácter de función que tienen la patria potestad a los que ya nos hemos referidos con antelación.

Precisamente la guarda y custodia de los hijos es tan amplia en su contenido que, abarca los deberes de educación, vigilancia y corrección, concretándonos en este espacio a tratarlo como al derecho que tiene los ejercientes de la patria potestad a tener a sus hijos en su compañía o en su caso, de retenerlos, incluso el reclamarlos.

El cumplimiento del deber de guarda y custodia normalmente se da en la casa de los que ejercen la patria potestad, o sea, en la familia, “Cuya organización y desarrollo debe proteger la ley, por mandato del artículo 4º. Constitucional, primer párrafo, pues la familia

³⁹ BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES.1993 Pág. 264

es la base de la sociedad, al construir un grupo social primario y fundamental, determinado por vínculos de parentesco en cuyo seno nace, crecen y se educan las nuevas generaciones y la solidaridad suele manifestarse en mayor grado, y por tanto, el Estado, por medio del orden jurídico, reconoce a la familia como una institución del orden público y procura que la formación de los hijos se lleve al cabo dentro del núcleo familiar, el cual se considera insustituible”.

Además del hogar familiar, hogar común y hogar conyugal, según sea de la filiación que se trate, el deber de guarda y custodia puede ser cumplido en un lugar diferente, por ejemplo internado, o establecimiento educacional, casa de parientes o amigos, de acuerdo a las circunstancias del caso.

“El desmembramiento de la guarda acarrea otro problema el otorgamiento al progenitor que no la ejerce del derecho de comunicarse con el menor, y su reglamentación. Este derecho es denominado tradicionalmente de visita.”⁴⁰

En caso de conflicto entre las personas que ejercen la patria potestad, es menester resolver sobre la guarda y custodia de los hijos, siendo los casos mas comunes cuando se presentan demandas de divorcio, de nulidad de matrimonio o de guarda y custodia en las que los progenitores contienden entre si para quedarse con la guarda y custodia de los hijos alguno de ellos.

Como actos prejudiciales, el cónyuge que intenta demandar o denunciar, o querrellarse contra su cónyuge puede solicitar su separación al juez de lo familiar. El juez determinara la situación de los hijos menores, atendiendo a las circunstancias del caso, aseguramiento, así como las propuestas de los cónyuges, si las hubiere.

“Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, lo que es aplicable en el caso antes señalado, provisionalmente y solo mientras dure el juicio, el juez determinara poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren

⁴⁰ OB. CIT. Pág. 265

designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo, al cónyuge que pide el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben de quedar provisionalmente los hijos”.⁴¹ El juez previo al procedimiento que fija el código respectivo resolverá lo conducente. Salvo peligro grave, para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

En el divorcio voluntario, los cónyuges están obligados a presentar al juez de lo familiar un convenio en el que, además de otras cuestiones, deberán hacer designación de personas a quines sean confiados los hijos de matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado del divorcio.

Las sentencias que se dicten con motivo del divorcio necesario, seguirán la situación de los hijos. Gozando el juez de las mas amplias facultades para resolver todo lo relativo a derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello.

En el juicio de divorcio voluntario, el convenio celebrado por los cónyuges al que se hizo referencia, si se considera que no viola los derechos de los hijos y que quedan bien garantizados, se aprobara y elevara a cosa juzgada

En los juicios de divorcio necesario y voluntario, así como de nulidad de matrimonio, después de que haya causado ejecutoria la sentencia, los padres tendrán expedito su derecho para promover ante el juez de lo familiar, controversias de orden familiar que tengan por objeto la guarda y custodia de los hijos, pues las resoluciones que se dicten en esta materia, de acuerdo a su naturaleza, son modificables, ya sea su carácter provisional o resoluciones firmes.

C) EDUCACIÓN

⁴¹ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003.

“Debe tomarse en el sentido amplio de deber y derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, conforme a sus tendencias, capacidad y aptitudes, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea paterna incluye la formación de carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto han de incidir sobre sus inclinaciones en la vida.”⁴²

Si los que ejercen la patria potestad tienen la dirección general sobre la persona del hijo, en interés del mismo. Esto conlleva obligaciones correlativas como lo es la educación y toda vez de que la educación de un menor empieza desde su concepción hasta su total desarrollo influyendo en la dirección del mismo, esta debe estar a cargo de las personas apropiadas y siempre teniendo como objetivo el bienestar del menor abarcando el hogar, la instrucción, corrección y el ejemplo.

Menciona de Ibarrola “La educación del niño comienza desde su concepción, mas bien, como dicen muchos filósofos, muchas generaciones antes de que lleguen al mundo. Siempre seguirá siendo el arte de las artes educar a un niño.”⁴³

Esta función como las que llevamos mencionadas hasta el momento, es de derecho natural, pues a los padres corresponde el deber de forma a sus hijos; se presenta no como un derecho o un deber disyuntivamente, sino como poderes-deberes que en conjunto logran convertir a la patria potestad en una función.

La patria potestad que impone el derecho de educar, como ya lo vimos anteriormente, pero impone también la obligación de hacerlo de forma serena, justa, verdadera y comprensiva.

⁴² BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES. 1993. Pág. 268

⁴³ DE IBARROLA ANTONIO “DERECHO DE LA FAMILIA”, 4ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1993. Pág. 445

Antes de la reforma de diciembre de 1974, en el artículo 423 del código civil para el Distrito Federal, se permite a los padres, el corregir y castigar a sus hijos mensuradamente, actualmente la reforma al artículo citado, únicamente permite el corregir a los hijos, ya no existiendo la autorización legal de algún acto que pudiera considerarse como maltrato aunque fuese leve.

Siguiendo al derecho romano, la Ley de las Doce partidas expresaba “ Castigar debe el padre a su hijo mensuradamente”(Ley 9, título 8, Partida VI) y aclaraba sabiamente “ el castigamiento (del padre contra el hijo) debe ser con mensura y con piedad” (Ley 18, título 18, Partida IV).

A su vez, el vigente Código Civil sentenciaba antes así:

“Art.423.- Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mensuradamente.”

Este precepto ha sido reformado, para privar deliberadamente a los padres de la autoridad paterna de que hablaba el anterior artículo 423, así como el derecho de castigar “con mensura y con piedad” a sus hijos, dejándoles solo el derecho de corregirlos y el deber de darles buen ejemplo, “lo cual en verdad no es suficiente para que quienes ejercen la patria potestad cumplan con la obligación de educar convenientemente al hijo.”⁴⁴

Aunque el artículo a sido reformado en la práctica generalizada y en distintos niveles socioculturales se sigue dando.

Por lo que la Ley en su afán de búsqueda por evitar esta práctica a creado diversas sanciones tanto en el código civil como penal al mencionar en su artículo 295 del último ordenamiento mencionado lo siguiente:

⁴⁴ SÁNCHEZ MEDAL RAMON LOS GRANDES CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO 2ª, EDICION EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1991. Pág. 120

ART. 295.- 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 la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos.

El cual analizáremos mas adelante, de igual forma el artículo 4º Constitucional, nos menciona que “los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Teniendo el deber de preservar estos derechos los ascendientes, tutores y custodios”⁴⁵

El artículo 3º. de la misma Carta Magna, proclama como una garantía individual la educación; y por otra parte, La Ley Federal de Educación, que reglamenta el derecho a la educación que tiene toda persona en los términos del artículo constitucional citado, estatuye que son derechos y deberes de quienes ejercen la patria potestad, (o la tutela), el obtener inscripción escolar para sus hijos (o pupilos) menores de edad reciban la educación primaria, y hacer que sus hijos (o pupilos) menores de quince años, reciban educación primaria.

Cabe destacar que el Código Civil para el Estado de México, aun no ha sido reformado y sigue permitiendo la facultad de corregirlos y mensuradamente a los menores bajo la patria potestad.

Entendiendo que la educación y la instrucción están ligadas íntima y necesariamente, la persona encargada de la instrucción del niño tendrá un papel decisivo sobre su educación, la Ley permite al padre elegir el lugar o centro de enseñanza para su hijo.

Como quiera que sea, en virtud de lo asentado hasta este momento, al no existir una regulación adecuada de este deber de educación que tienen los que ejercen la patria potestad, la reclamación judicial que se haga en virtud del incumplimiento normalmente se

⁴⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 2000.

canaliza a través del juicio del pago de alimentos, dado el contenido que jurídicamente se le otorga a estos últimos, en el que se incluye precisamente la educación.

Y toda vez, como se desprende de lo analizado, la educación es un deber de la persona que ejerce la patria potestad y su incumplimiento traerá como consecuencia jurídica la pérdida o suspensión del ejercicio de la patria potestad

D) ALIMENTOS

En relación con la patria potestad, el deber alimentario produce diversas cuestiones a las que brevemente nos referiremos, a fin de no desorientar el objetivo impuesto en este trabajo.

Alimentos.- Estando en el entendido que la palabra proviene del latín *alimetum* de nutrir diríamos que alimentos es lo que mantiene la existencia de una persona.

“El gran diccionario jurídico de Vecchi define al derecho de alimentos como “ una obligación jurídica que la ley otorga en determinados casos (necesidad de alimentos y obligación de darlos en virtud de parentesco). La palabra alimentos contiene todo lo que es indispensable para el sustento incluyendo habitación vestido, asistencia medica, y la educación e instrucción del alimentista (que es la persona a la que se le concede los alimentos) mientras sea menor de edad, o después de su mayoría de edad, sino termino su formación por causas que no le sean imputables. La cuantía de los alimentos dependerá de los medios económicos del que esta obligado a darlos y de las necesidades del que los reciba.”⁴⁶

Entendiéndose por alimentos, no solo la cómoda sino todo lo que mantiene a una persona. Así mismo el código civil para el Estado de México en su artículo 4.135 nos refiere lo siguiente:

⁴⁶ ELIAS AZAR EDGAR, PERSONAS Y BIENES EN EL DERCHO CIVIL MEXICANO, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1995. Pág. 59

Artículo 4.135.- Los alimentos comprenden todo lo que sea necesario para el sustento, habitación, vestido y atención médica y hospitalaria. Tratándose de menores y tutelados comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria y secundaria del alimentista. Respecto de los descendientes los alimentos incluyen también proporcionarle algún oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

Del artículo en cuestión se destaca que el derecho a la vida y a la dignidad humana han sido tomados en cuenta por la Ley, por lo que no solamente por concepto de Pensión alimenticia se entiende la comida; sino también otros elementos como lo son el vestido, habitación, asistencia..., para la satisfacción no solo de las necesidades físicas si no también intelectuales y morales.

Es muy importante aclarar que la pensión alimenticia no es específica de la patria potestad, tiene su fuente en el parentesco, puesto que no desaparece con la mayoría de edad. Tal y como lo manifiesta la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia sustentada, que aparece publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación que a continuación se transcribe:

“ALIMENTOS. HIJOS MAYORES DE EDAD. OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS. La obligación de proporcionar alimentos a los hijos mayores de edad, no desaparece por el solo hecho de que estos lleguen a esa edad, en virtud de que su necesidad no se satisface automáticamente por la sola realización de esa circunstancia.

Séptima época, Cuarta parte: Vols. 97-102 Pág. 13 A.D. 3248/76. Miguel Estrada Romero, mayoría de 4 votos Vols. 97-102 Pág. 13 A.D. 3746/76. Delfina Méndez de Sánchez. Mayoría de 4 votos. Vols. 103-1089, Pág. 12, A.D. 5487/76 Alfredo Guzmán Velasco, 5 votos. Vols. 103-108, Pág. 13 A.D. 845/77 Rosa Martínez D. de la Cruz y Otra. 5⁴⁷ votos. Vols. 103-108, pág. 13 A.D. 4797/74. María Francisca Hernández Uresti. 5 votos.”

⁴⁷ JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, 1917 – 2000, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Por lo anterior el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos (artículo 4.227 del Código Civil vigente para el Estado de México)

Cabe destacar que la pensión alimenticia reúne lo social, moral y jurídico; lo anterior en virtud de que a la sociedad le interesa la subsistencia de los miembros del grupo familiar (social), así como los vínculos afectivos que encontramos entre determinadas personas, encontrando en la misma el fundamento original de velar por quienes necesitan ayuda y asistencia (moral) y porque a través de derecho se hace coercible el cumplimiento de esta obligación.

De lo anterior se desprende que el derecho a la pensión alimenticia es básica y necesaria para la subsistencia de un individuo, por lo que su incumplimiento parcial o total trae como sanción la pérdida de la patria potestad, situación que analizaremos mas adelante.

Novena Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Octubre de 1998

Tesis: II.1o.C.166 C

Página: 1096

ALIMENTOS, ES EL MISMO DERECHO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 291 Y 292 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, DE LOS QUE DERIVA LA ACCIÓN, PARA RECLAMAR UNA PENSIÓN ALIMENTICIA SUFICIENTE, SEA QUE EL DEUDOR INCUMPLA EN FORMA TOTAL O PARCIAL. Conforme al artículo 475 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, la acción procede en juicio aun cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la

clase de prestación que se exija al demandado, el título o causa de la acción. A su vez, el artículo 291 del Código Civil de la misma entidad federativa expresa: "Art. 291. Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.". Y el artículo 292 del mismo ordenamiento dispone: "Art. 292. El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión competente al acreedor alimentario, o incorporándolo a la familia. Si el acreedor se opone a ser incorporado, compete al Juez, según las circunstancias, fijar la manera de ministrar alimentos.". Por lo que, el concepto de alimentos comprende vestido, habitación y asistencia, en caso de enfermedad, pero tratándose de menores, comprende además educación y oficio, arte o profesión, y el obligado cumple con tal obligación, asignando una pensión suficiente (no competente, como incorrectamente está redactado el artículo) que incluya los conceptos aludidos o bien, incorporando al acreedor o acreedores a la familia. Es factible que el deudor alimentario incumpla tal obligación, no dando nada, ni incorporándolo consigo mismo; o bien, que incumpla parcialmente proporcionando una pensión insuficiente. En ambos casos, los acreedores alimentarios tienen acción para demandar el pago de una pensión suficiente o a ser incorporado con el deudor alimentario. Como se advierte, no existe una acción específica para demandar el pago de una pensión alimenticia, cuando el deudor no proporciona ninguna cantidad de dinero, como tampoco la hay, para demandar el pago de alimentos, cuando el deudor cumple parcialmente o suficientemente su obligación. Luego, ese mismo derecho sustantivo derivado de los artículos 291 y 292 del Código Civil, es el que genera la acción para demandar el pago de una pensión alimenticia suficiente para solventar los gastos que tal concepto indica, sea que el deudor incumpla en forma total o parcial. De manera que, si en la demanda inicial se expresa con claridad que el deudor alimentario, ha venido otorgando una cantidad, de dinero como pago de pensión alimenticia, pero que ésta resulta insuficiente y se pide que se declare judicialmente una pensión alimentaria de mayor cantidad, ello es suficiente, para entender que lo que se está pidiendo, es un aumento en la pensión alimenticia que voluntariamente da el deudor y que la que se fije, sea por vía judicial.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO

Amparo directo 224/98. Deyanira Hobbs Benítez. 20 de agosto de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Romero Vázquez. Secretario: Miguel Ángel Antemate Chigo.⁴⁸

En cuanto a los sujetos obligados a prestar alimentos, de acuerdo con la sistemática observada por el Código Civil, el parentesco señala los límites de la aplicación de la ley familiar, resultando este en el grado, partiendo de la filiación, o mejor dicho del parentesco de consanguinidad en línea recta o transversal.

En el parentesco civil o por adopción el adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos, en los casos en la que la tienen el padre y los hijos

DEBERES DE LOS HIJOS } Son derechos de los padres, ambos son morales.

Ahora bien, si la patria potestad otorga a los padres derechos para que puedan cumplir con la función que la misma implica de la misma manera impone deberes a los hijos. Entre ellos surge como fundamental el de obediencia, alrededor del cual giran todos los demás. Lo anterior sin perjuicio de que otros deberes tomen su origen más bien en la filiación que en la patria potestad.

Siendo la patria potestad consecuencia de la procreación destaca el carácter natural de esta institución.

El matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad ya que estos se dan independientemente de que haya o no matrimonio y esta a cargo de los padres y de los ascendientes en segundo grado.

⁴⁸ JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, 1917 – 2000, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Los deberes de los hijos no los marca el mismo código civil para el Estado de México en su artículo 4.201 al señalar lo siguiente:

*“ Los hijos y sus ascendientes se deben respeto y consideración recíprocamente ”*⁴⁹

Analizándolo encontramos que el anterior precepto legal señala, los hijos y sus ascendientes, por lo que consideramos que quienes sostienen que el deber de respeto procede de la filiación y no de la patria potestad, les asiste la razón, pues si el deber de respetar a los padres subsiste incluso después de extinguida ésta. Sin embargo, este deber se incluye dentro de la patria potestad por constituir una obligación de los sujetos de ésta.

“Se ha señalado, la consagración legal de un deber moral, el de honrar al padre y a la madre, que figuraba en el Deuteronomio y constituye el cuarto mandamiento. El precepto se repite en numerosas legislaciones, pero sin dejar de reconocer su hondo contenido moral se ha puesto en duda su significado jurídico, pues ni su cumplimiento puede obtenerse compulsivamente ni su incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas salvo casos extremos como aquellos en que se incurriese en causales de desheredación: por otra parte, la regla moral de este artículo puede ser considerada la base de la autoridad paterna.”⁵⁰

a) Respeto

Del precepto legal invocado se desprende que uno de los deberes del menor es el de respeto hacia sus ascendientes, pero este respeto debe ser recíproco.

En este sentido cabe destacar, que la obligación del hijo de honrar y respetar a sus padres se prolonga aun después de que estos mueran y solamente puedan cumplirse si se

⁴⁹ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003.

⁵⁰ BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES.1993. Pág. 269

reconoce que el hijo tiene derecho de escoger el lugar en el que han de ser sepultados sus progenitores .

Se podría entender como una sanción indirecta la pérdida de la Pensión Alimenticia, si el hijo menor deja el hogar sin permiso o causa justificada.

b) Obediencia

El deber de obediencia supone, concretamente, el cumplimiento por el hijo de las ordenes dadas por los padres en el ejercicio de las facultades de que estos gozan.

Desprendiéndose del concepto que este se trata de un deber moral por lo que no se termina con la patria potestad ya que se duda de su significado jurídico, toda vez de que su cumplimiento no puede obtenerse obligatoriamente ni su incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas, no obstante de que este deber puede ser considerado la base de la autoridad paterna

“El deber de obediencia supondrá, concretamente, el cumplimiento por el hijo de las ordenes lícitas dadas por los padres en el ejercicio de las facultades que estos gozan. El hijo obedece, por ejemplo, al vivir en casa del padre, al acompañar a este cuando cambie de residencia, al estudiar en el establecimiento docente que los padres designen al aceptar las correcciones lícitas paternas, a limitar sus relaciones personales de acuerdo con los deseos del padre, e.t.c. Desobediencia será la negativa a aceptar la decisión paterna en alguno de esos casos”⁵¹.

Así mismo podríamos decir que la **asistencia** “es otro deber moral y material de los hijos con relación a sus padres, que se extiende en el tiempo después de la cesación de la patria potestad y con respecto a las personas alcanza a los demás ascendientes.”⁵²

⁵¹ Castan Vazquez “La patria Potestad, Edif.. revista de Der. Privado Pág. 172.

⁵² BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES.1993 Pág. 269

Apoyando lo anterior el artículo 4.131 el cual refiere “Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres.”⁵³

Es importante destacar que los padres tienen la facultad de corrección para el caso de que los hijos no cumplan con los deberes antes descritos. Lo cual en la actualidad muchos utilizan como pretexto para maltratar a sus hijos por lo que la ley a puesto medidas tales como la pérdida o suspensión de la patria potestad tal y como analizaremos detalladamente más adelante.

2.- DERECHOS DE LA PATRIA POTESTAD

Algunos autores, señalan que estos deberes de los hijos e hijas no son derivados precisamente de la patria potestad, sino del estado de hijo o de hija pues existen sin importar la edad, condición o estado civil de estos últimos. Existen como un deber moral impuesto por una tradición universalmente aceptada que constriñe a los descendientes a respetar a su padre y madre. Sin embargo, en tanto deber jurídico, esta refiriendo especialmente al tiempo de la sujeción a la patria potestad. La sanción en caso de incumplimiento la encontramos como una de las causas por las cuales cesa la obligación de dar alimentos señaladas por el artículo 303 del código civil para el estado de México

Y como se cito por alimentos también se entiende asistencia en caso de enfermedad, derecho a que los hijos cuiden de uno aun cuando estos estén emancipados.

Se puede entender que los deberes de los que ejercen la patria potestad son derechos para los menores sujetos a la patria potestad.

Así mismo encontramos otros derechos hacia los padres como son:

⁵³ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003.

- Designar tutor testamentario, el objetivo de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que, no están sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismo.

La apertura de la institución de la tutela debe ser inmediatamente al fallecimiento de la última persona que ha ejercido sobre el niño la patria potestad.

“Los poderes de que gozan los tutores no emanan de la misma fuente cuando nos dice la ley que la tutela es testamentaria, legítima o dativa”⁵⁴. Pudiendo nombrar al tutor testamentario según la ley el ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad.

- Elección del nombre de pila, siendo este uno de los atributos de la personalidad, y por consecuencia un derecho del menor ha de ser registrado. Los padres son quienes eligen el nombre de pila; “teniendo en cuenta la finalidad del nombre (identificación), es evidente que nadie tiene “derecho de propiedad “ respecto del mismo, y que el nombre queda completamente al margen del comercio, tema que ha dado lugar a sugestivas discusiones en la actualidad, pero que el derecho romano no conoció.”⁵⁵

Ya habíamos señalado que la patria potestad conserva el derecho romano la teoría de los peculios, en la parte patrimonial en que se desarrolla esa función, al clasificarse los bienes del hijo en dos clases: los que adquiere por su trabajo y los que adquiere por cualquier otro título. Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo; en los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, y la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejercen la patria potestad (salvo el caso de que los hijos adquieran bienes por herencia, legado o donación, o el testador donante haya dispuesto que el usufructo se destine a un fin determinado). El usufructo concedido a los padres es denunciabile y se considera como donación a favor del hijo, por tener el mismo carácter

⁵⁴ DE IBARROLA ANTONIO “DERECHO DE LA FAMILIA”, 4ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1993 Pág. 442

⁵⁵ MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. “EL DERECHO PRIVADO ROMANO” MÉXICO, ESFINGE SA. 10ª EDICIÓN 1981 Pág. 135

compensatorio por la administración, imponiéndose a los padres las obligaciones alimentarias y las que se aplican a los usufructuarios, con excepción de dar fianza, salvo los casos de quiebra o concurso, de ulteriores nupcias y de administración notoriamente ruinosa. Por voluntad del padre o por disposición de la ley, el hijo puede tener la administración de los bienes y, entonces, respecto de ella, se le considera como emancipado, pero no podrá enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, sin cumplir con los requisitos que establece la ley

Así mismo, quien ejerce la patria potestad goza de la mitad del usufructo del los bienes de la persona menor de edad sujeta a ella.

3.- FINES Y /O OBJETIVO DE LA PATRIA POTESTAD

El objetivo de la patria potestad es proteger al menor como se observo en él capitulo

I. La Institución es de carácter publico o social.

I.- Cuidar de la persona del menor.

II.- Cuidar los bienes del menor.

I.- Como se observo dentro de los deberes todos van enfocados hacia el cuidado y protección del menor, procurando su asistencia como se desprende del articulo 4.130 del Código Civil para el Estado de México. Al referir que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos.

De igual forma se preocupa por su futuro es decir su educación al referimos en su articulo 4.135 del ordenamiento antes citado, que respecto a los menores “ Tratándose de menores y tutelados comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria y secundaria del alimentista. Respecto de los descendientes los alimentos incluyen también proporcionarle algún oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales”.⁵⁶

⁵⁶ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003

“El papel natural de la familia es proteger al niño: Sucede empero que padres indignos abusen de su autoridad o que por el contrario descuiden usar de ella. Debe el Estado resolver o organizar la protección del niño fuera de su familia, aun en ciertos casos, fuera de la familia”⁵⁷.

Así mismo el artículo 18 de La Convención sobre los Derechos del Niño en su último párrafo señala “*Su preocupación fundamental será el interés superior del niño*”⁵⁸ Consagrándose así el objetivo principal que es el de cuidar de la persona del menor.

II.- Se procura proteger a los bienes del menor limitando la Ley a la administración de los mismos y ha su entrega una vez que se termine la patria potestad.

La patria potestad como Institución interesa a la Sociedad motivo por el cual el Estado acentuado su intervención.

La patria potestad es el resultado del interés que tiene la sociedad en que se proteja tanto a la persona como a los bienes del menor

Para cumplir con su objetivo, esta figura se estructura a través de un conjunto de deberes y derechos instrumentados para la norma jurídica y que gravitan tanto sobre la persona que la ejerce como sobre aquella que esta sujeta a la patria potestad

Si bien, la ley reconoce el derecho de corregir este debe tener un límite para evitar abuso de autoridad paterna.

El usufructo que tienen los padres sobre los bienes de los hijos es de naturaleza particular, por razón misma de su afectación familiar.

⁵⁷ DE IBARROLA ANTONIO “DERECHO DE LA FAMILIA”, 4ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1993. Pág. 463

⁵⁸ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO PROCLAMADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989, RESOLUCIÓN 1386 XIV.

Los ingresos del menor quedan afectados ante todo a su alimentación. “Los gastos de alimentación deben ser proporcionados a la fortuna del mismo. Por lo tanto, los padres no pueden conservar de los productos mas que aquello que exceda cuanto es necesario para la alimentación y educación del menor conforme a su fortuna”⁵⁹

De lo anterior podemos resumir que la patria potestad tiene el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores y esta constituida primordialmente por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades con limitantes que la misma señala.

⁵⁹ DE IBARROLA ANTONIO “DERECHO DE LA FAMILIA”, 4ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1993 Pág. 455

CAPITULO III

MODOS DE ACABARSE O PERDERSE LA PATRIA POTESTAD

Podemos decir que si ambos padres o solo uno de ellos ejercita mal la Patria Potestad, incumple o incumplen con sus deberes, por lo que el Estado tiene la facultad de suplir esa omisión.

Actualmente nuestra legislación faculta al juez para que el suprima los derechos de los padres que no ejercitan correctamente los fines de la Patria Potestad.

Y toda vez de que la Perdida de la Patria Potestad es una medida para obligar a cumplir correctamente con la Patria Potestad; podríamos decir que es una medida severa pero necesaria en muchos de los casos. Ya que muchas veces la simple amenaza de una privación de la Patria Potestad hace que los padres que muchas veces por ignorancia puedan cumplir con sus funciones de mejor manera, destacando el interés de los padres por conservar a su hijo a su lado.

“Antiguamente en el Derecho francés, solo se consideraba la perdida de la patria potestad por un solo motivo: cuando los padres incitaban, o cuando conducían habitualmente a sus hijos a la corrupción. Naturalmente ello no era suficiente. El legislador no había medido la extensión del problema: muchos padres se mostraban indignos de la confianza en ellos depositada por la ley y maltrataban o abandonaban a sus hijos, los especializaban en el robo, convirtiéndolos en precosos raterillos, o los enseñaban a mendigar”⁶⁰

⁶⁰ DE IBARROLA ANTONIO “DERECHO DE LA FAMILIA”, 4ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1993. Pág. 459

Actualmente existen distintas formas de acabarse y perderse la patria potestad por lo que resulta importante aclarar que existen modos de terminarse o acabarse la Patria Potestad, siendo estos distintos a las causales que originan la pérdida de la Patria Potestad, como analizáremos en este capítulo.

Recordemos que la patria potestad no se puede renunciar y sólo puede ser objeto de dispensa cuando quien deba ejercitarla haya cumplido 60 años de edad o padezca mal estado de salud que le impida cumplir con este deber.

Así la ley reconoce tres formas que afectan la patria potestad, las cuales se distinguen de acuerdo a la naturaleza que la originan como son:

- a) La suspensión
- b) La extinción
- c) La pérdida

a) La patria potestad se suspende:

La suspensión de la patria potestad es una medida preventiva que no implica, necesariamente, como en el caso de la pérdida, una sanción al padre o a la madre. Aquí se trata de evitar que el hijo carezca de una adecuada asistencia y representación jurídica. por lo que procede en supuestos en que aun sin mediar conducta culposa o dolosa del padre o madre, no pueden éstos proveer a esa asistencia y representación.

“A diferencia de la pérdida que se refiere a la patria potestad, la suspensión hace referencia a su ejercicio. Esto se deriva del supuesto jurídico de que la patria potestad se tiene o no se tiene, y significa el conjunto de derechos, deberes y obligaciones a cargo de los progenitores, por lo cual las causas de suspensión hacen referencia a esa imposibilidad del ejercicio, más no a la función en sí misma.”⁶¹

⁶¹ F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL “LA FAMILIA EN EL DERECHO I”, DERECHO DE LA FAMILIA Y LAS RELACIONES JURÍDICAS PATERNO FILIALES, EDITORIAL PORRUA 5ª, MÉXICO 1999. Pág. 331

“La suspensión del ejercicio de la patria potestad no es necesariamente una sanción, pues puede derivar de causales que no importen culpa del padre.”⁶²

El Código Civil nos señala tres supuestos en los cuales se suspende la patria potestad, siendo estas:

1. Cuando quien deba ejercitarla sea declarado incapaz;

“Hace referencia a la incapacidad declarada judicialmente. Es decir, al estado de interdicción que se establece por medio de sentencia de juez de lo familiar competente, como consecuencia de un proceso seguido ante él. Por lo tanto, están excluidos aquellos incapaces de hecho. En este caso se trata, no de la suspensión de la patria potestad, sino de la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, que ejercerá el cónyuge sano, pero conservará el enfermo todos los deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad.”⁶³

Como se observo en los capítulos anteriores uno de los objetivos de Patria potestad es cuidar de la persona del menor, y una persona que se declara judicialmente interdicto no es capaz de cuidar de su persona, menos va poder cuidar de la persona del menor.

Ya que como requisito indispensable para que sea declarada judicialmente es que medie proceso alguno, es decir, se valoren los medios de prueba y no por una simple suposición, aunque se trate de un hecho natural inherente al sujeto. De lo contrario se daría lugar a que alguien se hiciera pasar por incapaz para no cumplir con su obligación sin ser sancionado con la pérdida de la patria potestad.

2. Por la ausencia declarada en términos del Código Civil;

⁶² BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES.1993. Pág. 311.

⁶³ F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL “LA FAMILIA EN EL DERECHO I”, DERECHO DE LA FAMILIA Y LAS RELACIONES JURÍDICAS PATERNO FILIALES, EDITORIAL PORRUA 5ª, MÉXICO 1999. Pág. 331

“Establece, como consecuencia necesaria de la ausencia declarada en forma, la suspensión de la patria potestad. El ausente está imposibilitado para ejercerla y se le suspende del ejercicio de la patria potestad”.⁶⁴ “La suspensión dura en tanto persista la ausencia.”⁶⁵

Es te supuesto que señala la ley es lógico ya que si no se esta presente no se podrá cumplir con cuidar al menor se esta presente no se podrá cumplir con cuidar al menor sujeto a la Patria potestad; pero es importante aclarar o diferenciar entre una ausencia declarada y un abandono de menor. Ya que dentro del primer supuesto la sanción será una suspensión de la Patria potestad; por que no existe la intención de dejar o abandonar al menor sino por otras circunstancias no se esta con él. Y en el segundo caso como se verá más adelante se pierde porque existe la intención o voluntad de separarse del menor abandonado al mismo.

3. Por sentencia del juez que imponga la suspensión temporal del ejercicio' de la patria potestad.

En este punto es importante destacar el comentario o aclaración que realiza el maestro F. Chavez Asencio, el cual se cita a continuación:

“Presenta múltiples posibilidades de suspensión de la patria potestad, pues señala en general que ésta se suspende por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión. ¿Qué origina a esa causa de la sentencia? Desde luego, no son las actitudes drásticas o graves a las que se refiere el artículo 444 C.C. Debemos distinguir que en el caso que se estudia se hace referencia a situaciones o actitud del padre o de la madre que, sin ser de extrema gravedad, sí exigen la suspensión en el ejercicio de la patria potestad,

⁶⁴ OB CIT. Pág. 331

⁶⁵ BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES.1993. Pág. 311

como pueden ser: excesiva dureza en las amonestaciones, conducta notoriamente negligente que comprometiera la salud, seguridad, honorabilidad de los hijos, etcétera.”⁶⁶

Es importante destacar que se deja a consideración de juzgador la suspensión o pérdida de Patria potestad en estos casos dado la gravedad del caso. Ya que como se menciono anteriormente muchas veces la simple amenaza de la perdida hace que los padres cambien y en estos casos operaria la suspensión. Pero cuando los mismos hechos describen que la intervención del padre es de desapego al menor se dará la perdida . Por lo que no podríamos generalizar en que casos es perdida o en que casos es suspensión ya que cada caso el juzgador deberá analizarlo de forma particular.

Por lo que a nuestro criterio la fracción IV del actual Código Civil del Estado de México, queda entendida dentro de la fracción o apartado que se analiza.

“Considera Borda que también hay suspensión del ejercicio de la patria potestad en el caso de adopción simple, en que en virtud de que se transfiere al adoptante los derechos y deberes emergentes de la patria potestad. No me parece que sea propiamente un supuesto de suspensión, pues aunque los padres pueden reasumir la patria potestad si la adopción se revoca, carece del carácter eminentemente temporáneo de la suspensión”⁶⁷

Las causas que originaron la suspensión pueden desaparecer, cuando el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio cuando el ausente regresa y cuando las causas de suspensión judicial desaparecen. En estos casos se recupera la patria potestad, pero se requiere la intervención judicial para que se declare que se ha recobrado de nuevo ese ejercicio.

h) La patria potestad se extingue:

⁶⁶ F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL “LA FAMILIA EN EL DERECHO I”, DERECHO DE LA FAMILIA Y LAS RELACIONES JURÍDICAS PATERNO FILIALES, EDITORIAL PORRUA 5ª, MÉXICO 1999. Págs. 331 y 332

⁶⁷ BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5ª, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES. 1993. Págs. 312 y 313

1. Cuando muere el que la ejercita y no hay con quién sustituirlo;
2. Por la emancipación;
3. Por la mayoría de edad.

1.-POR MUERTE.

“Se trata de un supuesto obvio de conclusión de la patria potestad. Si fallece uno de los padres, la extinción a su respecto somete al hijo a la patria potestad exclusiva del otro.”⁶⁸

Claramente se ve que si fallece el padre no podríamos hablar de una suspensión ya que no se recupera ni de una pérdida ya que no se da por culpa de una conducta del padre. Sino todo lo contrario se trata de un hecho natural y por lo cual se extingue.

“Es necesario señalar que la institución no se extingue si hay otra persona en quien recaiga que puede ser el otro cónyuge o los ascendientes que llegan solo a los abuelos paternos y maternos. Al faltar éstos la patria potestad se extingue dando paso a la tutela.”⁶⁹

Es importante aclarar que se extingue la Patria potestad pero subsisten los derechos propios de la misma como son el derecho a heredar. Así mismo podemos decir que la declaración de muerte de forma judicial es una forma de extinción de la Patria potestad ya que si propiamente no se ha dado el hecho de forma real jurídicamente si.

2.-POR EMANCIPACIÓN DERIVADA DEL MATRIMONIO.

El nacimiento implica un aumento sensible de la capacidad de goce en materia del Derecho familiar, personal, hereditario y contractual, que se inicia con la concepción del

⁶⁸ OB CIT. PAG. 307

⁶⁹ F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL “LA FAMILIA EN EL DERECHO I”, DERECHO DE LA FAMILIA Y LAS RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES, EDITORIAL PORRUA 5ª, MÉXICO 1999. Pág. 325

ser. Pero su capacidad de ejercicio es nulo. Por lo tanto, el recién nacido deberá hacerse representar para el ejercicio de sus derechos y obligaciones. “El menor, al alcanzar determinada edad obtiene la capacidad de realizar ciertos actos.”⁷⁰

Es necesario recordar que uno de los objetivos o fines de Patria potestad es cuidar de los bienes y de la persona del menor .Ya que se supone que el menor de edad no puede hacerlo pero al emanciparse como consecuencia del matrimonio el procreará su propia familia y tendrá a su cargo a otro menor del cual tendrá que cuidar por lo que se entiende que ya puede cuidarse de si mismo y no tiene razón de existir o estar sujeto a la Patria potestad por lo que se da la extinción de la misma.

Por lo que la misma ley reconoce que a determinada edad (no siendo necesariamente la mayoría de edad) el menor puede realizar actos y tiene ya capacidad para cuidar de su persona, encontrando entre ellos el matrimonio, para el cual no es necesario obtener la mayoría de edad, ya que como lo señala el Código Civil.

Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce, aunado a lo anterior se da la posibilidad de que no se tenga esta edad y poder contraer matrimonio, al otorgar el mismo ordenamiento, a los jueces de primera instancia, el conocer dispensas de edad por causas graves y justificadas.⁷¹

“El matrimonio del hijo es una causal legal de emancipación y, por consiguiente, de conclusión de la patria potestad, que no renace aun cuando el hijo enviude antes de la mayoría de edad.”⁷²³

Es importante aclarar, que el menor a través de la emancipación adquiere el gobierno de su persona y la administración de sus bienes. En nuestra legislación, el menor de

⁷⁰ OB CIT. PAG. 298

⁷¹ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003.

⁷² BELUCCIO AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5ª, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES. 1993, Pág. 308

18 años que contrae matrimonio se emancipa; esto es, adquiere una capacidad menos plena pero que le autoriza a manejar sus asuntos, como si fuera mayor, con excepción de dos limitantes: a) Necesita un tutor para atender sus asuntos judiciales, incluido el divorcio, y b) Requiere autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces.

“En caso de disolución del matrimonio, el menor no recae nuevamente en la patria potestad, pero requiere de autorización para volver a casarse, pues se ha considerado que en su matrimonio existe un interés familiar.”⁷³ Aclarando que se necesita de la autorización para volver a casarse siempre y cuando no cumpla la mayoría de edad. Así mismo es obvio que si el menor durante el lapso que duro el matrimonio demostró ser capaz de cuidar de su persona no necesita volver a ser sujeto pasivo de la Patria potestad por lo que al disolverse el matrimonio no recae en la Patria potestad de nadie.

La emancipación determina una semicapacidad de ejercicio en el menor emancipado, en virtud de las limitantes señaladas en la ley mismas que han sido descritas con anterioridad. Así, la emancipación se presenta como consecuencia del matrimonio y continúa aun cuando éste se disuelva. Esto no es efecto directo del matrimonio; es un acto reflejo que modifica la capacidad.

Así bien si el menor fuese víctima de algún tipo de abuso que afectara su vida podría acudir ante una autoridad para hacerlo saber aunque necesitara representación legal para el procedimiento, ha diferencia de que cuando es muy pequeño no puede valerse por si mismo y por consiguiente no puede quejarse de lo que sucede y acudir por si mismo ante una autoridad o institución para recibir ayuda o apoyo a su problema.

Uno de los efectos de la emancipación es la extinción de la patria potestad, por las razones y motivos antes descritos.

3.-POR LA MAYORIA DE EDAD.

⁷³ F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL “LA FAMILIA EN EL DERECHO I”, DERECHO DE LA FAMILIA Y LAS RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES, EDITORIAL PORRUA 5ª, MÉXICO 1999. Pág. 13

“Con el hecho del nacimiento los nacidos tienen capacidad de goce, no así la de ejercicio que está restringida según la minoría de edad”⁷⁴.

La mayoría de edad se obtiene al cumplirse los 18 años. Al llegar a ella el menor adquiere la plena capacidad para el ejercicio de sus derechos y uso y disposición de todos sus bienes, terminando así la patria potestad.

Se supone que al alcanzar la mayoría de edad y la capacidad plena tanto de goce como de ejercicio el menor puede cuidar de su persona y no necesita la supervisión de nadie. Así pues, si algún hecho ocurriera afectando su persona puede acudir al ante autoridad correspondiente para que le resuelvan su problema o le den alternativas, cosa muy distinta cuando es menor de edad que aunque el sea el afectado necesita representación legal.

Son importantes los distintos grados durante la minoría de edad para las relaciones familiares. “Las personas físicas van sufriendo modificaciones a través de la edad que se reflejan en el ámbito jurídico.”⁷⁵ Ejemplo de ello es que aun cuando se es menor de edad pero mayor de 16 años puede testar, ya que es un acto personalísimo antes de la edad mencionada no puede realizarlo en virtud de que la ley no lo permite mediante representante.

“Es la forma normal de conclusión de la patria potestad. Se produce aun cuando el hijo sea de mente o sordomudo que no sepa darse a entender por escrito pues entonces la patria potestad es remplazada por la curatela”⁷⁶ Como se mencionó anteriormente la mayoría de edad trae consigo la capacidad plena para el sujeto pasivo de la Patria potestad pero si este por causas de fuerza mayor aun no puede cuidar de su persona se le debe de nombrar o representar a través de otra figura jurídica. Cumpliéndose así la regla general.

⁷⁴ OB. CIT PAG. 47

⁷⁵ OB. CIT PAG 42

⁷⁶BELUCCIO ,AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5ª, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES. 1993 Pág. 307

De lo anterior podemos deducir que por razones obvias la mayoría de edad es una forma de extinción de la Patria potestad, ya que no se requiere cuidar del menor pues al tener esta ya la capacidad plena puede representarse y cuidarse por si misma asumiendo así una serie de derechos y obligaciones.

c) La patria potestad se pierde:

4.-POR DECLARACIÓN JUDICIAL.

Esta sanción única y exclusivamente la puede determinar el Juez previo procedimiento y valoradas las circunstancias del caso.

“Los casos de pérdida de la patria potestad implican la sanción legal "cuando la conducta ilícita de los padres contraría debidamente los contenidos sustanciales que los deberes-derechos emergentes de ella, imponen a los Progenitores”.

Todas las causas señaladas en el artículo 426 C.C. son de tal naturaleza graves, que la patria potestad se pierde definitivamente. Como sanción se impide su ejercicio, aun cuando directamente no fuere el hijo el perjudicado. Algunas de las causas tienen efecto preventivo, y otras son consecuencia directa de la acción ejecutada en contra del cónyuge o del menor.”⁷⁷

“Se trata de una sanción impuesta para casos de extrema gravedad que se diferencia de la perdida o privación de su ejercicio en que es irrevisible”⁷⁸. Siendo estas:

⁷⁷ F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL “LA FAMILIA EN EL DERECHO I”, DERECHO DE LA FAMILIA Y LAS RELACIONES JURÍDICAS PATERNO FILIALES, EDITORIAL PORRUA 5ª, MÉXICO 1999. Pág. 325

⁷⁸ BELUCCIO ,AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5ª, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES. 1993 Pág. 308

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

Dentro de esta fracción encontramos dos supuestos los cuales analizaremos de la siguiente manera, el primero de ellos hace referencia a “cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho”.

“Debe tratarse de alguna actuación grave que implique la pérdida, pues debemos anotar que también por sentencia se puede imponer la suspensión que, indudablemente, se presenta cuando es menos grave la falta del progenitor que la ejerce. Es de notarse que esta primera causal, no hace referencia a si la condena debe ser originada por alguna actuación en contra del cónyuge, en contra del menor, o en contra de terceros. Es de tal amplitud que queda al arbitrio judicial decidir, pero siempre tomando en cuenta la actuación grave y perjudicial para el menor sobre quien se ejerza la patria potestad”⁷⁹.

Este supuesto nos hace suponer que debe dictarse previo procedimiento y una vez valoradas todas las pruebas, es decir, que no quede duda alguna, ya que estamos hablando de que un padre va a perder todos sus derechos hacia sus hijos. Así mismo debe de ser clara y expresa la sanción, que a la clara interpretación de la sentencia se lea o entienda la pérdida de la patria potestad. De lo contrario podríamos interpretarla como una suspensión dando alternativa a recuperar la patria potestad, generando así una inestabilidad al menor.

El segundo supuesto hace referencia a “cuando sea condenado dos o más veces por delitos graves”, el cual nos explica el maestro Chávez Ascencio de la siguiente forma:

“No se requiere que los delitos sean en contra del menor o del otro progenitor. Es una medida preventiva, pero se sanciona como todas estas causales con la pérdida de la

⁷⁹ F. CHAVEZ ASCENCIO MANUEL “LA FAMILIA EN EL DERECHO I”, DERECHO DE LA FAMILIA Y LAS RELACIONES JURÍDICAS PATERNO FILIALES, EDITORIAL PORRUA 5ª, MÉXICO 1999. Pág. 326

patria potestad, es preventiva, porque no necesariamente implica una actuación ilícita en contra del hijo”.⁸⁰

Esta la podemos interpretar que si el padre o sujeto activo de la Patria potestad fue capaz de cometer un delito grave pudo encontrarse en el momento y lugar inadecuado o actuó de forma culposa, pero cuando reincide esto es que vuelve a cometer un delito grave más de dos veces, se elimina toda apariencia o supuesto y se confirma de que no se trata de coincidencias, sino de una persona que actúa dolosamente, por lo tanto el menor corre peligro a su lado pudiendo ser la siguiente víctima y no podemos esperar a que eso suceda ya que podría llegar el apoyo demasiado tarde o el menor seguir esos ejemplos por lo que es mejor alejarlo de se medio.

Así mismo es importante destacar que el mismo supuesto jurídico nos señala como requisito que sea “condenado”, es decir que medie sentencia alguna y no se trate de una simple averiguación previa ya que estamos hablando de un supuesto y no ha sido oído y vencido en juicio por lo cual se le estaría violando un derecho aunado a lo anterior, el delito debe ser clasificado como “grave” .

2. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo dispuesto por *el* artículo 283 del Código Civil para el distrito Federal, en el sentido de que con la sentencia que se dicte en dicho juicio se fijará la situación de los hijos. para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del Código Civil para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.

Es una realidad que en la actualidad muchas parejas se separan por violencia familiar, llegando al divorcio afectando de esta manera la estabilidad de los menores, como lo señala atinadamente el Profesor EDUARDO PALLARES, “la evolución de la especie

⁸⁰ OB. CIT. Págs. 326 y 327

humana no ha alcanzado el grado de moralidad suficiente para soportar la indisolubilidad del matrimonio, por lo que debe considerarse el divorcio un mal necesario a fin de evitar otros mayores e injusticias increíbles,⁸¹ por lo que a través de las reformas se ha buscado protegerlos mejor, muestra de ello es la siguiente Jurisprudencia, misma que nos describe ampliamente la realidad jurídica.

Octava Epoca

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo IV, Parte TCC

Tesis: 568

Página: 409

PATRIA POTESTAD, DECISION SOBRE LA, EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO. Con motivo de la reforma del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, proveniente del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, veinte noventa días después, los juzgadores disponen de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes, tanto a la patria potestad en general, como a la custodia y al cuidado de los hijos en particular, en las sentencias que decreten el divorcio. Como todos los casos en que se prevé una facultad discrecional, el ejercicio de ésta no implica simplemente que el órgano jurisdiccional cuente con un poder arbitrario de decisión, sino que su desempeño debe traducirse siempre, en el examen escrupuloso y en la evaluación razonada de todos los elementos con que se cuente y que sean susceptibles de conducir a la emisión del juicio más adecuado al fin que persigue la ley cuando concede dicha facultad. Respecto a la situación de los hijos en caso de divorcio, no debe pasar desapercibido que como consecuencia de la referida reforma legal, el sistema de pérdida de la patria potestad como pena al responsable de la disolución del vínculo matrimonial quedó suprimido y esta circunstancia debe eliminar la idea de valorar las cosas en función de determinar una

⁸¹ PALLARES EDUARDO "EL DIVORCIO EN MÉXICO" 6ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA MÉXICO 1991. Pág. 39

culpabilidad para imponer una sanción. Es claro que la ley tiene una meta más alta, que incluso no se reduce a evitar a los hijos el sufrimiento de un daño, sino a lograr lo que más les beneficie dentro del nuevo estado de cosas en los órdenes familiares, social y jurídico, originados por la separación de los esposos. Esto explica que con las resoluciones que se pronuncien, los jueces pueden generar la más amplia gama de situaciones por la combinación de poderes y personas que tendrán que ver con los hijos en cuanto a su sostenimiento, cuidado, educación, administración de bienes, etcétera, pues se puede decretar la pérdida, la suspensión, o bien, la limitación de la patria potestad; se puede así mismo, dar la intervención a ambos padres, a uno solo o a otras personas que conforme a la ley corresponda el ejercicio de dicha patria potestad o, en un caso extremo, a un tutor. De ahí que si para resolver sobre la situación de los hijos al decretar el divorcio, el órgano jurisdiccional no hace una evaluación pormenorizada de todos los elementos de juicio a su alcance o no razona debidamente su determinación, ello significará la existencia de un uso indebido de la facultad discrecional prevista en la disposición en comento.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Epoca:

Amparo directo 3504/88. Ilya Isabel López González. 30 de noviembre de 1988.

Unanimidad de votos.

Amparo directo 3739/88. María del Carmen Martínez Ramírez. 8 de diciembre de 1988.

Unanimidad de votos.

Amparo directo 924/89. Hilda Elizabeth García Ortiz. 11 de mayo de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 2659/88. Eliana Cazenave Tapie Isoard. 7 de diciembre de 1989.

Unanimidad de votos.

Amparo directo 634/90. Bertha Ruiz Alazáñez. 15 de marzo de 1990. Unanimidad de votos.

NOTA:

Tesis I.4o.C.J/21, Gaceta número 28, pág. 49; Semanario Judicial de la Federación, tomo V, Segunda Parte-2, pág. 705.⁸²

Es importante destacar que la figura jurídica de la guardia y custodia es distinta a la patria potestad ya que la segunda de estas implica el conjunto de derechos y obligaciones. Por lo que el juez al resolver el divorcio podrá decretar la pérdida de la patria potestad de forma preventiva cuando al estudiar el fondo de los hechos narrados por las partes observe violencia familiar o que el menor corra peligro.

A través de la narración de los hechos el menor no puede expresar su sentir o vivir como las partes, pero estos al describir la vivencia familiar podrá deducir si un menor corre peligro al lado de alguno de los padres.

Actualmente apoyándonos en la DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO PROCLAMADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, algunos jueces escuchan la opinión de los menores para poder decidir sobre la guarda y custodia y determinar o no la pérdida de la patria potestad.

3. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; Estas causas responden a una actuación directa en contra del hijo.

El supuesto jurídico prevé varias hipótesis encaminados a un mismo fin que es el cuidar de la persona del menor y su estabilidad tanto física como emocional por lo que a continuación analizaremos cada una de ellas.

- a) por costumbres depravadas de los padres.- Aquí se trata de cuidar la estabilidad emocional del menor y su sexualidad

⁸² JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, 1917 – 2000, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

- b) malos tratamientos.- Se trata de cuidar la seguridad física del sujeto pasivo. Es importante destacar que se usa la fuerza de forma intencional, no accidental, dirigida a herir o lesionar al menor. No solo se abarca los malos tratos físicos, los cuales no muchas veces dejan huellas en el cuerpo como es el caso de hacerlo permanecer en cierta posición durante largo tiempo, forzarlo a efectuar ejercicios físicos, etc., sino también verbales o emocionales, siendo estas actitudes dirigidas exclusivamente a dañar la integridad emocional. Siendo un tanto difícil de valorar por tratarse de un aspecto psicológico. Aunado a lo anterior los malos tratos son difíciles de comprobar en un procedimiento legal ya que culturalmente el recurso de violencia física y/o verbal se justifica en la educación.
- c) abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos.- Cuando aun estando los padres viviendo con los menores no prevea el cuidado de los mismos comprometiendo su integridad este supuesto no maneja la separación física como elemento o requisito indispensable se engloba más o prevé el abandono de deberes y no de persona como veremos más adelante así mismo requiere que se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad del hijo con el abandono, surgiéndonos la interrogante ¿sino se pone en peligro o compromete al menor, no se da el supuesto jurídico?, literalmente se puede interpretar que no, lo cual sería cuestionable ya que si uno de los padres abandona sus deberes y el otro sigue cumpliendo el menor no se va a ver en peligro, sin embargo no por ese hecho no debe de ser sancionado el padre que abandono. Ya que de lo contrario el juzgador estaría solicitando que el padre que se queda con los menores no cumpla con sus obligaciones a efecto de que se vean afectados los menores y así poder sancionar al padre que abandono primero. Es importante destacar que es un aparente descuido hacia el niño pero que en realidad esta ocultando una manifestación de rechazo y falta de afecto, perjudicando al menor por lo que se da la sanción de la separación es decir la pérdida de la patria potestad. Podríamos decir que se trata de negligencia, pudiendo ser física, emocional o educacional y cada una de ellas se presenta de

diferentes grados que van de lo moderado a lo grave, dándoles este calificativo el juzgador.

Este supuesto jurídico lo ha resuelto la ley de se de la siguiente forma a través de la siguiente tesis jurisprudencial que no lo ejemplifica.

Octava Epoca

Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: I, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1988

Página: 462

PATRIA POTESTAD, BASTA LA POSIBILIDAD DE QUE EL MENOR RESULTE AFECTADO EN LOS VALORES QUE LA LEY PROTEGE, PARA QUE SE PRODUZCA LA PERDIDA DE LA. Son tres los elementos de la acción de pérdida de la patria potestad a que se refiere la fracción III del artículo 444 del Código Civil, a saber: a) que quien ejerza la patria potestad tenga costumbres depravadas, dé malos tratamientos a los hijos o abandone sus deberes para con ellos; b) que pueda comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, y, c) la relación de causa a efecto entre el abandono de los deberes de los padres y el daño que puedan sufrir los hijos. Desentrañando el sentido exacto de la norma, se desprende que para que surta la hipótesis legal de pérdida de la patria potestad en estudio, no se requiere que el menoscabo en los valores del menor, que la ley protege, se produzcan en la realidad, pues para ello basta que con el proceder del padre incumplido, se genere la posibilidad de que se ocasionen esos perjuicios. En esta forma, para determinar si se actualiza o no la causal de que se trata, es preciso que el mismo se aprecie tomando en consideración tan solo las probables consecuencias que racionalmente pudieron haberse ocasionado en perjuicio del menor con la conducta del padre, sin que se deban considerar las demás circunstancias que hayan acontecidos en la realidad o los efectos que dicha conducta haya producido, pues al establecer el precepto de referencia el vocablo "pudiera", impone la obligación de hacer la valoración del caso en función únicamente de las consecuencias normales que la conducta por sí misma pueda producir, y

no de las consecuencias que realmente haya causado, toda vez que no necesariamente hay identidad entre lo que ocurrió y lo que pudo ocurrir; sin que para tal efecto obste el hecho de que en el momento de emitir el juicio correspondiente, ya se hubieren conocido las consecuencias de la conducta impugnada y que ésta no haya producido perjuicio alguno al menor, puesto que la sanción que impone el precepto legal en comento, no tiene su fundamento en las consecuencias que la conducta hubiese causado en la realidad, sino tan solo en las que pudo producir, las cuales además, pueden llegar a conocerse racionalmente, tomando en consideración todas las circunstancias del caso.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 615/88. María Patricia Méndez Goyri. 7 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Noé Adonai Martínez Berman.⁸³

Así podemos observar que a diferencia del primer supuesto los actos realizados por los padres tienen que ir encaminados a dañar al menor y no ha persona distinta aunado a lo anterior los actos realizados pueden o no estar tipificados en el Código Penal así mismo no se requiere que sea considerado como delito grave.

“Debemos tomar en cuenta que la seguridad también hace referencia a la seguridad física y espiritual, pues ambos progenitores tienen la responsabilidad de la educación física y espiritual de los menores. En cuanto a la moralidad, hace referencia a los actos de los padres que en lugar de dar el buen ejemplo que exige la ley, se comprometan los principios morales y la» buenas costumbres.”⁸⁴

Por consiguiente no se requiere que medie procedimiento alguno ante autoridad alguna o que esta resuelva o condene la conducta realizada por el padre. Ya que como son

⁸³ JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, 1917 – 2000, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

⁸⁴ F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL “LA FAMILIA EN EL DERECHO I”, DERECHO DE LA FAMILIA Y LAS RELACIONES JURÍDICAS PATERNO FILIALES, EDITORIAL PORRUA 5ª, MÉXICO 1999. Pág. 327 y 328

acciones que están afectando directamente al menor el mismo corre peligro y no se puede llevar un procedimiento para separarlo de la violencia.

De lo anterior nos surge una interrogante cuando el hijo es muy pequeño como puede quejarse ante autoridad alguna de la violencia o maltrato del que esta siendo objeto, ya que tratándose de una persona adulta esta pueda acudir ante la autoridad para hacer valer su derecho, por si misma, claro que el menor puede ser representado en juicio una vez que se conoce su situación, pero cómo se da a conocer el hecho si muchas veces el menor aun no habla o no sabe a donde acudir y llegar al lugar por sus propios medios ya que sus representantes legales (padres) a las personas que se suponen que deben de cuidar de su persona son sus agresores.

4. “Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.”⁸⁵

El profesor de Ibarrola Antonio dentro de su obra derecho de la familia al mencionar las causales por las cuales procede la perdida de la patria potestad a modo de ejemplificar y para un mejor entendimiento de la fracción en cuestión cita la siguiente tesis jurisprudencial.

“El delito de abandono de personas, que en puridad técnica debe denominarse *omisión de deberes de asistencia familiar* es un delito que tutela la vida e integridad corporal de los sujetos pasivos específicamente determinados en la figura, cuya consumación se actualiza con la puesta en peligro de estos bienes jurídicos, lo cual revela que, en orden al resultado, debe considerarse como delito de peligro en el que, no obstante, no puede existir daño material o moral que de base a la sanción reparadora. En efecto, la reparación del daño que forma parte de la sanción pecuniaria , no debe ser objeto de condena tratándose de delitos de peligro, ya que estos, por su naturaleza especial, no causan daños, sin que esto implique que el acreedor alimentista no tenga expedita su acción civil para obtener el pago de las pensiones adeudadas, ya que a través de la figura delictiva se a

⁸⁵ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2000.

pretendido únicamente dar una mas efectiva tutela para evitar los incumplimientos de deberes de asistencia que pongan en peligro completo la vida e integridad corporal del cónyuge e hijos menores, situación de desamparo total; pero es patente que esta tutela de naturaleza penal no elimina la posibilidad de ejercicio de las acciones civiles que, en su caso, podría ejercitar el acreedor alimentista. (Tribunal Colegiado del Décimo Distrito: Dir.

73/75,14 jul.1975; Dir. 88/75, 23 jul.1975; Dir. 65/73,31 ene. 1974; Dir. 256/74, 29 may. 1975.”⁸⁶.

Debe observarse que en los supuestos señalados con el numeral tres y cuatro hacen referencia al abandono. En un caso se trata del abandono "de sus deberes", y en el segundo el "abandono del hijo o la exposición del mismo". Por lo que nos evocaremos al segundo supuesto, el cual nos es de mayor importancia para efectos del presente trabajo.

En relación al abandono de deberes la ley ha impuesto varias sanciones dependiendo de las características del hecho mismo como son desde la suspensión de los derechos de familia, la perdida de la patria potestad, en casos de divorcio ser cónyuge culpable, ...

Así mismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha conocido de algunas situaciones que pueden presentarse, siendo estas las siguientes:

- El padre que no demuestra interés alguno para proveer a la subsistencia, cuidado y educación de su hijo, a pesar de tener a su alcance los media para hacerlo, debe perder la patria potestad⁸⁷ independientemente del hecho de que la madre subsista o prevea al menor de lo indispensable, lo anterior en virtud de que la conducta del padre que no prevé la subsistencia del menor puede poner en peligro la salud o la seguridad del mismo; 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

⁸⁶ DE IBARROLA ANTONIO "DERECHO DE LA FAMILIA", 4ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1993 Págs. 460 y 461

⁸⁷ F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL "LA FAMILIA EN EL DERECHO II", DERECHO DE LA FAMILIA Y LAS RELACIONES JURÍDICAS PATERNO FILIALES, EDITORIAL PORRUA 5ª, MÉXICO 1999. Pág. 328

- Cuando el abandono de deberes no es total, es decir solo hay un incumplimiento parcial de la obligación, bastando solo este hecho para que se de la pérdida de la patria potestad. Es cierto que la sanción de la pérdida de la patria potestad para el padre incumplido, es muy grave, pero no lo es menos la situación en que se coloca al hijo, cuando lo desatiende en su subsistencia, aun cuando sea parcial. Ya que evidentemente la necesidad de percibir alimentos es de tal naturaleza que no puede quedar supeditada a eventualidad de ninguna clase ni a un incumplimiento parcial.

En los casos de exposición y abandono, debiendo diferenciarlos primeramente, el profesor F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL, al respecto nos señala lo siguiente; "Exposición y abandono son conceptos diversos. El género es el abandono y la exposición es una forma. La exposición se refiere al recién nacido dejado en un sitio público, a la intemperie con lo cual se hace peligrar la vida. El abandono significa dejar una persona que, teniendo derecho a recibir cuidado y alimentos, se le priva de ellos lo que implica situaciones perjudiciales. Significa el incumplimiento de los deberes y obligaciones que imponen la patria potestad."⁸⁸. Por lo que concluimos que se trata de la actitud de los padres, que abdican a su responsabilidad de ejercer la patria potestad.

"Sobre el abandono, pueden presentarse dos situaciones, sin pretender que sean las únicas, que permiten mayor precisión. Puede suceder que uno de los que ejerzan la patria potestad se desentienda totalmente del menor, pero el otro lo conserve bajo su custodia y le resuelva todos los problemas de habitación y alimentación. En este caso, el menor no se encuentra totalmente desamparado, con peligro de su vida y salud, porque uno de los progenitores lo acoge y atiende. Entiendo que el abandono no requiere que el menor sufra las consecuencias de tal acto, es decir, que sufra la falta de vivienda y alimentación. Es una causa que se invoca por la actuación del progenitor, sin necesidad de que el menor sufra el perjuicio en toda su intensidad"⁸⁹.

⁸⁸ OB. CIT. Pág. 329

⁸⁹ OB. CIT. Págs. 329 Y 330

Basta la conducta culposa del progenitor que abandona, para que se determine la pérdida de la patria potestad, entendiendo por abandono el desprendimiento total de la persona y no solo de los deberes como se observo en las fracciones o numerales anteriores. De lo contrario se estaría castigando al menor y premiando al padre. Ya que el menor no se identifica con el padre que lo abandono, si se da el abandono del hijo y no de deberes, el padre no convive con el menor y no quiere verlo sintiendo el este el rechazo, aunado a lo anterior no existe el medio jurídico real para coaccionar al padre para que conviva con su hijo. Y por ultimo el padre tendría la garantía de en un futuro solicitar o exigir ver al menor, creándole un conflicto emocional.

“Tampoco se entiende abandono de deberes cuando la madre (o el padre) permanecen fuera de la casa durante determinadas horas del día destinadas a desempeñar su trabajo y a estudiar. Pues la primera situación se entiende que es para proporcionar lícitamente los medios económicos para subsistencia, dar vivienda, educación y sustento a los menores, y en la segunda, para cultivarse la persona”⁹⁰

Como se puede observar dentro del presente en cuestión se manejan dos hipótesis, mismas que analizaremos a continuación, la primera de ellas hace referencia a la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, es decir cuando los expone a que peligro de alguna forma la integridad ya sea física o emocional de los menores sin que se precise si esta explosión debe de ser temporal y de ser así no nos señala tiempo o definitiva y la segunda hipótesis o supuesto nos refiere al abandono por más de seis meses, recordando que como abandono se entiende el desprendimiento total que se hace de la persona podríamos decir que como requisito se necesita que el padre o la madre se separe físicamente de el por mas de seis meses sin importar si esta separación le provoca algún daño o no al menor, surgiéndonos una interrogante porque los legisladores precisaron como requisito que el abandono se de por más de seis meses y no por tres meses o un año, a nuestro entender podríamos decir que si una persona después de seis meses puede subsistir por ella misma o con algún otro medio encontrado, ya no necesita el apoyo del padre o la madre que lo abandono y si este ultimo regresa después de este lapso de tiempo lo cual es

⁹⁰ OB. CIT. Pág.. 330

casi imposible, ya no se le pueden dar las cosas como las dejó deben de existir cambios, tales como la estabilidad que ha encontrado en todos los aspectos de su vida el menor, por lo cual no se le permite el regreso al lado de su padre sancionando ha este último con la pérdida de la patria potestad y al menor dejándolo con su nueva vida y estabilidad encontrada, así mismo se considera tiempo suficiente para que una persona valore y recapacite sobre sus actos, por lo cual este mismo periodo se considera dentro de la causal de divorcio por abandono de domicilio conyugal, en términos generales podemos decir que ambas hipótesis tienen como objetivo el de proteger el bienestar de los menores, por lo que resulta importante destacar la siguiente tesis jurisprudencial.

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIII, Febrero de 1994

Página: 249

ABANDONO DE PERSONAS (HIJOS). DELITO DE. PRIVACION DE LOS DERECHOS DE FAMILIA COMO SANCION EN SU COMISION ES DEFINITIVA. El artículo 336 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, prevé como sanción, además de la pena alternativa (prisión o multa), la privación de los derechos de familia, cuando el sujeto activo sin motivo justificado abandone a sus hijos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, facultades que son concedidas con la finalidad de que el padre y/o la madre del menor cumplan con los deberes que la propia patria potestad impone, con características de interés público, ya que se les debe dar la calidad de funciones sociales (derechos y deberes a la vez); entendiéndose que la sentencia condenatoria que priva a la quejosa de las atribuciones originadas por la patria potestad, debe considerarse como definitiva, toda vez que el precepto indicado no establece suspensión temporal, sin que ello implique la pérdida de las obligaciones que dicha amparista tiene sobre el menor ni los derechos que éste pueda hacer valer contra aquélla.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1750/93. Ana María Arrecillas Ugalde. 10 de diciembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Ariel Oliva Pérez.⁹¹

Como se menciona en la tesis jurisprudencial anterior existe sanción penal para el caso de abandono de menor, que es en alguno de los casos la pérdida de los derechos de familia, los cuales podemos interpretar como la pérdida de la patria potestad, por lo que podemos decir que si penalmente no se ha decretado la pérdida la jurisdicción civil será competente para hacerlo teniendo como prueba la condena del delito cometido, ya que dentro del procedimiento penal se han valorado pruebas y si cierto es que no se decreto la pérdida si se determino que existe una abandono hacia el menor, lo cual se requiere como elemento en materia familiar para poder decretarse como sanción la pérdida de la patria potestad.

Por ultimo es importante mencionar lo que el profesor Manuel Chávez Asencio, refiere que la adopción aun cuando no esté comprendida como modo de perderse la patria potestad. evidentemente por la adopción se pierde la patria potestad del progenitor, pues la misma ley dice que ésta se transfiere al adoptante⁹². Y desde nuestro punto de vista podemos decir que es así ya que al ser adoptado el menor las persona que van ha cumplir con los objetivos de la patria potestad y sancionados en caso de incumplimiento son los padres adoptivos y no el progenitor, lo anterior en el entendido que con la adopción se busca encontrar una protección y seguridad para el menor.

Así mismo el Código Civil para el Estado de México, lo tienen contemplado dentro de su artículo 4.223 Fracción IV, misma que hace referencia a los modos de acabarse la patria potestad.

⁹¹ JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, 1917 – 2000, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

⁹²F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL “LA FAMILIA EN EL DERECHO II”, DERECHO DE LA FAMILIA Y LAS RELACIONES JURÍDICAS PATERNO FILIALES, EDITORIAL PORRUA 5ª, MÉXICO 1999 Pág. 330

En conclusión y para efectos del presente trabajo el abandono de menor por parte del padre en realidad esta ocultando una manifestación de rechazo y falta de afecto, creándole al menor una serie de conflictos tanto internos como sociales, tales como la indigencia y el fenómeno del niño de la calle. Mismos que pueden ser prevenidos con la separación e integración a tiempo del menor a un núcleo familiar.

CAPITULO IV

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

“Actualmente, la opinión de los juristas es en el sentido de que los hijos no son propiedad de los padres, ni los derechos paternos son limitados en extensión o en duración. Simplemente, los padres son los llamados por la naturaleza a proteger, formar y educar a sus hijos, disponiendo para ello de la necesaria autoridad. el Estado puede intervenir, vigilando el cumplimiento de los deberes paternos y aun privando de la patria potestad en casos excepcionales, al padre o madre que se muestra indigno de ostentarla. Puede y debe también el Estado suplir la acción de los padres cuando – como ocurre en los casos de niños abandonados o expósitos – aquello no existe. La intervención estatal es lícita y necesaria hasta este punto, pero no mas allá. En los casos normales, el Estado debe abstenerse de actuar”⁹³

Como se analizo en el capitulo anterior existen diversas formas por las cuales la ley puede sancionar a los padres con la perdida de la patria potestad, es decir se analizo las causas mas no las consecuencias por lo que en el desarrollo del presente capitulo analizaremos las consecuencias jurídicas de la perdida de la patria potestad mismas que para su entendimiento dividiremos en cuanto a los derechos, en cuanto a las obligaciones y en cuanto a la persona del menor.

1.- EN CUANTO A LOS DERECHOS

Como se pudo observar en los capítulos anteriores la patria potestad contrae una serie de derechos y obligaciones, las cuales una vez de que se decreta la perdida de la patria potestad se modifican y en otros casos se extinguen como es el caso de la adopción, donde

⁹³ CASTAN VAZQUEZ JOSE MARIA “LA PATRIA POTESTAD”, EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO. 1986. Pág. 55

nos señala la ley que se requiere el consentimiento de la persona que ejerza la patria potestad y una vez que se pierde este derecho ya no se puede opinar en relación a la adopción del menor.

Cuando el padre pierde todos sus derechos o la patria potestad una de las consecuencias es que ya no podrá visitarlo y mucho menos llevarlo consigo pues de ser así, se consideraría que comete el delito de plagio o secuestro y/o sustracción de menor .

Como ya se menciona en los capítulos anteriores los derechos derivados de la patria potestad son intransferibles, por lo que cuando se decreta la pérdida de la misma estos se extinguen como lo que resulta importante y descriptiva la siguiente tesis jurisprudencial.

JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES

FUENTE: Tercera Sala. Época: 8a. Tomo: I Primera Parte-I. Página: 372.

PATRIA POTESTAD, DERECHOS DERIVADOS DE LA SON INTRANSFERIBLES.—LOS derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad; aunado lo anterior, 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.

Precedentes: Amparo directo 7020/86. María Luisa Rosas Vda. de Valdez y otro. 3 de diciembre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretaria: Hilda Cecilia Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

El derecho a heredar por virtud del parentesco consanguíneo es transmisible hereditariamente en los casos de intestado para la herencia por estirpe (Art. 1609, C.C.).

Como podemos observar el menor conserva todos sus derechos de hijo independientemente del motivo o hecho que origino la pérdida de la patria potestad de uno o ambos padres, así encontramos dentro de la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 9 que cuando la separación se de inevitablemente se debe de escuchar la opinión del menor y siempre procurando lo mejor para el mismo; precepto que a continuación se transcribe para un mejor entendimiento.

ARTICULO 9

1.- Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares; por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño

2. En cualquier procedimiento enablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el y de dar a conocer sus opiniones.

⁹⁴ JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, 1917 – 2000, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

3. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*

4. *Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un... Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras, la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas⁹⁵*

Podemos decir que en relación a los derechos de los padres derivados de la Patria Potestad el Código Civil para el Estado de México en su artículo 6.22 nos enlista una serie de supuestos jurídicos por los cuales una persona es incapaz para adquirir por testamento o por intestado y dentro de sus fracciones V y VI hace referencia a los padres por lo que a continuación analizaremos.

Artículo 6.22.- Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o por intestado,

V. Los ascendientes, tutores, o cualquier otra persona respecto del menor expuesto por ellos;

VI. Los ascendientes, tutores, o cualquiera otra persona que abandone, prostituya o atente contra el pudor de quienes estén bajo su custodia.⁹⁶

⁹⁵ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO PROCLAMADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989, RESOLUCIÓN 1386 XIV.

⁹⁶ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003.

Supuestos jurídicos que encontramos como causales dentro del mismo precepto legal para la pérdida de la patria potestad por lo que deducimos que una vez que el padre ha perdido la patria potestad por estos supuestos pierde el derecho a heredar .

Así mismo, si analizamos el Código Civil podemos encontrar una serie de supuestos jurídicos o de causales relacionados con las consecuencias de la pérdida de la patria potestad, por lo que a continuación solo englobaremos o describiremos algunas de ellas que consideramos de mayor importancia para efectos del presente trabajo, aclarando que si se analizaran una a una de las consecuencias, se perdería el objetivo del presente trabajo, por lo que decimos que uno de los derechos del sujeto pasivo de la patria potestad es el reconocer a un hijo, pero la ley le pone la condición que sea con el consentimiento de aquellos que ejercen la patria potestad o de su tutor, o, a falta de estos, con autorización judicial. (362 C.C. para el Distrito Federal)⁹⁷ De lo que podemos deducir que una vez que una persona pierde la patria potestad no podrá decidir sobre si el menor puede o no reconocer a su hijo dejándole así esta alternativa a las personas enlistadas.

En materia testamentaria subsiste el derecho del menor para testar ya que se trata de un acto personalísimo y quien ejerce la patria potestad sobre el no puede opinar al respecto mucho menos una vez decretada la pérdida del derecho, siempre y cuando reúna los requisitos de ley.

En cuanto los bienes del menor una vez decretada la pérdida de la patria potestad el se pierde el derecho a administrar los bienes del menor y el derecho al usufructo tratándose de bienes adquiridos por el menor por cualquier otro título distinto al su trabajo.

En relación al nombre el menor sigue conservando los apellidos de sus progenitores.

⁹⁷ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL., EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2000.

El derecho de usufructo a que tienen del cincuenta por ciento derecho los padres que ejercen la patria potestad, de los bienes de los hijos adquiridos por cualquier otro título distinto a su trabajo se pierde cuando se decreta la pérdida de la patria potestad.

2.- EN CUANTO A LAS OBLIGACIONES

Cierto que la mayoría de edad termina la patria potestad, pero no la relación de padres e hijos, ni el parentesco, lo que se expresa en el artículo 4.201 que establece que "los hijos y sus ascendientes se deben respeto y consideración recíprocamente". También subsisten las obligaciones alimenticias del parentesco.

Aun cuando todos los derechos le sean retirados al padre o madre, seguirán subsistiendo las obligaciones. Es decir, lo que el padre o la madre han sido privados es de las facultades que se tienen en el ejercicio de la patria potestad pero la supresión de la patria potestad no rompe el vínculo de filiación.

De modo de ejemplificar lo anterior citaremos la siguiente

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989

Página: 65

ALIMENTOS. EL PADRE DEBE PROPORCIONARLOS AL HIJO RECONOCIDO AUNQUE ESTE CASADO Y TENGA HIJOS LEGITIMOS (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO). Tomando en cuenta que el artículo 371 fracción II del Código Civil del Estado de México, establece que el hijo reconocido tiene derecho a ser alimentado por sus padres, resulta que la circunstancia de que el quejoso se encuentre unido en matrimonio con una persona diferente a la madre del menor para quien se exigen los alimentos, y tenga hijos en su matrimonio, no implica que el padre se libere de la obligación de proporcionar alimentos al hijo

habido fuera del matrimonio, que le impone el artículo 371 fracción II del Código Civil citado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 469/89. Octavio Archundia Arce. 4 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Joel Alfonso Sierra Palacios.⁹⁸

Si el concepto de filiación se entiende como: la relación de derechos que existen entre el progenitor y el hijo. Tan es así que el hijo que ya no tiene la patria potestad de su padre o madre, sigue llevando los apellidos de sus progenitores.

Así bien recordemos que para la filiación fuera de matrimonio, en el caso de las madres solteras, el artículo 4.162 C.C. viene a determinar que la relación con la madre se determina por el nacimiento, pero que con respecto al padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad

Es evidente que el padre que pierde la patria potestad no podrá vigilar, educar, ... y cumplir con sus demás obligaciones, pero independientemente seguirá obligado a la pensión alimenticia. Esta obligación es consecuencia de la filiación ya no de la patria potestad que se ha perdido por las causas y motivos analizados anteriormente.

Toda vez que la pérdida de la patria potestad es una sanción para los padres nos surge el siguiente cuestionamiento, si el menor ha sido afectado con la pérdida de la patria potestad el mas afectado es el menor podrá en un futuro demandar el daño moral y que tanto lo beneficiaria

Por lo tanto la patria potestad es la relación de derechos y deberes que surgen de su ejercicio que corresponde a los padres para el buen régimen y gobierno de la sociedad

⁹⁸ JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, 1917 - 2000, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

paterno- filial y como el buen régimen de esta sociedad consiste en que tenga debido cumplimiento aquellas relaciones de asistencia y protección, de guía, dirección y defensa; la norma jurídica tutela el cumplimiento de esta relación sancionando su incumplimiento con la pérdida de la patria potestad de quien la ejerza.

Es un derecho innato del menor decidir sobre su vida, consecuentemente, puede elegir libremente su profesión u oficio y toda vez de que subsiste el derecho a los alimentos y dentro del mismo la ley refiere que los alimentos comprenden proporcionarle algún oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales. (Art. 4.135 C.C. para el Edo. de Méx.)⁹⁹. Por lo que subsiste la obligación del padre aun decretada la pérdida de la patria potestad de permitirle al hijo a elegir su profesión y a apoyarlo.

De lo anterior podemos decir que las obligaciones de los padres subsisten pero esto en que ayuda al menor y que tanto le beneficia ya que el padre que abandona a su hijo sin apoyarlo, después de decretada la pérdida de la patria potestad, no por ese simple hecho va a cumplir, por lo que en estos casos se debería de buscar una integración total del menor a una nueva familia ya que el padre con o sin sanción no se preocupara por él, si sintiendo la carga moral o jurídica de que el menor estaba bajo sus cuidados y protección no cumplió mas aun ahora que sabe que no puede estar cerca de el por que perdió este derecho.

3.- ENCUNTO A LA PERSONA DEL MENOR SUS EFECTOS SOCIALES Y PSICOLOGICOS

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.

Es importante que analicemos en este apartado que nuestra legislación no contempla la recuperación de la patria potestad una vez determinada judicialmente su pérdida. Sin

⁹⁹ CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003.

embargo dentro de la doctrina encontramos posibles causas de recuperación así diversos autores entre ellos al maestro Castan Vázquez dice: "El titular de la patria potestad que perdió esta función la recuperará, en general, si cesa, antes de estar emancipado el hijo, la causa que produjo la pérdida o suspensión de la patria potestad."¹⁰⁰

De lo anterior y toda vez que subsisten las obligaciones de los padres a los hijos en determinado momento se podrá dar la restitución de la patria potestad, sosteniendo la teoría de la recuperación de la patria potestad nos señala Planiol que, "la pérdida de la patria potestad no es irremediable ni definitiva, el padre o la madre privado de ella tiene derecho para demandar de los tribunales la restitución de su ejercicio". "Si las causas de suspensión o modificación desaparecen antes de la emancipación del hijo, el padre o madre recuperan su antigua potestad."¹⁰¹

Desde nuestro punto de vista podemos decir que no es posible la recuperación de la patria potestad ya que si el padre fue condenado a la pérdida de este derecho previo juicio es por que se analizo el caso en particular y es lo mejor para el menor dándosele así una estabilidad emocional a la cual se esta adecuando el menor y en caso de decretarse la recuperación se le desestabilizaría emocionalmente y socialmente, llegando nuevamente a nuestra interrogante ¿realmente a quien se esta castigando cuando se decreta la pérdida de la patria potestad? ¿Al menor o a sus padres? .

Así mismo y afecto de apoyar el razonamiento anterior tenemos la figura jurídica de la suspensión la cual se puede decretar en casos en que no medie gravedad por lo cual una vez terminado el supuesto que origino la suspensión de la patria potestad esta se recupera previo tramite judicial ante el Juez Familiar correspondiente. Y si dentro de nuestra legislación se determinara la recuperación de la patria potestad una vez decretada su pérdida se confundirían ambas figuras jurídicas antes descritas razón por lo cual en el capitulo anterior se analizaron separadamente.

¹⁰⁰ CASTAN VAZQUEZ JOSE MARIA "LA PATRIA POTESTAD", EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO. 1986 Pág. 170

¹⁰¹ PLANIOL MARCEL, RIPERT GEORGES "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL", INTRODUCCIÓN FAMILIA, MATRIMONIO, 2ª EDICIÓN. 1998. Pág. 273

De lo anterior podemos decir que la pérdida de la patria potestad sanciona a los padres limitando sus derechos y obligaciones pero que pasa con el menor que se quien ahora va a vivir esa situación, es importante aclarar que el Código Civil actualmente no contiene dentro de sus causales o supuestos jurídicos para que se decrete la pérdida de la patria potestad el que se contraigan segundas nupcias sino todo lo contrario el artículo 427 del anterior Código Civil para el Estado de México señalaba que la madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por este hecho la patria potestad.¹⁰², actualmente no hace referencia alguna pero tampoco lo prohíbe, ya que la realidad es que muchos padres que se separan vuelven a casarse y no por ese hecho deben de castigarse perdiendo el derecho a sus hijos, ya que de lo contrario se estaría castigando al menor.

Lo anterior nos deja ver que el menor será integrado a una nueva familia conservando sus derechos pero el mismo ordenamiento limita al nuevo marido a poder cumplir con las obligaciones inherentes a la patria potestad ya que como se vio en los capítulos anteriores las únicas personas que ejercen la patria potestad son los padres o abuelos, pero el padre que perdió el derecho a la patria potestad tampoco lo hará ya que si los perdió por abandono implica que nunca le intereso su hijo surgiéndonos nuevamente la interrogante ¿a quien se esta castigando realmente con la pérdida de la patria potestad?, ya que por un lado no esta con su padre porque a este no le interesa y se decreto su pérdida pero al padre de la nueva familia le esta limitado el poder educarlo como hijo de familia a la cual se ha integrado, marcándose así socialmente al menor.

Ejemplos de lo anterior que en la vida practica se dan son los siguientes por mencionar algunos:

- Cuando el nuevo cónyuge afilia al seguro social a su esposa e hijos no puede hacerlo con el menor hijo de su pareja, lo anterior en virtud de que este es un beneficio que solo tiene la familia del trabajador y si el padre

¹⁰² CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2000.

que quedo con la patria potestad no trabaja el menor en este caso quedo desprotegido, ya que no se le puede nombrar tutor en virtud de que existe quien ejerza la patria potestad, limitando, desprotegiendo y marginando al menor por una situación que según la ley decreto para este viviera una situación contraria.

- Así mismo cuando el nuevo marido fallece sin dejar testamento, el menor no puede entrar a la sucesión en virtud de que no es miembro de la nueva familia, no tiene forma de probar la filiación con este.
- En el caso de muerte fortuita de la madre o el padre que ejerce la patria potestad y como único familiar cercano solo esta el nuevo cónyuge de esta, y se requiere un tramite de emergencia como comprueba que el menor esta bajo su cuidado o ha estado bajo su cuidado y protección.
- De igual forma se da marginación social y familiar al menor al no tener los apellidos del nuevo cónyuge, ya que siempre estará la diferencia entre el y sus nuevos hermanos.
- Y por la misma seguridad del menor ya que integrándose a la nueva familia de forma total o completa podrá ejercer libremente todos los derechos y obligaciones que esta implica.
- Si el domicilio legal del menor de edad es el de las personas a cuya patria potestad esta sujeto (Art. 31 Frac. I, C.C. D.F.). Una vez que se termina esta o en su caso se pierde el menor debe vivir con quien legalmente ejerza este derecho y si su progenitor se vuelve a casar el menor debe de convivir con este y su nueva pareja, lo cual le crea una serie de conflictos ya que en su momento este se dará cuenta que tiene diferentes apellidos a los integrantes de su nueva familia creándoles esto un conflicto interno con consecuencias psicológicas.

- En relación a la pensión a alimenticia una vez que se decreta la pérdida de la patria potestad este derecho del menor no se puede cumplir en su totalidad a un que la ley determine que este no se pierde. Lo anterior en virtud de que al no estar cerca del menor y proporcionarle alguna ayuda económica, la cual en muchos casos no cubre ni sus necesidades básicas se esta castigando al menor.

En el caso de abandono de menor se demuestra que el desapego del padre se da por que no se desea y tácitamente rechazo ese derecho y sus obligaciones de padre, en este supuesto el menor aunque se deja a salvo su derecho de pensión alimenticia no lo puede hacer efectivo. Por lo que se tiene que preparar a temprana edad para luchar por la vida.

Caso muy distinto si se le integra a una nueva familia donde no existe diferencia alguna entre él y sus integrantes como lo pudieran ser el apellido.

Es importante aclarar que en la mayoría de los ejemplos citados existen alternativas jurídicas, las cuales se llevan a cabo a través de procedimientos, los cuales le complican la vida al menor la cual ya es así desde el momento que no esta con su progenitores.

CONCLUSIONES

1.- Debemos considerar que la patria potestad es una Institución que tiene como origen el derecho natural el cual nace con el individuo, tiene el cumplimiento de una función protectora ya que su objetivo primordial es de representación legal y protección integral del menor.

2.- La patria potestad trae consigo una serie de derechos y obligaciones tanto para los padres como para los hijos.

3.- La ley regula o determina los lineamientos de los derechos y obligaciones que genera la patria potestad y por consecuencia su incumplimiento va a traer una sanción.

4.- Dentro de las sanciones que impone la ley a los sujetos activos de patria potestad por no cumplir con los fines y/o objetivos de la misma, es la pérdida de la patria potestad.

5.- Cuando es decretada la pérdida de la patria potestad judicialmente el padre pierde todos los derechos que ejerce sobre el menor no así sus obligaciones.

6.- Al realizar la presente investigación concluimos que el padre que ejerza la patria potestad de un menor y contraiga nuevas nupcias civilmente, podrá realizar voluntariamente el cambio de apellido del menor. Siempre y cuando el menor tenga menos de diez años y salvaguardando su derecho de impugnar y ha manifestar su opinión.

7.- Se sugiere a efecto de no violar ninguna disposición legal que los requisitos y limitantes requeridas para poder realizar el cambio de apellido sean las ya previamente establecidas en el Código Civil vigente para el Estado de México, en el apartado de adopción simple.

8.- A través del estudio del presente trabajo se concluye que los beneficios que se le aportarían a un menor con el cambio de apellidos serían los ya establecidos en los casos de adopción, sin tener que llevar todo un procedimiento judicial aunado a que se le permitiría

gozar de todos los derechos que generan el vivir con una familia que no lo margine por tener otro apellido que lejos de traerle beneficios le trae conflictos emocionales y limitantes jurídicos ya que el padre que abandono con o sin apellido va a querer o no al menor y preocuparse por el mismo cumpliendo con sus deberes de padre.

7.- Por lo que solicito con el presente trabajo se amplíen las consecuencias jurídicas de la pérdida de la patria potestad en el sentido de que se deje abierta la posibilidad para que con la sentencia que la determina se de el cambio de apellido sin previo procedimiento judicial y si en determinado momento administrativo, es decir ante el oficial del registro civil con la presentación del nuevo matrimonio, por las razones y motivos descritas en el presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

1. BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO I, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES.1993
2. BELUCCIO, AGUSTO CESAR, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO II, 5 a, EDITORIAL PALMA BUENOS AIRES.1993
3. BOSSERT A. GUSTAVO ET. AL. "MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA" 3ª EDICIÓN, EDITORIAL ASTREA BUENOS AIRES 1990.
4. CASTAN VAZQUEZ JOSE MARIA "LA PATRIA POTESTAD", EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO. 1986
5. DE IBARROLA ANTONIO "DERECHO DE LA FAMILIA", 4ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1993.
6. ELIAS AZAR EDGAR, PERSONAS Y BIENES EN EL DERCHO CIVIL MEXICANO, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1995
7. F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL "LA FAMILIA EN EL DERECHO I", DERECHO DE LA FAMILIA Y LAS RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES, EDITORIAL PORRUA 5ª, MÉXICO 1999.
8. F. CHAVEZ ASENCIO MANUEL "LA FAMILIA EN EL DERECHO II", RELACIONES JURÍDICAS PATERNO FILIALES EDITORIAL PORRUA 5ª EDICIÓN MÉXICO 2000.
9. GONZALO PILAR "HISTORIAS DE LA FAMILIA" 1ª EDICIÓN, EDITORIAL AMACALLI, MÉXICO 1993.
10. GUITRON FUENTE VILLA JULIAN "¿QUÉ ES EL DERECHO DE FAMILIA?" 3ª EDICIÓN, EDITORIAL PROMOCIONES JURÍDICAS Y CULTURALES S.C., MÉXICO 1987.
11. LEANCHO REBULLIDA FRANCISCA DE ASIS "EL NUEVO REGIMEN DE LA FAMILIA", PATRIA POTESTAD TOMO II. 1996
12. MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. "EL DERECHO PRIVADO ROMANO" MÉXICO, ESFINGE SA. 10ª EDICIÓN 1981
13. PALLARES EDUARDO "EL DIVORCIO EN MÉXICO" 6ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA MÉXICO 1991.
14. PLANIOL MARCEL, RIPERT GEORGES "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL", INTRODUCCIÓN FAMILIA, MATRIMONIO, 2ª EDICIÓN. 1998.
15. SÁNCHEZ MEDAL RAMON LOS GRANDES CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO 2ª, EDICIONEDITORIAL PORRUA, MÉXICO 1991.

LEYES A CONSULTAR

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, EDITORIAL ESFINGE, MÉXICO 2000.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE MÉXICO 2003.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EDITORIAL ESFINGE, MÉXICO 2003.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO 2000.

OTRAS FUENTES

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN 1917 – 1985.

COMPENDIO GENERAL DE MÉXICO ATRAVES DE LOS SIGLOS TOMO V, VI, EDITIRIAL DEL VALLE DE MÉXICO, MÉXICO 1986.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO PROCLAMADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1959, RESOLUCIÓN 1386 XIV.

JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS, 1917 – 2000, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.