

40761



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

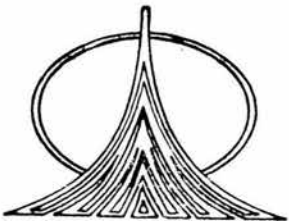
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

LA PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA PERDIDA DE LA
PATRIA POTESTAD Y SU POSIBLE RECUPERACION

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRIA EN DERECHO
P R E S E N T A :
ELISA AGUILAR MENDOZA

TUTOR: DR. LUIS GUERRA VICENTE



SAN JUAN DE ARAGON, MEX.

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.

DEDICATORIA

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**
Por haberme permitido estudiar en ella.

**A LA ESCUELA NACIONAL DE
ESTUDIOS PROFESIONALES ARAGÓN.**
Por la satisfacción de haberme cobijado en su sumo.

**PARA EL C.DR. EMILIO AGUILAR.
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**
Mi reconocimiento a su espíritu profesional e institucional
con que dirige la jefatura de posgrado.

PARA EL DR. FRANCISCO SERGIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

Mi respeto y admiración por su espíritu profesional con que dirige la secretaria técnica de posgrado de Derecho.

A los C. PROFESORES DEL Honorable Sinodo.

De antemano, mi agradecimiento a su representatividad y admirable excelencia académica; que su determinación sea la consideración del reconocimiento y respeto que os profeso.

**AL C. DR. LUIS GUERRA VICENTE
TUTOR**

A quien gracias a su acertiva dirección, sus consejos son: esta tesis de grado.

INDICE

Prólogo

Introducción

CAPITULO PRIMERO.-

EVOLUCIÓN HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD.

1.1. En el Derecho Romano	1
1.1.1. Caracteres de la Potestad Paternal	3
1.1.2. Fuentes de la Potestad Paternal	5
1.2. Su Regulación Jurídica sobre Persona y Bienes	8
1.3. Los Peculios.	9
1.4. En el Derecho Germánico	11
1.5. En Francia	12
1.6.- En España	13
1.7. En México	14

CAPITULO SEGUNDO.-

CONCEPTO Y DEBERES QUE IMPONE LA PATRIA POTESTAD.

2.1. Definición de Patria Potestad.	17
2.2. Caracteres de la Patria Potestad.	19
2.3.- Quienes intervienen en la Regulación Paterno-Filial	22
2.4. Consecuencias, Deberes y Derechos	25
2.4.1. Guarda y Custodia.	27
2.4.2. Derecho-Deber de Vigilancia	29

2.4.3. Educación.	31
2.4.4. Asistencia.	33
2.4.5. Representación.	34
2.4.6. Administración	35
2.4.7. Usufructo	38
2.5. Del Menor	41
2.5.1. Domicilio Legal.	42
2.5.2. Obediencia y Respeto.	45

CAPITULO TERCERO.-

NATURALEZ DE LA PATRIA POTESTAD.

3.1. Caracteres de la Relación Paterno-Filial.	49
3.2. El Contenido de la Patria Potestad.	50
3.3. Derechos y Obligaciones de los Menores Sujetos a Patria Potestad	52
3.4. Derechos y Obligación de los que Ejercen la Patria Potestad.	53
3.5. Efectos sobre la Persona del Hijo.	54
3.6. Efectos sobre los Bienes del Hijo.	55
3.7. Responsabilidad Civil por la Administración de los Bienes del Hijo.	58

CAPITULO CUARTO.-

MODOS DE ACABARSE, SUSPENDERSE Y CONVENIENCIA DE REGLAMENTAR LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

4.1. De los Modos de Extinguirse la Patria Potestad.	61
--	----

4.2.	De los Modos de Perderse la Patria Potestad.	63
4.3.	De los Modos de Suspenderse y Excusarse de la Patria Potestad.	44
4.4.	Algunas Consideraciones para reglamentar en caso de suspensión como en casos de pérdida.	77
4.5.	Criterio Jurisprudenciales y entrevistas realizadas con Ministros, Magistrados y Juez de lo Familiar, de la conveniencia de recuperar la Patria Potestad.	82
4.6.	Necesidad de Reglamentar el derecho de visita en los casos de desintegración Familiar en relación con menores de edad.	108

Propuestas.

Conclusiones.

Bibliografía.

PROLOGO

Sin lugar a dudas el Derecho Familiar ha sufrido una gran transformación dentro de la sociedad, ya que ésta última tiene que ver estrechamente con el primero.

El derecho de familia, como regulador de la constitución de organismo familiar y las relaciones entre familias, juega un papel de suma importancia ya que la familia es expresión de un estado social dentro de una de éstas se encuentra la relación padres e hijos.

Al hablar de la familia es menester hacerlo también de matrimonio, el cual constituye uno de los temas del Derecho Familiar que, figuran entre aquellos a los cuales se ha dedicado una atención más constante. La trascendencia que el matrimonio, no sólo es referida al orden jurídico sino también en el moral y el social.

Siendo la familia la célula fundamental de la sociedad el Estado sí ha de ser eficaz, debe tender a dictar las medidas protectoras de orden jurídico, social y económico para fortalecer a la familia misma y le permitirá llevar de la menor manera posible sus finalidades naturales como son: la procreación, la educación moral, intelectual, física y psíquica de los hijos.

De las fuentes reales y formales del Derecho de Familia nacen las instituciones básicas de éste a saber. Parentesco, filiación, matrimonio, divorcio, concubinato, tutela, patria potestad, etc.

El matrimonio es una institución con características de permanencia no para siempre; es por ello que el legislador ha previsto esta situación para que en

caso de divorcio de los cónyuges se cuente con la figura jurídica exacta para la protección de los menores, y para efectos del presente trabajo la figura jurídica que nos ocupa es al patria potestad.

Será necesario hablar de manera concreta del divorcio ya que éste determina la situación en que quedarán los hijos respecto a quién ejercerá la patria potestad sobre ellos o determinar lo relativo a la guarda y custodia; y al hablar de divorcio, que influye de una manera tajante en la relación paterno filial, y en genera en el presente trabajo; se hará ver la necesidad de desechar viejas ideas que van en perjuicio del menor como un "premio" para el cónyuge.

El juez de lo familiar al dictar la sentencia tienen que buscar no al cónyuge "triunfador" sino que tiene que buscar el beneficio del menor ya que los que se divorcian son los cónyuges y no los hijos de los padres.

También se planteará la opinión respecto a que la privación de la patria potestad no debe ser para siempre ya que mientras las causas que dieron origen a la pérdida no afecten directamente a la relación paterno-filial. El juez no tiene pro qué privar al cónyuge culpable; de por vida pero si buen padre o a la inversa.

Sobre el tema que nos ocupa o sea sobre la patria potestad, veremos su regulación jurídica y algunas consideraciones sobre la recuperación de ésta, ya que el Código Civil vigente no la contempla de una manera explícita, al no existir la forma de poder recuperarla; es pro ello que nosotros propondremos algunas formas de cómo recuperar la patria potestad.

INTRODUCCIÓN

La patria potestad es la autoridad que las leyes familiares otorgan a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos. En alguna época, la patria potestad era sólo ejercida por el padre. Se llegó al extremo de que el padre en el ejercicio de ese derecho podía llegar a vender a su hijo en caso de extrema necesidad. Pero en nuestros días, y de acuerdo a la legislación vigente, la patria potestad ha recibido un tratamiento distinto. Por esa razón, trataremos las hipótesis que el Código Civil vigente señala para que una persona pierda ese derecho.

Es necesario hacer una reflexión. ¿Quién pierde más cuando se decreta esta pena? ¿El padre o el Hijo? En última instancia la institución de la familia es la que sufre mayor menoscabo en su integración, cuando por cualquiera de las circunstancias que se van a analizar, se priva el padre o a la madre; o a los abuelos, se es el caso, de ejercer ese derecho.

La ley dice que la patria potestad se pierde por resolución judicial o cuando el que la ejerce sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. También en los casos de divorcio se sanciona al cónyuge culpable con esta infamia, ya que el legislador no consideró que pierde más el hijo cuando no tiene padre, que el padre cuando no tiene al hijo, pues es evidente que la intención del Código de sancionar, no tomó en cuenta los mayores daños que se causarían con esta sanción.

Así mismo la ley señala otros motivos por los que se puede perder la patria potestad, los cuales se analizarán más ampliamente en el contenido de este trabajo; pero la ley no menciona ninguna forma en que el

ascendiente que haya perdido la patria potestad sobre sus hijos, pueda recuperarla posteriormente.

Sancionar con la pérdida de la patria potestad y no permitir que en un tiempo futuro se pueda recuperar, es dejar de reconocer que la conducta humana es dinámica y que las personas puedan cometer conductas indebidas el día de hoy y corregirlas el día de mañana.

Este criterio sirvió como base para que surgiera este trabajo. La sustentante piensa que es injusta la posición que en todo momento se deje al hijo desligado de sus padres o de alguno de ellos, y que su formación y desarrollo podría estar regida por un extraño que fungiría como su tutor

Para el estudio de esta problemática, esta investigación se ha dividido en cuatro capítulos:

El capítulo primero estudia a la patria potestad desde un punto de vista histórico; recoge la esencia de esta institución desde la civilización antigua más desarrollada jurídicamente que fue la cultura Romana, sin dejar de estudiar a otras que también fueron muy importantes como la Germana, la Francesa y la Española. Así mismo se estudió a la patria potestad en México, analizándola desde la época prehispánica y sus características en la cultura Azteca; posteriormente, siguiendo la historia de nuestro país observamos a la patria potestad en la Colonia; en el México Independiente y los Códigos Civiles más importantes de esa época, así como la Ley de Relaciones Familiares hasta llegar a la época moderna con el Código Civil, vigente para el Distrito Federal.

En el segundo capítulo se hace un análisis esquemático de los derecho y deberes de los sujetos que ejercen la patria potestad así como de los que están bajo ella. También se plantean distintas definiciones que se le han dado a esta institución.

En el tercer capítulo se establece la naturaleza jurídica de la patria potestad, describiendo sus contenido y las características específicas de la relación paterno filial..

El cuatro capítulo analiza los modos que establecen la ley para suspenderse o acabarse la patria potestad, y es en este capítulo donde se hace un especial estudio a la hipótesis que plantea el presente trabajo, en la necesidad de recuperar la patria potestad, así como el derecho de visita a los parientes de los menores cuando se haya perdido la patria potestad, presentando propuestas de adiciones de recuperación de la patria potestad.

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PATRIA POTESTAD

- 1.1 En el Derecho Romano.
 - 1.1.1 Caracteres de la Potestad Paternal.
 - 1.1.2 Fuentes de la Potestad Paternal.
- 1.2 Su Regulación Jurídica sobre Persona y Bienes.
- 1.3 Los peculios.
- 1.4 En el Derecho Germánico.
- 1.5 En Francia
- 1.6 En España
- 1.7 En México

1.1 EN EL DERECHO ROMANO

La patria potestad era un poder ejercido por el Pater Familias y duraba hasta su muerte mostrando con lo anterior lo siguiente:

Que el padre o abuelo tenía un poder disciplinario ilimitado sobre el hijo; hasta podía matarlo, aunque en caso de llegar a este extremo, sin causa justificada, el Pater Familias se exponía a sanciones por parte de las autoridades gentilicias o del Censor. Este derecho se fue suprimiendo en varias etapas.

Con anterioridad la figura del padre fue el sacerdote, quien gobernaba y regía a toda una familia así fueran mayores o menores, ya que pertenecían a ella por el vínculo sanguíneo, ejerciendo así un derecho semejante al que se tenía sobre las cosas inanimadas como objetos de propiedad.

La organización Patriarcal tuvo a la vez en la familia intereses como: religiosos económicos, entre otros.

En la economía primitiva se confundía el poder de disponer de las personas y el derecho real sobre las cosas porque tanto una como otra tenían un valor pecuniario.

Así los romanos conocían bien todos y cada uno de los problemas con la sociedad, en relación a los hijos tenían todos los derechos existidos al momento sobre los mismo podían disponer de ellos como mejor les conviniera, pues podían venderlos, esclavizarlos, matarlos, etcétera.

"El antiguo Pater Familias era la única persona que en la antigua Roma tiene una plena capacidad procesal, en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la domus dependen de él y participan de la vida jurídica de Roma a través de él."¹

Esta figura de la patria potestad tuvo una evolución demasiado lenta, pero no fue interrumpida ya que perdió un carácter despótico que primitivamente tuvo para convertirse en una institución tuitiva, que aguarda aún la protección de los sujetos.

Ahora bien, como primera legislación que trató de regular los derechos de los hijos, encontramos que las doce tablas incluyó en su contenido un mejor trato a los hijos, pues hacían libre al hijo de tres emancipaciones sucesivas plasmado en las tablas cuarta y quinta.

La tabla IV.- Consideraba que la patria potestad limitaba en algunos aspectos su amplio poder, al padre que emancipaba por tres veces a su hijo, perdía la patria potestad.

Y la tabla V.- Establecía disposiciones sobre la tutela y las sucesiones en cuanto a los bienes del menor.

Tiempo posterior se reguló otra ley denominada la Ley del Adulterio, que quitó al marido el derecho de la vida y muerte sobre la mujer y los hijos. Se privó al padre del derecho de entregar como prnda a su hijo.

¹ MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. "El Derecho Privado Romano". Editorial Esfinge, S.A. México 1982, pág. 197.

La jurisdicción doméstica quedó reducida a un derecho de corrección. Se prohibió la venta de los hijos salvo en los casos extremos de necesidad.

"Los mismos romanos habían ya advertido el carácter peculiar de la patria potestad; Institución que según Gallo no encontraron en ningún otro pueblo, salvo entre los Galatas".²

Por otra parte esta gradual evolución potestativa creó en todos los pueblos un debilitamiento en tanto a las relaciones del poder paterno manifestándose en el devenir de todos los pueblos.

El Estado fue creando ingerencias en relación familiar del pueblo mismo. Pero esto siempre se consideró como un derecho privado, el gobierno amplió su esfera pública para con los particulares.

En cambio Augusto permite que el hijo sea propietario de un "peculio castrense", ganado pro su actividad militar., bajo Constantino se añade a éste privilegio un derecho análogo respecto al peculio castrense, obtenido por el ejercicio de alguna función pública o eclesiástica. Además este emperador concedía al filius familias la propiedad de los bienes adquiridos.

1.1.1 CARACTERES DE POTESTAD PATERNAL

Estos se derivan primordialmente de la figura del paterfamilias pues la familia romana se agrupo en términos de la monogamia patriarcal incluyendo a los parientes más cercanos ya que pertenecían a un solo clan.

² RIPERT, GEORGES Y EDULANGER, JEAN. *Tratado de Derecho Civil, Según el Tratado de Planiol*, T. III, Vol. II, Editorial La Ley, Buenos Aires 1965, pág. 291.

Pero para que se pudiera desarrollar tal grupo se pasó antes por la época del matriarcado ya que las mujeres se encargaban de la organización en el hogar y con los hijos, en cambio los esposos eran los responsables de traer los alimentos, principalmente de la caza, surgiendo con esto el matriarcado, sin embargo las mujeres eran las únicas que podían reconocer a sus hijos del clan y podían disponer de los mismos pero se distinguían cada uno e los elementos del clan, porque llevaban un nombre en común que les identificaba, pues era derivado de sus antepasados como descendientes.

Con la evolución de los pueblos se fue reconociendo en la sociedad la figura del pater o padre de la familia así como el Pater Familias, dejó a un lado la figura de la madre y sometiendo a los hijos y esposos a su autoridad absoluta.

Esta potestad paternal es creada de la figura del Pater Familias, ya que las familias se agrupaban en forma monogámica patriarcal incluyendo a los parientes agnados y coagnados. Así organizados para la sociedad una familia adquiere duración, estabilidad, que facilitan la transmisión hereditaria. Para lograr esa unidad del grupo, el pater familias se encontraba investido de un conjunto de poderes y derechos con ejercicio a esa autoridad, que es la patria potestad.

La patria potestad en sus principios fue absoluta y vitalicia ya que es la base donde descansa la organización de la familia romana, y que difiere bastante de la familia moderna, en cambio e la actualidad la familia se constituye por parientes consanguíneos y toma su organización y origen del concepto filiación.

“Cabe hacer mención que la familia de hoy se conoce como mixta, por no ser matriarcal ni de la agnación es decir reconoce el parentesco tanto en línea materna como paterna.”³

1.1.2 FUENTES DE LA POTESTAD PATERNAL

Por la mayor importancia, que se crea con la responsabilidad paternal se encuentra que la principal fuente de la patria potestad es el legítimo matrimonio, pero, cuando de ellas no nacen varones que puedan perpetuar la descendencia, el antiguo Derecho Civil permitía la adrogación y la legitimación.

El matrimonio, es una institución fundamental para el derecho familiar, por que el concepto de familia es responsabilidad en el matrimonio, como supuestos y en base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, cuando no hay matrimonio, solo existen relaciones con derechos y posibilidad de potestades por benigna concesión, son de orden inferior o meramente similares a los que el matrimonio genera.

“El matrimonio es la base sobre la cual descansa la sociedad nada hay en esta unión que se aislado y esté circunscrito a las personas de los cónyuges; todo en él es trascendente a los otros seres y a la sociedad, que se forma de las familias reunidas bajo la sombra del derecho.”⁴

Por esto el matrimonio ha sido desde los tiempos antiguos considerado como una institución importante.

³ MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. *Op. Cit.*, pág. 195

⁴ FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ FERNANDO, Y CARVAJAL MORENO GUSTAVO. *Nociones de Derecho Pasivo Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A. México 1982, pág. 269.

El matrimonio puede considerarse desde un punto de vista religioso y desde el punto de vista civil. La Iglesia Católica estima que es un sacramento, civilmente el matrimonio es un contrato bilateral solemne por el que se unen dos personas de sexo diferente para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente, es un contrato porque hay acuerdo de voluntades para casarse; es bilateral porque lo celebra un solo hombre y una sola mujer, teniendo en ambos derechos y obligaciones.

La unión sexual y la procreación son dos factores que recoge la sociedad como Instituciones, pilares del derecho de familia. El matrimonio crea una comunidad de vida total y permanente, con derechos y obligaciones recíprocas, representa también sus excepciones de acuerdo al mismo.

La filiación es un lazo natural que relaciona a un infante con sus tutores, produce efectos según la naturaleza de la unión de donde resulta la filiación más plena es sin duda aquella que emana de un justo casamiento.

Cuando los hijos son legítimos, la filiación produce efectos legales, siempre existió incertidumbre sobre la autenticidad en cuanto a la madre, pero un parto es un hecho fácil de constatar, en cambio la paternidad es naturalmente incierta. Para el matrimonio, sustenta las relaciones entre cónyuges aceptando los hijos que produzca éste.

Partiendo desde el punto de vista que la mujer debe cohabitar con su marido creando la paternidad de su cónyuge y que deba el hombre reconocer a los hijos como suyos. Los principales efectos de la filiación legítima son los siguientes:

- a) Dar lugar a la agnación o parentesco civil.

b) Crear una obligación recíproca de derechos dándose los alimentos y que para el hijo comprende además el beneficio de la educación.

c) El infante debe el respeto a sus ascendientes.

No solo la naturaleza hace hijos de familia, sino también las adopciones, una de las figuras civiles para tener la potestad, de un menor que no ha sido hijo de una relación legítima conocida como la adopción.

La adopción es un acto solemne personalísimo que hace a un sujeto caer bajo su potestad ocasionando con ello, las mismas relaciones civiles, como si hubiera nacido de la creación de un matrimonio legítimo, esta figura se llegó a presentar con mayor regularidad en la época de los romanos principalmente por intereses políticos y religiosos.

También existe la Adrogación, que en tiempos de la adopción era una figura con la finalidad de perpetuar la especie, pero para ello se tenía que cumplir con los requisitos; que debían estar de acuerdo las partes interesadas. Se tenía que investigar a través del comisio y que no existiera interés económico para poder solicitar la petición, una vez completa y sin ningún obstáculo el adrogado pasaba a ser su hijo bajo potestad del padre al igual que el adoptado con los mismos beneficios que el hijo legítimo.

Cuando los hijos han nacido fuera del matrimonio, por ser una relación natural de los interesados no se excluye la idea de una potestad, ya que se puede llevar a cabo la legitimación con el reconocimiento que se celebre ante

el Registro Civil y poder tener todos los derechos sobre los hijos y las obligaciones de la patria potestad.

La legitimación tal como la concebimos ahora fue instituida en el bajo imperio a favor de los hijos nacidos del concubinato, en cambio el Cristianismo lo consideró como un desorden legal y una mancha para los hijos en otros términos fue con la finalidad de reparar la mancha o deshonra de los hijos. Desde entonces se juzgó equitativo que el padre pudiera lavar esa mancha reparando su propia falta, de allí la legitimación por matrimonio subsiguiente de los concubinatos.

Por lo tanto se puede considerar que en todas y cada una de las fuentes que integran la patria potestad sobre los hijos son sin duda el matrimonio, con sus descendientes; la adopción, la legitimación y la adrogación, todas llevan consigo la responsabilidad de la patria potestad.

1.2 SU REGULACIÓN JURÍDICA SOBRE PERSONAS Y BIENES

Como se ha comentado en anteriores puntos del presente tema la patria potestad, para poder ubicarla tenemos que remontarnos a la época de los romanos por haber sido la cuna de la Civilización Jurídica y por lo mismo las personas y bienes que formaban parte de una familia representada por el pater familias por ser la persona de derechos.

La familia se consideraba, con la idea de generación o de paternidad y que solamente indica una organización autónoma con poder de mando. La patria potestad ejercida por el pater familias dentro del grupo de las familias, era absoluta pues incluía a los hijos e las demás familias sobre todo cuando llegaban a ocasionar problemas como: daños, crímenes o cualquier otro tipo

de situaciones, él podía entregarlos a los extraños, para liberarse de toda responsabilidad, de los delitos cometidos por ellos. Así el pater familias se libraba de un compromiso de la persona y disponía de los bienes de la comunidad completa que pertenecía a su grupo de familias.

Con todas las facultades conferidas al pater familias, no se tenía legislación alguna para poder separar los bienes personales, de los bienes de las demás comunidades y siendo el único que podía ejercer dominio sobre los mismos.

Con lo anterior queda claro que no existía regulación jurídica sobre personas y bienes, pues ambos pasaban a ser un todo de la comunidad. La familia como se sabe fue la base de la organización social y política, Roma que dio al padre, las leyes a su fuero, le otorgó poderes ilimitados.

“Esta autoridad dictatorial absoluta, que en los orígenes se atribuía al pater familias, durante el desenvolvimiento del Derecho Romano fue suavizándose a través de los siglos.”

1.3 LOS PRECULIOS

Eran las riquezas que constituían el patrimonio de la familia que giraba en el interés del pater familias, el hijo de la familia no puede tener nada en propiedad, todo lo que adquiera pasa a erogar el patrimonio único del pater familias.

El sometido es solo un instrumento útil de adquisición para el titular del patrimonio, tal como sería un esclavo, puede hacerse creador al padre, pero no puede obligar a comprometer a su patrimonio haciéndolo deudor,

aunque esta situación se reforma más tarde por el pretor, a través de las acciones que conducen a la cualidad de darlas a favor de terceros, que contrataban con los hijos de la familia y con los esclavos.

El padre acostumbraba dejarle al hijo como lo hacía con sus esclavos, ciertos bienes que formaban un peculio, prometido sobre los cuales tenía cierta libertad de administración para conservarla y tratar de acrecentarlos con la industria, conservando el padre la propiedad de ellos.

Si el hijo emancipado el peculio le puede ser recogido o le puede ser dejado, a opción del pater familias.

Con el pretor hubo modificaciones pues anteriormente el hijo era instrumento útil de adquisición para el pater familias, pues por medio de él podía adquirir los derechos legales tales como; la propiedad privada y la posesión después se amplió la figura de actividad entre familia y el hijo, podía contratar y obtener créditos para su pater familias, pro por una peculiaridad de derecho civil, sin embargo cuando el acto que realizara el hijo lo comprometía se negaba el pater familias a conocerlo.

Al crearse los peculios, el hijo sometido fue adquiriendo una capacidad patrimonial limitada, pudo operar con otra personas teniendo como patrimonio su propio peculio.

Y en las reformas del pretor surgieron nuevas acciones como la de mandar, acción que se hizo con autorización permitiendo que el tercero accionara contra el pater familias cuando este autorizó a su hijo que se celebrara el acto. En ase a esto se da fundamentalmente una acción en contra del que ha dado su autorización y siendo el peculio el que queda en

prenda, por los créditos y los terceros así podían cobrar hasta el alcance dotivo del peculio.

“Fuera de los peculios que fue necesario reconocer al hijo de familia, las adquisiciones que éste hiciera pertenecían al padre.

1.4 EN EL DERECHO GERMÁNICO

Al igual que otros, en el pueblo Germánico hoy Alemania, también se encontraba regulada la patria potestad sobre todo desde épocas muy remotas, y la representaban con la figura conocida como la Munt, que equivalía a la patria potestad, tuvo siempre un carácter que amparaba, guiaba, guardaba y defendía. Para este derecho la patria potestad, no era de por vida ya que la mayoría de edad, esa figura se extinguía. Tampoco se llegó a conocer algún impedimento para que el hijo pudiera adquirir bienes, principalmente los padres se dedicaban al cuidado de los hijos.

“Las mujeres no se encontraban impedidas para ejercer la patria potestad ésta tomaba tal cargo al morir el padre”.⁵

Así de manera que este derecho trató de salvaguardar los bienes de los menores y se los entregaba a la mayoría de edad estuvieran o no casados, los hijos y ellos podían administrar siempre tratando de aumentar ese patrimonio.

⁵ ENNECCERUS, KIPP Y WOLF. *Tratado de Derecho Civil*, traducción española, Barcelona 1946, Tomo III, Volumen II. *Derecho de Familias*, pág. 44 y las siguientes.

A la esposa no se le tenía al margen porque al igual que el esposo vigilaban de sus hijos y cuando llegaba a fallar el marido podía administrar el patrimonio de los menores.

1.5 EN FRANCIA

La patria potestad en el derecho francés ha asentado el principio de la autoridad paterna en la familia legítima. El Código Civil de 1804 otorga al padre el ejercicio e la patria potestad. Este poder se extingue a la mayoría de edad del hijo.

A partir de la ley del 22 de Septiembre de 1942, la patria potestad concebida en el Código Civil, como un poder o autoridad del padre, que se transforma en una potestad que debe ser ejercida en interés común del patrimonio de los hijos.

Adquiere así la patria potestad el carácter de una función temporal ejercida en interés del grupo familiar legítimo.

También la ley del 22 de mayo de 1946, proclama la idea de que los tribunales pueden privar del ejercicio de la patria potestad al padre o a la madre que por su conducta, o su salud puedan comprometer la formación adecuada de los hijos.

A partir de esta ley de 1946, se acentúa la dirección del Derecho Francés, hacia una mayor intervención de la patria potestad y en el control de la misma.

1.6 EN ESPAÑA

En la España medieval se fue organizando con mayor regulación en los Códigos Aragonescos, la figura de la patria potestad, aparece más diseñada a los deberes y obligaciones para los padres.

Y para la época medieval es plasmada en el cuerpo de leyes del Fuero Juzgo con influencia del derecho romano, trata de legislar y proteger a los menores, al estilo del derecho germánico, pero no se logró por tener el derecho español mucha trayectoria romana principalmente, encontrándose en las siete partidas, tal influencia; que constituía un poder absoluto y perpetuo a favor del padre, de la misma forma que tenía en cuestión éste de salvaguardar los bienes y que la patria potestad debía ser ejercida con piedad paternal.

Pero la costumbre fue cambiando en la forma de regular los bienes, quedando que la patria potestad debía ser ejercida como derecho del padre, a cuidar y deber a los hijos, considerando con esto, que la patria potestad tenía sus fundamentos en el derecho natural, más no como un derecho positivo.

“El derecho fuero aragonés, es ejemplo de cómo la patria potestad era considerada desde la Edad Media, no como autoridad sino como institución protectora de los menores”.⁶

En tiempos anteriores se llegó a negar que este derecho existiera, como la patria potestad, sobre todo que existiera como figura jurídica, en cambio se tenía organizada en base a los principios romanos.

⁶ GALINDO GARFIAS IGNACIO, *Op. Cit.*, Pág. 670

Recientemente en la tradición aragonesa, existe un proyecto en materia de derecho de familia donde se ha prescindido de los términos patria potestad y en cambio se habla del deber de crianza y educación de los hijos de la atribución de la autoridad familiar adecuada para ampliarla.

1.7 EN MÉXICO

Nuestra legislación ha regulado a esta figura de tal manera que los padres ambos, son responsables de la patria potestad y la falta de ellos esta deberá ser ejercida por los abuelos paternos. Nuestro código organiza la patria potestad, como un cargo de derecho privado y de interés público.

Aún cuando el ejercicio de la patria potestad se confiere a ambos progenitores, nuestra ley no establece una división de poderes y facultades que deban ejercer separadamente cada uno de los progenitores; sino que las cargas, los deberes y las facultades que imponga la patria potestad deben ser cumplidos conjuntamente por el padre y la madre, siempre mirando por la educación y formación del hijo. Nuestro Código no establece de que manera deberá ejercerse esa función a la vez por el padre y por la madre; pero puesto que se trata de un conjunto de deberes y obligaciones que deben ser cumplidos indistintamente por aquél y por este, debe interpretarse, que e todo deberán ambos actuar de acuerdo, no solo en lo que se refiere a la administración de los bienes de los hijos, sino también en lo que atañe a los efectos de la patria potestad sobre la persona del hijo.

En el caso de desentendimiento entre el padre y la madre el juez de lo familiar podrá resolver lo que convenga siempre mirando por la protección del interés del hijo.

NOTA: En este primer capítulo de este trabajo, utilizamos: el método histórico, hacemos referencia a este método porque analizamos cronológicamente la evolución histórica de la patria potestad. Pero además utilizamos el método analógico o comparativo que consiste en la comparación de fenómenos o por el estudio de las instituciones como el caso de la patria potestad. Comparando desde el derecho romano, derecho germánico, derecho francés, derecho español y en nuestro derecho mexicano, en su aplicabilidad.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTO Y DEBERES QUE IMPONE LA PATRIA POTESTAD

2.1 Definición de la Patria Potestad

2.2 Caracteres de la Patria Potestad

2.3 Quienes intervienen en la Regulación Paterno-Filial

2.4 Consecuencias, Deberes y Derechos (De los sujetos activos).

2.4.1 Guarda y Custodia.

2.4.2 Derecho-Deber de Vigilancia

2.4.3 Educación.

2.4.4 Asistencia.

2.4.5 Representación.

2.4.6 Administración.

2.4.7 Usufructo.

2.5 Del menor.

2.5.1 Domicilio Legal.

2.5.2 Obediencia y Respeto.

2.1 DEFINICIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida pro el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación y protección legalmente; ya se trate de hijos nacido de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él o de los hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (Consanguínea o Civil).

Para lograr esa finalidad tuitiva que debe ser cumplida a la vez, pro el padre y por la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes y deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los hijos, bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere.

“Patri; forma prefija el griego y latín pater, padre: patriarca. Potestad: del latín potestas, tatis, dominio poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre una persona o casa o en cierta materia.”⁷

“Collin y Capitant definen a la patria potestad diciendo que es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados.”⁸

⁷ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO SALVAT UNIVERSAL. T. I/Salvat Editores, S.A.A Impreso en España, Barcelona 1996, pág. 214.

⁸ PLANIOL MARCELO Y RIPERT, JORGE. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. T.I y II, Editorial Cultural S.A., La Habana 1950, pág. 356, Tomo I.

“Rafael de Pina define a la patria potestad como el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardar en la medida necesaria.”⁹

El concepto de patria potestad es la facultad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados. De esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad sino una función propia de la paternidad y de la maternidad.

Más que un poder, es actualmente la patria potestad una verdadera función pues en el transcurso de los tiempo ha evolucionado perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el Derecho Romano y Germánico, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor, a la que no es extraña la intervención del Estado.

En la actualidad para muchos estadistas la denominación de patria potestad ha perdido vigencia, ya que tal como era concebida en el Derecho Romano ha perdido en nuestros días su significación original.

Por ello se ha propuesto, el cambiar ésta denominación por la de autoridad paternal, aunque los tratadistas y legisladores continúan aplicando la denominación tradicional.

Francesco Messineo señaló que la patria potestad es “el conjunto de poderes (a los que corresponden otros tantos deberes poderes-deberes), en

⁹ DE PINA, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Introducción a Personas Familia, Editorial Porrúa, S.A. México 1995, pág. 373.

los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales en consideración de su falta e madurez psíquica (dependiente de la edad) y de su consiguiente incapacidad de obrar. Son poderes de dirección temporal en cuanto cesan, cuando el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o cuando el hijo haya sido emancipado.”

Es difícil establecer una definición de lo que es la patria potestad pero sí se puede señalar que ésta no solo ha reducido su ámbito de aplicación hasta el momento de la mayor edad o emancipación de los hijos, sino que ha evolucionado radicalmente privado, transformándose de un poder absoluto de carácter eminentemente privado, establecido en beneficio del padre, en una función tuitiva de carácter social y casi público, en beneficio de los menores controlada por órganos y autoridades especiales que aseguran y garantizan los derechos de aquellos, respecto de sus personas y de los bienes que les pertenecen.

2.2 CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD.

Función Social.

La Patria Potestad está constituida por un conjunto de poderes para colocar a los titulares de ésta, en posibilidades de cumplir los deberes que les conciernen respecto de los hijos.

En el logro de las finalidades propuestas, existe evidentemente el interés de los padres que debe coincidir con el interés general del grupo social.

En la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de derecho privado, se ejerce en interés público; ya que en la observancia de las obligaciones de quienes la ejercen esté interesada la sociedad y el Estado es por esto que la patria potestad es de carácter social.

Derecho de doble funcionalidad.

La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas; en una situación de oposición, y no corresponde el derecho a una obligación de otra persona; sino que el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber.

"La patria potestad pertenece a la categoría del poder jurídico y es uno de los llamados derechos-deberes, equipamiento de un "oficio" del cual son titulares los dos progenitores".¹⁰

Desde el punto de vista interno, la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores está 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.

Desde el punto de vista externo, esta institución se presenta como un derecho subjetivo; quiere decirse que frente a todo poder exterior de la familia, el titular de ésta tienen un derecho subjetivo personalísimo.

Sometida a control judicial.

¹⁰ BARBERO, DOMENICO. Sistema del Derecho Privado II. Derechos de la personalidad, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1997. pág. 149.

Existen sanciones por parte del Estado, para aquellos que estando cumpliendo con el ejercicio de la patria potestad no cumplan los deberes a los que están sometidos respecto a los menores y sus bienes.

Pro ejemplo, los jueces de lo familiar, tiene la facultad de tomar a instancia de las personas interesadas, del menor, las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

En este ejemplo se tiene que cumplir con otros requisitos que en su oportunidad se mencionarán.

Está fuera del comercio.

La Patria Potestad considerándola exclusivamente desde el punto de vista de las facultades que confiere a su titular, está constituida por un conjunto de derechos personalísimos, inherentes a la persona misma del progenitor o del ascendiente a quien corresponda el ejercicio de éste.

Temporal

Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados por ello dura tanto como la minoría de los hijos; o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría. El máximo plazo del ejercicio de la patria potestad con respecto a cada hijo son dieciocho años en que empieza la mayoría de edad de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil.

2.3 QUIENES INTEVIENEN EN LA RELACIÓ PATERNO-FILIAL

Sobre este punto puede sentarse una regla general común: la patria potestad comprende como sujetos pasivos a todos los menores de edad no emancipados que tienen ascendientes, generalmente padre o madre; sin olvidar a los abuelos paternos o maternos, llamados a ejercerla y no se hallen, los ascendientes, permanente o transitoriamente incapacitados o impedidos para dicho ejercicio.

Hay pues, de un lado una condición fija y afirmativa; que se trate de menores de edad; y otra negativa y contingente, que aquellos menores tengan ascendientes llamados pro la ley al ejercicio de la patria potestad y una circunstancia negativa; que no estén incapacitados ni impedidos para dicho ejercicio.

De lo anterior se desprende que serán sujetos activos aquellos que deban desempeñar el cargo, esto es, los ascendientes a los que la ley les confiere este derecho; y serán sujetos pasivos sobre los que se ejerce este derecho, o sea los menores.

Al abordar el estudio de este punto, debemos formular una distinción que influye sobre las personas que son designadas por las leyes para el ejercicio de la patria potestad. Esta distinción es en relación a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales o finalmente, hijos adoptivos; ya que no pueden sustraerse a la realidad estas situaciones que influyen en cuanto al ejercicio de la patria potestad.

Para considerar ordenadamente estas personas llamadas legalmente al ejercicio de la patria potestad.

Artículo 414 del Código Civil: La patria potestad sobre los hijos se ejerce pro los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla algunos ellos, corresponderá a su ejercicio al otro.

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

Artículo 380 del Código Civil: Cundo el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el juez de lo familiar, oyendo al padre, a la madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente; atendiendo siempre el interés superior del menor. G.O.DF 25-Mayo-2000.

Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y la custodia el que primero hubiese reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos, y siempre que el juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público. G.O.DF. 25-Mayo-2000.

Si hubiere varios parientes del mismo grado, el Juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él haría la elección, según los artículos 482 y 483 del Código Civil para el Distrito Federal.

Para finalizar este punto, se mencionará que si faltara alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

En los casos previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

Artículo 417 del Código Civil: Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

No podrán impedirse, sin junta causa las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor.

Solo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

Respecto al hijo adoptivo: "La patria potestad la ejercerán únicamente las personas que adopten. Artículo 219: La patria potestad sobre un hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

Artículo 470: El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo

414, tiene derecho aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes ejerza, con inclusión del hijo póstumo.

El nombramiento de tutor testamentario hecho en los términos arriba señalados, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados (Artículo 471 del Código Civil para el Distrito Federal).

Por lo que respecta a la tutela legítima, señalaremos que se da cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario o cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio. Este tipo de tutela corresponde a los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas; o por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

2.4 CONSECUENCIAS, DEBERES Y DERECHOS (DE LOS SUJETOS ACTIVOS)

Como consecuencia la patria potestad tiene un contenido de orden natural (la protección y a veces afectivo, "la adopción" de carácter ético el deber de mirar por el interés de la prole) y un aspecto social. la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad. "Desde el punto de vista natural. No puede negarse que el ordenamiento jurídico, toma e cuenta el sentimiento de afecto y el interés de los progenitores para desempeñar ese cargo de la manera más eficaz".¹¹

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores que ejercen la patria potestad y los hijos se presenta en el estado de obediencia y respeto de los descendientes hacia los padres.

¹¹ ROSA, ANTONIO, *De la tutela Degli Incapari*. Editorial Dott. A. Guiffre, Milán, 1962. pág. 52.

Como autoridad paterna el funcionamiento ético de la patria potestad consiste en que la función encomendada al padre y a la madre, no se agota en la procreación del hijo o de los hijos, impone a los padres la responsabilidad moral de la formación de sus menores hijos desde el punto de vista físico, intelectual y espiritual.

El contenido social de la patria potestad, se destaca que los poderes contenidos al padre y a la madre constituyen una potestad, de interés público; en cuanto que realizan esa emisión de interés del hijo se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

De la conjunción de estos elementos se desprende, que el orden jurídico exige que la autoridad paterna se encuentre sólidamente establecida dentro del grupo familiar y explica a la vez por qué en el derecho privado se reúne en esta institución, el interés de los hijos y de los padres, el interés superior y de la familia y el interés público de la sociedad y del Estado.

Como deberes y derechos la patria potestad tiene derechos y obligaciones correctivas, que tienen los ascendientes, en tanto que son menores, son poderes de duración temporal ya que se suspenden cuando el hijo es mayor de edad o antes si se emancipa o bien por muerte.

Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la admisión legal de los bienes que les pertenecen.

Es obligación de los que tienen al hijo bajo su patria potestad, educar convenientemente, al menor. También tienen la facultad de corregir y castigar

mesuradamente. "La autoridad en caso necesario auxiliará a esas personas, haciéndolo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente".¹²

2.4.1 GUARDA Y CUSTODIA

Es necesario hablar sobre la situación en que quedan los menores respecto a quién ejercerá la patria potestad sobre su persona; una vez decretado el divorcio, sea éste necesario o por mucho mutuo consentimiento.

Si bien es cierto, que anteriormente la madre era la persona idónea para el cuidado del menor y que normalmente las madres reclaman y desean la custodia de sus hijos; en la actualidad la madre o el padre están aptos para el ejercicio de la patria potestad o para la guarda y custodia del menor, esto sin olvidar que salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Como mencionamos en la introducción del presente trabajo; es necesario hablar un poco de manera concreta de los dos tipos de divorcio que contempla nuestra legislación para hacer más clara la situación respecto a la guarda y custodia.

Respecto al divorcio voluntario, el artículo 273 del Código Civil establece las medidas necesarias para la protección del menor y de los mismos cónyuges, tanto durante el procedimiento como después de ejecutariado el divorcio.

¹² FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, GUSTAVO CARVAJAL MORENO. *Opus*, pág. 280.

Sin profundizar sobre estas medidas; podemos decir que ambos excónyuges conservan la patria potestad sobre sus hijos menores. En el convenio que se anexa a la solicitud de divorcio, y que fue aprobado por el Juez de lo Familiar y pro el Ministerio Público queda establecido lo relativo a la guarda y custodia , así como el sostenimiento, de los hijos.

Por lo que respecta a la guarda y custodia en el divorcio necesario, en el artículo 282 del Código Civil se establecen los criterios para la protección del menor, pero, a diferencia del divorcio voluntario, solo mientras dure el juicio.

El Juez de lo Familiar, al dictar sentencia; condena a uno de los cónyuges, al culpable, a la pérdida de la patria potestad y otorga ésta al inocente así como su guarda y custodia, pero puede darse el caso de que los dos cónyuges fueran culpables; situación que ha previsto la legislación y en éste supuesto los hijos quedarán al cuidado del ascendiente que corresponda, según lo establecido pro el artículo 414 del Código Civil, y en el caso de faltar alguno de los llamados a ejercerla se les nombrará tutor.

El padre y la madre aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, sin embargo, las obligaciones a que alude éste artículo no siempre es posible cumplirlas cuando uno de los cónyuges ha perdido la patria potestad y no vive con sus hijos, ni mucho menos tiene la oportunidad de educarlos, ayudarlos, asistirlos y en general, cumple todas las obligaciones que, no siendo de carácter patrimonial, exigen la presencia personal del cónyuge que fue privado del ejercicio de la patria potestad.

Retomando lo dicho tanto en el divorcio voluntario como en el divorcio necesario, podemos decir que en el primero la guarda y custodia es ejercida por ambos cónyuges y en el segundo ésta queda bajo el cónyuge inocente más no así para el cónyuge culpable.

A manera de comentario podemos decir que es criticable que aunque se pierda la patria potestad se quede sujeto, el cónyuge culpable a todas las obligaciones que se tiene para con los hijos ya que al no tener la guarda y custodia cómo hace efectivas esas obligaciones, desde luego que en las patrimoniales no existen ningún problema, pero las afectivas y la de asistencia; pero este punto de vista es sólo para dejar plasmada una inquietud.

“La guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurararlo en la satisfacción de todas sus necesidades”.¹³

2.4.2 DERECHO-DEBER DE VIGILANCIA

La autoridad paterna se ejerce sobre la persona y bienes del menor.

La atribución de esta función protectora de los hijos menores descansa en la confianza que inspiran por razón natural, a los ascendientes, para desempeñar esta función.

¹³ Amparo Directo 4029/97, Febrero de 1997, Mayoría de Votos. Tercera Parte; Vol. LVX. Pág. 234, Lucio Acevedo Aguilar.

“El deber de obediencia no debe confundirse con el de honrar a los progenitores, ya que éste último es un deber del hijo como tal, cualquiera que sea su edad; en cambio, el deber de obediencia está específicamente conexo a la patria potestad”.¹⁴

El hijo sometido a la patria potestad, no podrá dejar la casa de aquellos a quienes está sometido, sin permiso de ellos o sin autorización de la autoridad competente; así lo establece el artículo 421 del Código Civil.

El menor tienen el deber de convivir con los padres o ascendientes, en ejercicio de la patria potestad; esto es, que el menor tiene la obligación, pero también el derecho de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido.

De la obligación de vigilancia y corrección del hijo se desprende la responsabilidad en que incurren las personas que ejercen sobre él a patria potestad, por los daños y perjuicios causados por los menores que están bajo su poder y que habiliten con ellos.

Los artículos 1919 y 1920 del Código Civil establecen que cuando los daños y perjuicios que cometan los menores, encontrándose éstos bajo la vigilancia y autoridad de otras personas como directores de colegios, talleres, etc; éstas asumirán la responsabilidad que se trate; esto es cesa la responsabilidad de parte de los ascendientes que ejercen la patria potestad, ya que los menores no se encontraban en ese momento bajo su vigilancia.

¹⁴ BARBERO DOMENICO. Op. Cit. Pág. 151

El derecho-deber de vigilancia debe entenderse como la función que desempeña el ascendiente sobre el menor, más no a la inversa, ya que el beneficio que se busca es hacia el menor así como también evitar daños y perjuicios que se pudieran cometer contra terceros.

2.4.3 EDUCACIÓN

Las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educar lo convenientemente, sin olvidar que la educación dependerá de los medios y condiciones de los padres y la vocación y aptitudes del hijo; ya que se debe entender las posibilidades y condiciones de los padres, nuevamente, a la fuerza, aptitud y vocación del hijo, y hasta las situaciones anormales en que éste pueda hallarse, por enfermedad, por debilidad mental, o por otros motivos análogos.

La constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 31, fracción I; establece que "son obligaciones de los mexicanos hacer que sus hijos y pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria y secundaria; y reciban la militar en los términos que establezca la ley.

Nuestro Código Civil señala, en su artículo 422, que a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Así la obligación que establece el artículo anterior para las personas que ejercen la patria potestad de educar convenientemente al hijo; y para poder ejercer mejor esa función podrán recurrir, en caso necesario, a las autoridades que deben prestar apoyo a los padres.

Para una mejor educación, los padres pueden corregir a los hijos de una manera directa; esto es, la que realizan ellos mismos sin la intervención de alguien; o pro medio del auxilio del Estado que sería la corrección indicada, ésta última señalada por el artículo 423 del Código Civil que establece que las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a los que ejerzan la patria potestad haciendo uso de amonestaciones y correctivas que les presten el apoyo suficiente; así como que los ascendientes tienen que observar una conducta que sirva de ejemplo a los descendientes para poder ejercer la facultad de corregirlos.

"Para decidir sobre la educación, formación y atención de los hijos los dos progenitores tienen los mismos derechos para estos asuntos sobre sus hijos; esto es, que a nadie se le reserva algún derecho en especial para poder ejercerlo sobre el menor"¹⁵

Para finalizar, en el artículo 66 de la Ley General de Educación se señala que: son obligaciones de quienes ejercen la patria potestad o la tutela:

- I. Hacer que sus hijos o pupilos menores de edad reciban la educación primaria y la secundaria;
- II. Apoyar el proceso educativo de sus hijos o pupilos, y
- III. Colaborar con las instituciones educativas en las que estén inscritos sus hijos o pupilos, en las actividades que dichas instituciones realicen.

2.4.4 ASISTENCIA

¹⁵ CHÁVEZ ASCENCIO MANUEL F. La familia en el derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.

Otra de las obligaciones que tiene el ascendiente hacia el descendiente es asistencia, que es regulado por el artículo 308 del Código Civil y que establece como asistencia hacia el menor la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad.

Respeto de los menores, los alimentos comprende; 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.

Es necesario señalar que la asistencia hacia el menor no incluye dotación de capital; este es, recursos económicos proporcionados de manera directa de parte del ascendiente hacia el menor.

La obligación alimenticia que deben cumplir en primer lugar los padres respecto de los hijos, no es específica de la patria potestad; tiene su fuente en el parentesco, puesto que no desaparece con la mayoría de edad del hijo.

La obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos y el deber de estos últimos de proporcionarlos a sus padres, artículo 303 y 304 del Código Civil, es una parte integrante del deber de criar al hijo menor, mientras permanece en la patria potestad, pero la obligación alimenticia subsiste, aunque tenga aquella, cualesquiera que sea la edad del hijo, sin otro límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos.

Mientras subsiste la autoridad paterna, la obligación alimenticia que se impone a los ascendientes a favor de los hijos, presenta la característica de que , cuando quienes la ejercen disfrutan la mitad del usufructo de los bienes

del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad hasta donde alcance a cubrirlos y sólo el exceso.

2.4.5 REPRESENTACIÓN

Las personas físicas adquieren plena capacidad de ejercicio a partir de los dieciocho años cumplidos. Antes de llegar a esta edad, el menor ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones, por medio del representante legítimo (persona que ejerce la patria potestad o el tutor).

El derecho presume que el menor no tiene el necesario discernimiento para decidir por propia voluntad, la realización de actos jurídicos. El artículo 450 del Código Civil establece que: "tienen incapacidad natural o legal los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla. G.O.DF 25-Mayo-2000.

La representación legal del menor no emancipado, corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad; ya que es claro aquél que desempeña esa función protectora y ha asumido la responsabilidad de actuar en interés del hijo, tenga a su cargo la representación de éste, supliendo su incapacidad en la celebración de todos aquellos actos y contratos que el hijo no puede llevar a cabo pro su minoría de edad.

El artículo 424 del Código Civil establece que el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquél derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez.

Esta última parte del artículo se aplica particularmente en el caso de que los que ejercen la patria potestad nieguen su consentimiento para que el menor de edad contraiga matrimonio.

El artículo 427 del mismo ordenamiento señala que la persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley l requiera expresamente.

Es natural que si la patria potestad es ejercida por los dos cónyuges, alguno de ellos, al realizar cualquier acto tenga que contar con la aprobación del otro. Por lo que respecta a los casos de contar con la autorización judicial, no es más que para dar una mayor protección al menor, como sería en el caso de disposición de bienes del menor.

2.4.6 ADMINISTRACIÓN.

La administración de los bienes de los hijos no debe considerarse renunciable ni delegable por parte de quienes ejercen la patria potestad.

La administración es de interés público y social, y constituye un deber de asistencia y protección más que un derecho. Si se admitiera la delegación

a favor del hijo se desvirtuaría la finalidad que persigue la ley; si se permitiera a favor de un tercero sería igual.

La patria potestad crea efectos no solo sobre la persona del hijo, de ella derivan otras consecuencias, de carácter patrimonial. Los ascendientes que la ejercen administran los bienes del menor y lo representan en toda clase de actos y contratos, en juicio y fuera de él; sin embargo, esta facultad de administración sobre los bienes del menor no comprenden la gestión de todo el caudal del hijo. La administración y el usufructo de los bienes que el menor ha adquirido por su trabajo, corresponden a éste último.

En cuanto a los bienes que el hijo ha adquirido por causa distinta de su trabajo (herencia, legado, donación) la propiedad y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejercen sobre él la patria potestad.

Sin embargo, si adquiere bienes por herencia, legado o donación; el testador, legatario donde pueden excluir a las personas que la están ejerciendo del usufructo de los bienes que forma el patrimonio y a la percepción de los frutos que éste produzca.

Por lo que todos los actos de disposición, van a ser aquellos que tiene como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro igual o de mejor naturaleza; así como aquellos actos que producen la disminución del patrimonio, como ocurre en el caso de la donación.

Quedan comprendidos entro del concepto de actos de disposición de los que tiene por efecto comprometer el crédito del menor o constituir un gravamen real, sobre algún bien que pertenezca a éste (hipoteca, prenda, fianza, constitución de servidumbres, etc.).

En ciertos casos, en protección de los intereses del menor será necesario que quienes ejercen la patria potestad, dispongan de ciertos bienes que forman parte del patrimonio. En este caso las personas que la ejercen, no obstante que tienen la representación del menor, excederían las facultades administrativas que les corresponden, si se les permitiera ejecutar libremente actos de disposición; por ellos los ascendientes no pueden enajenar ni gravar de manera alguna los bienes muebles preciosos que corresponden al hijo, sin previa autorización del Juez de lo Familiar, ante quien deberá probarse la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor, con la ejecución de estos actos.

Otorgada esta autorización judicial, el Juez de lo Familiar que conceda la licencia, deberá cuidar el producto de la venta se dedique al objeto para el que se destinó y que el saldo se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca a favor del menor; además el precio de la venta, se depositará en una institución de crédito y quien ejerza la patria potestad, no podrá disponer de él, sin orden judicial.

Puede darse la situación que en caso de extrema necesidad el ascendiente no diera aviso al Juez de lo Familiar; supongamos una circunstancia de enfermedad, e ésta situación existiría una nulidad relativa, pero una vez que comprobara, el ascendiente, la extrema necesidad dejaría de existir la nulidad.

Al tenor del artículo 441 del Código Civil se establece que los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan. Estas medidas se tomarán a instancias de las

personas interesadas del menor cuando hubiera cumplido catorce años o del Ministerio Público en todo caso.

A su vez, el artículo 442 del mismo ordenamiento señala que las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos luego que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad todos los bienes y frutos que les pertenece.

De los artículos 441 y 442 se desprende que las personas que ejercen la patria potestad están obligadas a reparar los daños que causen al menor sujeto a ella, por su mala administración y que teniendo en cuenta que la función de la patria potestad es el cuidado de la persona del hijo y la conservación de sus bienes están obligados a reparar el daño y el perjuicio que causen el descendiente, por los actos que dañen la conservación del patrimonio del hijo, cuando no se han extremado la atención que un diligente padre de familia pondría en el cuidado y conservación de los bienes de su hijo.

2.4.7 USUFRUCTO

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

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 más que aquello que exceda cuanto es necesario para la alimentación y educación del menor conforme a su fortuna.

“El usufructo es del derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos”.¹⁶

Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en bienes que adquiera por su trabajo y bienes que adquiera por cualquier otro título. Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo del hijo. En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad.

Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante han dispuesto en el usufructo pertenezcan al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a los dispuesto.

Los padres pueden renunciar a su derecho de la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda. La renuncia del usufructo hecha a favor del hijo, se considera como donación.

Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de los padres, abuelos o adoptadores entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad.

¹⁶ BORJA SORIANO MAUEL. *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Porrúa, S.A. México 1985. pág. 585 y sigs.

El artículo 434 establece que “El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo II del título VI (de los alimentos) y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los que ejerzan los casos siguientes:

- I. Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados;
- II. Cuando contraigan ulteriores nupcias.
- III. Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

Sobre este artículo del Código Civil podemos decir que entre las muchas obligaciones del ascendiente hacia el menor está el cuidado de sus bienes, es por ello que la legislación exige que se otorgue garantía en los casos a que se refiere el citado artículo; ya que estando en los supuestos a que se hacen mención se estaría poniendo en peligro los bienes del menor y por ende su mala administración.

Artículo 438. El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la Patria Potestad, se extingue:

- I. Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor de edad de los hijos;
- II. Por la pérdida de la Patria Potestad
- III. Por renuncia.

Por otra parte, las personas que ejercen la Patria Potestad deben de entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

El derecho del usufructo existe tanto en la familia legítima como en la familia natural.

Los padres pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otra manera que no deje lugar a dudas; según el artículo 431 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el supuesto que ambos cónyuges fueran culpables en una controversia de divorcio, el derecho de usufructo legal se extingue.

El derecho del usufructo existe tanto en la familia legítima como en la familia natural.

2.5 DEL MENOR

El menor es la persona que está sometida a la patria potestad de sus padres o de otras personas; por estas en esta situación podemos considerarlo como; menor que no ha cumplido todavía los dieciocho años de edad y encontrarse con la Patria Potestad de sus padres o ascendientes o bien bajo la guarda y custodia de un tutor que se haya designado a través del juez de lo familiar; serán menores de edad también las personas con menor de la edad adulta y que hayan sido adoptados, adrogados y reconocidos.

Para lograr esa finalidad tuitiva que debe ser cumplida a la vez por el padre y por la madre, la patria potestad comprende con los menores un conjunto de poderes y deberes impuestos a los ascendientes, que estos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoría lo requiera.

La atribución de estos derechos y facultades al padre o a la madre, les permite cumplir con los deberes que tienen hacia sus hijos.

2.5.1 DEL DOMICILIO

Artículo 29 del Código Civil para el Distrito Federal: El domicilio de las personas físicas en el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar a donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.

Artículo 30: el domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté ahí presente.

Como elementos esenciales para determinar el domicilio encontramos la residencia constante y el asiento principal de los negocios, con la voluntad de permanecer en dicho sitio.

Diferenciando los conceptos entre residencia; domicilio, habitación. La residencia es la estancia temporal de una persona en algún lugar determinado, pero sin el propósito de establecerse en él. El domicilio en cambio, es el centro, el vértice de la vida jurídica de las personas. El término habitación, es sumamente restringido, pues significa tan sólo casa, vivienda, hogar o morada de alguna persona.

El domicilio puede ser de diversas especies, establecerse voluntariamente o por disposición de la ley en el primer supuesto el domicilio puede ser voluntario o convencional, en el segundo caso se denomina legal.

El artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice que "Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho está subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos e responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

El artículo 31 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: se reputa domicilio legal:

- I. Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto;
- II. Del menor de edad que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor;

- III. En el caso de menores o incapaces abandonados, el que resulte conforme a las circunstancias previstas en el artículo 29;
- IV. De los cónyuges, aquél en el cual éstos vivan de consumo, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio la forma prevista en el artículo 29;
- V. De los militares en servicio activo, e lugar en que están destinados;
- VI. De los servidores público, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses.
- VII. Derogado (Publicado en la Gaceta Oficial el 25 de mayo de 2000). G.O.DF. 25-Mayo-2000.
- VIII. Derogado (Publicado en la Gaceta Oficial el 25 de mayo de 2000). G.O.DF. 25-Mayo-2000.
- IX. De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, el lugar en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido. G.O.DF. 25-Mayo-00.

Los padres o abuelos en su caso tienen el derecho deber de custodiar al menor, de vivir con él y en este sentido está el deber de los últimos de no dejar la casa donde viven con quienes ejercen la patria potestad. Estos últimos pueden también encargar la custodia de sus descendientes menores a terceras personas; parientes o extraños o centros de educación, tanto dentro del país como en el extranjero.

La custodia pues, es un derecho que puede cumplirse personalmente o por intermediación, con la única limitación de que debe ser siempre en interés del menor.

2.5.2 OBEDIENCIA Y RESPETO

En el complejo de relaciones jurídicas que forman el contenido de la patria potestad, encontramos una situación de autoridad de los padres y de correlativa subordinación de los hijos.

Este estado de sumisión en que se encuentran los hijos menores de edad, respecto de quienes ejercen la patria potestad, comprende el deber respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber o convivencia.

El deber de honrar y respetar a los padres y además ascendientes cualesquiera que sea su estado, edad y condición (artículo 411 del Código Civil) no se extingue al terminar la patria potestad. Durante el estado de minoría de edad del hijo y mientras se encuentra bajo autoridad de sus padres, el deber de respeto y honra impuestos por el artículo 411, lleva anexo el deber de obediencia hacia los ascendientes que ejercen la autoridad paterna.

Por su contenido moral el deber de honra y respeto hacia los ascendientes, a parte de que no puede ser considerado simplemente como un efecto de la patria potestad, es el fundamento ético de las relaciones, paterno filiales de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia.

Es la contrapartida por así decirlo; del principio en que descansa la autoridad paterna, que sólo se justifica si se funda en la abnegación y sacrificio de los padres. "La naturaleza moral de este principio, explica por qué la norma establecida en el artículo 411 del Código Civil, carece de una fuerza coercitiva (*legeminius quam perfecta*)".¹⁷

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores que ejercen la patria potestad y los hijos, se presenta en el estado de obediencia y respeto de los descendientes hacia los padres.

Por lo que respecta a que el ascendiente tiene el derecho de corrección y castigo, éste derecho ha evolucionado ampliamente desde la facultad hasta considerarse que los malos tratos de los progenitores, éstos pueden llegarse a tipificar como delitos. El síndrome del niño golpeado ha sido motivo de estudio no sólo entre los penalistas sino también por parte de psicólogos, educadores, sociólogos y trabajadores sociales.

Desde el punto de vista del derecho civil, los malos tratos son la causa de la pérdida de la patria potestad.

Los padres gozan de prerrogativas de pedir auxilio, por lo que hace a la educación de los niños, a toda clase de personas; se encuentran médicos,

¹⁷ GALINDO GARFIAS IGNACIO. *Op. Cit.*, pág. 677.

pedagogos, educadores, sacerdotes y autoridades. Claro que habrá delitos del menor que hayan de perseguirse de oficio. Nuestras antiguas correccionales trataron siempre esos casos graves de reencaminar al niño por el buen camino. Haciendo hincapié que los padres tienen el derecho de corregir y castigar moderadamente a sus hijos legítimos, legitimados, naturales, reconocidos y adoptivos, en tanto no estén emancipados y autoriza aquéllos para que en apoyo de su potestad pidan auxilio a la autoridad gubernativa, que deberá otorgarlo.

NOTA: En el segundo capítulo utilizamos el método sistemático que se ocupa en ordenar los conocimientos agrupándolos en sistemas coherentes y lo combinamos con el método inductivo y deductivo, cuando separamos las partes de un todo en orden jerárquico, siguiendo determinados criterios de clasificación.

El método sistemático además estudia las formas en que se ordenan en un todo relacionando una serie de conocimientos de manera que resulten claras las relaciones y dependencias recíprocas de las partes componentes del todo, y también este método lo utilizamos para la interpretación de los preceptos jurídicos.

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA DE LA PATRIA POTESTAD

- 3.1 Caracteres de la Relación Paterno-Filial.
- 3.2 El Contenido de la Patria Potestad.
- 3.3 Derechos y Obligaciones de los Menores Sujetos a Patria Potestad.
- 3.4 Derechos y Obligaciones de los que Ejercen la Patria Potestad.
- 3.5 Efectos Sobre la Persona del Hijo.
- 3.6 Efectos sobre los Bienes del Hijo.
- 3.7 Responsabilidad Civil por la Administración de los Bienes del Hijo.

3.1 CARACTERES DE LA RELACIÓN PATERNO FILIAL

La función propia de la patria potestad (protección de los hijos) a la fuente u origen de la institución (la filiación) y a la naturaleza de ella (cargo privado de interés público), se desprenden los siguientes caracteres: la patria potestad es irrenunciable, intransferible pro la voluntad de quien la ejerce e imprescriptible.

Irrenunciable. La patria potestad no puede renunciarse. Así lo establece el artículo 448 del Código Civil, da su ejercicio sólo puede excusarse en los casos específicamente señalados en este precepto legal: por ejemplo la edad avanzada haya alcanzado la edad de sesenta años y quienes por su mal estado de salud no puedan cumplir la función encomendada.

Las razones por las que se establece que no se puede renunciar del cargo, derivan de su propia naturaleza. En primer lugar porque su ejercicio es de interés público. La familia, la sociedad y el estado tienen interés en la adecuada formación de los menores.

El artículo 6° del Código Civil señala que sólo pueden renunciar los derechos privados que no afecten directamente en el interés público cuando la renuncia al ejercicio de la patria potestad pro el ascendiente que debe desempeñar el cargo, implicaría e abandono del deber de guardar y protección de los hijos y perjudicaría los derechos de los menores que se encuentren bajo ella.

Los derechos que derivan de la Patria Potestad no son renunciables, pues las disposiciones legales que la rigen son indiscutiblemente del interés público de acuerdo con lo que previene el artículo 6° del Código Civil.

Sexta Época, cuarta parte; Vol. LXVII, pág. 110 A.D. 8824/99.
Unanimidad de 4 votos.

Intransferible. La patria potestad, por voluntad de los particulares, sólo puede transmitirse como consecuencia de que el Juez de lo Familiar haya aprobado una adopción; esto es cuando el adoptado sea menor que no está bajo la patria potestad de algún ascendiente que le corresponda; en este caso entrarían a ejercerla quienes lo adopten, esto es con el fin de proteger el interés del adoptado.

Imprescriptible. La patria potestad es de naturaleza imprescriptible; los derechos y deberes derivados de ésta no se extingue por el transcurso del tiempo.

De la función propia de la patria potestad (protección a los hijos) a la fuente u origen de la institución (filiación) a la naturaleza de aquella (cargo privado de interés público), se desprende que la patria potestad es irrenunciable; intransferible por la voluntad de quien la ejerce e imprescriptible.

3.2 EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

La autoridad paterna se ejerce sobre la persona y los bienes del hijo. La atribución de esta función protectora de los hijos menores, descansa en la confianza que inspiran pro razón natural, los ascendientes, para desempeñar esta función.

El derecho objetivo toma en cuenta consideraciones de orden natural, ético y social, para hacer de los padres las personas idóneas para cumplir esa misión.

La patria potestad tienen un contenido de orden natural (la procreación) y a veces afectivo (la adopción) de carácter ético (el deber de mirar por el interés de la prole) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad).

El primer aspecto, es decir desde el punto de vista natural no puede negarse que el ordenamiento jurídico, toma en cuenta el sentido de afecto y el interés de los progenitores, para desempeñar ese cargo en a manera más eficaz.

La patria potestad forma parte importante de la organización de aquel grupo social primario que es la familia. En el agregado de la familia, falta aquella voluntad superior del Estado en el proceso formativo de la misma; del grupo de la familia surge en manera natural dentro del orden social.

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores que ejercen la patria potestad y los hijos, se presenta en el estado de obediencia y respeto de los descendientes hacia los padres.

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

El contenido social de la patria potestad, se destaca desde el punto de vista de que los poderes conferidos al padre y a la madre constituyen una potestad de interés público; en cuanto que realiza esa misión en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

"De la conjunción de estos elementos se desprende, que el orden jurídico exige que la autoridad paterna se encuentra sólidamente establecida dentro del grupo familiar y explica a la vez porque en el derecho privado, se reúne en esta institución, el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad y del Estado".¹⁸

3.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES A PATRIA POTESTAD.

Con una norma inicia el legislador la regulación del artículo 411 del Código Civil.

Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y además ascendientes. No solo la moral de todos los tiempos y lugares sino todo sistema religioso, recoge esta máxima: el deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes. Así el decálogo cristiano señala e su cuarto mandamiento "Honrarás a tu padre y a tu madre" Este es por tanto el deber supremo de los hijos que recoge la ley aunque el mismo es, a todas luces un principio de carácter incoercible. Máxima, por otro lado, no derivada de la patria potestad, sino de la calidad del hijo, de la filiación misma; no importando la edad, el estado o condición de los mismos.

¹⁸ GALINDO GARFIAS IGNACIO. *Op. Cit.* Pág. 677.

El segundo deber que señala la Ley es el de no dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente. Así el sujeto a patria potestad debe vivir en el lugar que designen quienes la ejercen, que normalmente en la misma habitación de unos y otros.

3.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD

Estos derechos y obligaciones tienen un doble carácter: respeto a la persona de los descendientes y respeto a su bienes.

Quienes ejercen la patria potestad sobre sus hijos, les toca desempeñar esa autoridad sobre los descendientes, encontrándose que el deber primordial que se impone a los padres o ascendientes es: a) El cuidado y guarda de los hijos; b) la dirección de su educación; c) El poder de corregirlos y castigarlos; d) La obligación de proveer a su mantenimiento; e) La representación legal de la persona del menor y f) La administración de los bienes del menor.

Este complejo de relaciones jurídicas, se apoya en la solidaridad del hombre fuerte a los demás miembros del grupo social que existe particularmente respecto de los hijos y en la misma naturaleza protectora de ese cargo de derecho privado; así como ocurre en ciertos cargos de derecho público, que invisten a su titular, de un conjunto de potestades correlativas a los debates que imponen su ejercicio.

3.5 EFECTOS SOBRE LA PERSONA DEL HIJO.

La patria potestad en lo que se refiere a la autoridad de quienes la ejercen, sobre la persona de los descendientes, acusa marcadamente, la coincidencia del interés público y el interés privado.

Para el cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la patria potestad produce los siguientes efectos: a) Impone a los ascendientes que la ejercen el deber de suministrar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna; b) Educarlos convenientemente; c) Otorga a quienes ejercen la patria potestad, la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente; d) Quienes ejercen la autoridad paterna, son legítimos representantes de los menores; e) El domicilio de los menores no emancipados sujetos a la patria potestad es el de las personas a cuya patria potestad se encuentran sujetos.

Considerando a la institución, desde el punto de vista de los ascendientes, la potestad paterna se atribuye con el fin de criar y educar a los hijos. En la medida en que se debe cumplir, se justifica la autoridad de los ascendientes sobre los descendientes y se funda la situación de subordinación en que se encuentran éstos respecto de aquéllos.

Las facultades que otorga la patria potestad a los ascendientes se refiere tanto a la persona del hijo, como a los bienes que pertenecen a éste.

Puede observarse que no existe una marcada línea de separación entre los deberes y las facultades de los padres, porque entre unos y otros existe una íntima correlación que permite clasificar a cada una de esas atribuciones a la vez como poderes deberes. Parece más clara la denominación de potestades; entendidas éstas como conjunto de derechos o facultades que deben ser ejercida para gestionar intereses ajenos.

La guarda del hijo, es un medio de protección material y es el elemento de hecho, en casos determinados; la no existencia de la guarda material de la persona del hijo, no afecta al concepto jurídico de "Patria Potestad". La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado claramente la distinción entre la guarda o custodia del hijo que en caso de divorcio, pueda quedar encomendada a uno de los cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad; "La guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, por que tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades".

3.6 EFECTOS SOBRE LOS BIENES DEL HIJO.

Estos efectos son la administración de los bienes del menor con mayor provecho y responsabilidad para entregarlos cuando sea necesario.

Administración de los bienes del menor. Tanto respecto a la administración como el usufructo legal se tiene que distinguir entre los bienes del menor que puedan ser de dos clases: 1ª. Bienes que adquiere por su trabajo; 2ª. Bienes obtenidos por cualquier otro concepto. Los bienes de la primera clase o sea los que obtiene el menor por medio de su trabajo, le pertenecen en propiedad, administración y usufructo. En consecuencia, con respecto a estos bienes, los que ejercen la patria potestad no tendría ninguna injerencia.

Los bienes que obtenga el menor por cualquier otro título (herencias, legados, donaciones, azares de a fortuna), pertenecen en propiedad al menor, pero su administración corresponde a los que ejercen la patria potestad. Cuando la misma es compartida por la pareja de padres, abuelos o adoptantes, será administrador uno de los dos decidido de común acuerdo pro ambos; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Como el que ejerce la patria potestad es el representante legal del menor y su administrador, representará a su hijo en Juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Los que ejercen la patria potestad, como simples administradores, no tiene facultades para actos de dominio, por ello no pueden enajenar ni gravar ningún modo, los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo.

Solamente por causas de absoluta necesidad o de evidente beneficio podrá realizar estos actos precisa autorización judicial. Cuando esta autorización judicial sea concedida, el juez deberá tomar las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca a favor del menor. A este efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial.

Otras limitaciones en el derecho de administrar los bienes que tienen los que ejercen la patria potestad son las siguientes: no podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años; no podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotece en la plaza el día de venta; no podrán hacer donación de los bienes de los hijos, ni perdonar deudas en favor del menor; no pueden dar fianza en representación de los bienes de los hijos.

Con respecto a todas estas limitaciones que tienen los que ejercen la administración en el ejercicio de la patria potestad la ley faculta a cualquier persona interesada, o al propio menor si ya tiene catorce años, con intervención del Ministerio Público en todo caso, a recurrir el juez competente para impedir que por la mala administración, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Cuando existe un interés contrapuesto entre los que ejercen la patria potestad y los menores sujetos a la misma, se les nombrará un tutor dativo a estos últimos, para que los represente en Juicio.

Los que administran los bienes del menor tienen la obligación de dar cuentas de la misma; la ley no señala plazo para esta obligación; por ello debe entenderse que se pedirá a petición de la parte interesada y siempre, al terminar el ejercicio de la patria potestad.

“Una vez que los hijos se emancipen (cuando contraen matrimonio antes de la mayoría edad), o cuando alcancen la misma, los que ejercen la

patria potestad le entregarán todos los bienes y los frutos que le pertenezcan".¹⁹

3.7 RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL HIJO

Artículo 441 del Código Civil para el Distrito Federal: 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 disminuyan.

Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso.

Artículo 442: las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

La figura del buen padre es un criterio que ha servido tradicionalmente para juzgar de la buena administración en la gestión de bienes ajenos.

Las personas que ejercen la patria potestad está obligadas a reparar los daños que causen al menor sujeto a ella, por su mala administración y que teniendo en cuenta que la función de la patria potestad, es el cuidado de la persona del hijo y la conservación de sus bienes, está obligados a reparar el daño (disminución patrimonial) el perjuicio (falta de ganancia lícita que deberá haber obtenido el hijo) que causen al descendiente, por los actos dañosos

¹⁹ SARA MONTERO DUHALT. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. México 1990, pág. 353.

contraídos a la conservación del patrimonio del hijo, cuando no se han extremado la atención que un diligente padre de familia pondría en el cuidado y conservación de los bienes de su hijo.

NOTA: En este tercer capítulo utilizamos el método inductivo, tomando como fundamento algunos principios o conocimientos generales que aplicamos para inferir conclusiones jurídicas generales a casos particulares.

CAPITULO CUARTO

MODOS DE ACABARSE, SUSPENDERSE Y CONVENIENCIA DE REGLAMENTAR LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

- 4.1 De los modos de extinguirse la patria potestad.
- 4.2 De los modos de perderse la patria potestad.
- 4.3 De los modos de suspenderse y excusarse de la patria potestad.
- 4.4 Algunas consideraciones para reglamentar en caso de suspensión como en casos de pérdida.
- 4.5 Criterio jurisprudenciales, y entrevistas realizadas con Ministros, Magistrados y Juez de lo Familiar, de la conveniencia de recuperar la patria potestad.
- 4.6 Necesidad de reglamentar el derecho de visita en los casos de desintegración familiar en relación con menores de edad.
- 4.7 Propuestas, Conclusiones y Bibliografía.

4.1 DE LOS MODOS DE EXTINGUIRSE LA PATRIA POTESTAD.

La extinción de la patria potestad puede clasificarse en dos grupos:

Causas naturales, como la muerte del hijo o la de los padres o ascendientes llamados a ejercerla, y la mayor edad de aquél y otras legales, como la emancipación y la adopción si bien esta última más que una verdadera causa extintiva de la patria potestad significa un cambio o tránsito en el ejercicio de la misma, ya que la institución no cesa de funcionar y pasa sencillamente de las manos del padre natural a las del padre adoptivo, con las diferencias inherentes al tránsito, principalmente en cuanto concierne al ejercicio de la administración y al usufructo legal.

Nuestra legislación establece en el artículo 443 del Código Civil que la patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio.
- III. Por la mayor edad del hijo
- IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercen el adoptante, otros adoptantes.

De la fracción I se desprende que no existiendo persona alguna de las señaladas por el artículo 414 del Código referido, la persona que llegara a tener la posibilidad del cuidado del menor; no entraría en el supuesto de la patria potestad, pero sí bajo otra institución familiar que es la tutela ya que el objeto de ésta última es también la guarda de las personas y bienes de

los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos.

Por lo que toca a la fracción II podemos decir que la emancipación es, de acuerdo al derecho mexicano, una institución que permite sustraer de la patria potestad y de la tutela al menor, otorgándole una capacidad que le faculta para la libre administración de sus bienes, con determinadas reservas señaladas pro la ley.

Los efectos de la emancipación son los que hacen cesar la patria potestad o la tutela; confiere una capacidad restringida al menor de edad emancipado, para la enajenación de bienes y otorga al emancipado la capacidad para administrar sus bienes, pero siendo menor de edad necesita de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes y raíces; y de un tutor para negocios judiciales.

La emancipación posmatrimonial se funda en que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad.

Realmente, el cumplimiento de las obligaciones que impone el matrimonio se dificultaría, por lo menos en gran manera; si no produjese de derecho la emancipación del menor.

Por último, el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación.

Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea el menor, no recaerá en la patria potestad.

La otra fracción del artículo referido establece la mayor edad del hijo para acabarse la patria potestad.

Los artículos 646 y 647 establecen que la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos, así como el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

“La mayoría de edad se alcanza en el momento en que una persona física cumple el número de años señalado por la ley. Menores de edad son las personas físicas que tienen la plenitud de la capacidad de obrar por sí mismas, siempre que circunstancias especiales no impidan su ejercicio”.²¹

4.2 DE LOS MODOS DE PERDERSE LA PATRIA POTESTAD.

Las causas por las cuales se pierde la patria potestad, puede dividirse en tres grupos: delictiva, culposo o simplemente causales.

También pueden clasificarse en legales o de pleno derecho y facultativas o judiciales, por pronunciamiento o resolución de juez competente.

Por regla general, son causas de pérdida de la patria potestad de carácter delictivo aquellas en que incurra quien la ejerce, cuando ha cometido una infracción penal de tal naturaleza que la incapacita, no solo de hecho, sino moralmente para ese ejercicio, lo cual ocurre cuando es condenado por corrupción de otros menores, y también cuando en la

²¹ DE PIÑA RAFAEL. Op. Cit. Pág.402.

sentencia condenatoria por cualquier delito se impone como pena la privación de la patria potestad.

Son causas de carácter culposo las constituidas por actos del padre o la madre, cuando se conducen mal en el cumplimiento de sus deberes tanto respecto de la persona, como de los bienes de los hijos, ya excediéndose en el rigor de correcciones y castigos, abandonándolos y no atendiéndolos debidamente, van siendo negligentes o maliciosos en la administración y cuidado de sus bienes.

Son motivos legales o extintivos de la patria potestad de pleno derecho los que la ley consigna como causas inmediatamente productora de la pérdida de la patria potestad.

Son motivos judiciales aquellos que dependen de circunstancias y pruebas que el juez debe apreciar libremente, para decretar o no la privación.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 444, establece que la patria potestad se pierde por resolución judicial:

- I. Cundo el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; en la primera parte de esta fracción se establece que se dependerá de la patria potestad cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de este derecho.
- II. Establece que la patria potestad se pierde en los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código Civil.

Nuestra legislación familiar distingue dos clases de divorcio. Uno es el llamado divorcio necesario y que se tramita en juicio ordinario Civil, que se rige procedimentalmente por el artículo 252 del Código de Procedimientos Civiles; por lo que se refiere a la demanda, la sentencia es de carácter constitutivo.

El otro tipo de divorcio es el voluntario, que está previsto dentro de la institución procedimental denominada divorcio por mutuo consentimiento.

El artículo a que hace referencia esta fracción señala que la sentencia del divorcio fijará la situación de los hijos, por 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 en el caso, y en especial a la custodia y el cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ellos.

Así mismo el juez observará las normas del Código Civil para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quién legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.

Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

La redacción del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, para el maestro Manuel F. Chávez Asencio no es del todo acertada

“ya que es una materia tan delicada; el legislador debió conservar las reglas para que el juez tuviera que aplicarles según el caso o resolver, a fin de dar seguridad en las relaciones, y no estar sujetos a los padres a la decisión judicial, no siempre la mejor, ni la más equitativa”.²²

Sin embargo, para el jurista mexicano Eduardo Pallares, “dice que se debe otorgar un poder discrecional a los tribunales para decretar la sanción relativa a la patria potestad”.²³

Nos parece más acertada la idea de Pallares, ya que él otorga un poder discrecional a los tribunales para decretar la sanción relativa al ejercicio de la patria potestad, se estaría en la posibilidad de dictar sentencia más cercanas a la justicia en beneficio del menor y de los cónyuges.

En la fracción III del propio artículo 444, establece que la patria potestad se pierde cuando por violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida. Esta fracción se refiere a la desavenencia entre los cónyuges, los nulos tratados hacia los hijos, el abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal. Todo en relación con el artículo 223 Quater.

La fracción IV hace referencia al incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad.

²² Chávez Ascencio Manuel F. “La familia en el Derecho”. Relaciones jurídicas conyugales. Edit. Porrúa; S.A. México 1998, pág. 528.

²³ Pallares Eduardo. “El divorcio en México”. Editorial Porrúa. S.A. México, 1998, pág. 107

Todo relacionado con los artículos 302 al 311 del Código Civil APRA el Distrito Federal.

La fracción V; dice por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos.

En esta fracción los padres podrán proponer a los hijos a corromperse o a cometer ilícitos como el robo, o a la prostitución, al alcoholismo o a la drogadicción. Aquí en la fracción VI por el abandono que el padre o la madre hicieran de los hijos por más de seis meses. En relación al artículo 156 del Código Penal para el Distrito Federal, establece que, el que abandone a persona incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlos, se aplicaría de un mes a cuatro años de prisión, si no resultara daño alguno, privándolo además de la patria potestad o de la tutela; si el delincuente fuera ascendiente o tutor del ofendido.

Además la fracción VII del citado artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o los bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.

Con referencia del artículo 183 del Código Penal para el Distrito Federal, se pone de manifiesto que la gravedad de los delitos está íntimamente relacionada con el menor, esto es; que la gravedad será manifiesta cuando el sujeto pasivo del delito sea el menor y por ende se va en contra de la relación entre ascendientes y descendientes.

Como último punto se puede decir que la fracción VII y VIII del artículo 444 que habla de la pérdida de la patria potestad cuando se es condenado dos o más veces por delitos graves, esto último no tiene que darse necesariamente, ya que los dos artículos referidos del ordenamiento penal, establecen que la pérdida de la patria potestad puede darse sin necesidad de ser condenado dos o más veces por delitos graves esto, atentando a la protección del menor.

La gravedad del delito a que se hace mención revestirá en el daño que se le hiciera al menor con la comisión del delito o que la gravedad del delito tiene que ser vista respecto a la afectación o no afectación de las relaciones familiares, ya que la gravedad de un delito pruebe ser irrelevante por éstas.

Ejemplificando se puede decir que si el padre o la madre comenten un delito, por ejemplo homicidio, independientemente de su gravedad, esta comisión no tienen porque ingerir en la relación paterno-filial ya que sería absurdo que por este delito grave se le diera relevancia para que el ascendiente perdiera la patria potestad.

Reformando, la gravedad del delito debe entenderse no como es entendida para otras situaciones jurídicas, por ejemplo en el derecho penal, sino que debe entenderse siempre en función del perjuicio o no de la relación ascendente-descendiente; no importando la gravedad del delito para otras situaciones jurídicas.

Respecto a saber quién será el encargado de calificar la gravedad de los delitos, es sin lugar a dudas que será el Juez de lo Familiar.

Por otro lado es menester hablar de los artículos 183 y 185 del Código Penal para el Distrito Federal, en el que establece que cuando en los delitos de corrupción de menores el delincuente tenga parentesco de consanguinidad, afinidad o civil o habite ocasional o permanentemente en el mismo domicilio con la víctima aunque no existiera parentesco alguno, así como el tutor o curador. Además perderá la patria potestad respecto de todos sus descendientes, el derecho a alimentos que le correspondieran por su relación con la víctima y el derecho que pudiera tener respecto a los bienes de ésta.

Sin embargo Sara Montero señala "la custodia que habla el artículo 444 parece innecesaria dice la autora, bastaría con declarar que la patria potestad se pierde, a juicio del juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores. En esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos".²⁴

Una vez decretada la sentencia sobre la pérdida de la patria potestad. El cónyuge que perdió este derecho puede hacer valer instancias jurídicas para tratar de que el juez ratifique o rectifique la sentencia. Estas instancias jurídicas son la apelación y el juicio de amparo.

Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos por la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiestas la justificación de la privación de la patria potestad.

²⁴ Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". Edit. Porrúa. S.A. México. 1999. pág.363

También la patria potestad podrá ser limitada según el artículo 444 Bis del Código Civil vigente. Artículo 444 Bis. "La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación tomando en cuenta lo que dispone este Código.

Con base en este artículo debe entenderse que no todas las causales de divorcio que contempla el artículo 267 debe ser sancionada con la pérdida de la patria potestad, pro lo que se establece la posibilidad de recuperarla aunque algunos de los cónyuges sea culpable, pro ejemplo que el padre sea alcohólico o pro drogadicción pero si se regenera con el tiempo debe tener la posibilidad de recuperar la patria potestad de sus hijos.

También el artículo 445 del mismo ordenamiento señala que "cuando los que ejerzan la patria potestad pasan a segundas nupcias, no perderán pro ese hecho los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad. Así como tampoco el cónyuge o concubino con quien se una ejercerá la patria potestad de los hijos de la unión anterior. Esto quiere decir que los progenitores son importantes para los hijos."

4.3 DE LOS MODOS DE SUSPENDERSE Y EXCUSARSE DE LA PATRIA POTESTAD.

La suspensión de la patria potestad implica una pérdida temporal de este derecho para el ascendiente, esto es; que el progenitor puede recobrar su derecho una vez que el motivo que dio origen a la suspensión desaparezca.

Para mejor comprensión de esta situación jurídica, pasaremos a comentar el artículo 447 del Código Civil en el que se establecen las causas pro las cuales se suspende la patria potestad.

Por lo que respecta a la fracción I del citado artículo 447 señala que se suspende la patria potestad por incapacidad declarado jurídicamente, comentaremos dicha fracción, la incapacidad se refiere a la carencia de aptitud para valerse por sí misma, y el artículo 450 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece quienes tienen incapacidad natural y legal.

Fracción I "Los menores de edad, se entiende que son menores de edad, los que no han cumplido 18 años".

Fracción II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismo o por algún medio que la supla y se enciende pro capacidad, tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercer esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo.

Las capacidades son dos: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

A la ausencia de la capacidad de ejercicio se alude generalmente cuando se dice que una persona es incapaz o está incapacitado.

La capacidad de ejercicio depende de la edad de la persona; se adquiere a los dieciocho años, sin embargo los mayores de dieciocho años pueden valerse por sí mismos.

El que ejerce la patria potestad tienen que ser forzosamente una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de otro.

En el caso de quien la ejerce pierda la capacidad de ejercicio, él mismo necesitará que se le nombre tutor para que actúe a su nombre.

El artículo 447, establece que la patria potestad se suspende, Fracción I "Esta suspensión por incapacidad declarada judicialmente", puede extinguirse en un momento dado cuando el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio y por ende recobrará a la patria potestad; la cual se le había suspendido.

La fracción II del artículo 447 señala que otro motivo de suspensión de la patria potestad "es la ausencia declarada en forma pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia.

Si el ausente tiene hijos menores, que estén bajo su patria potestad y no hay ascendientes que deba de ejercerla conforme a la ley ni tutor testamentario ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor, en los términos prevenidos en los artículos 496 y 497 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

No está configurada la ausencia por el sólo hecho de no encontrarse una persona en su domicilio; es necesario que el ausente no haya dejado quien lo represente, que se ignore su paradero y que no tenga certeza sobre su existencia o fallecimiento.

La ausencia es el hecho de que una persona haya desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de él, de manera que no se sepa si ha muerto o vive, es por ello que el legislador ha previsto esta legislación para proteger a los menores que están bajo la patria potestad para que le nombre tutor en el caso de no existir ascendiente que le corresponda ejercer aquella.

Es por lo anterior que el estado de ausencia da lugar a la suspensión de la patria potestad, pero cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el juez, a la instancia de parte interesada, declara la presunción de la muerte.

La suspensión de la patria potestad se extingue por la simple razón de que el ausente regresara.

La fracción III, habla de que "cuando el consumo del alcohol, el hábito del juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de la Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amanecen causar algún perjuicio, cualquiera que este sea al menor".

En esta fracción III, es indispensable suspender la patria potestad que está ejerciendo los cónyuges o cualquiera de ellos, cuando se observa que el hijo o los hijos están a punto de ser víctimas de estos malos hábitos,

que repercutirá en el buen desarrollo físico, mental y psicológico de él o de ellos.

Y por último la fracción IV del citado artículo 447 del vigente Código Civil para el Distrito Federal, señala que "por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión". Puede ser que en un momento determinado la conducta de los que ejercen la patria potestad sea considerada pro el juez como inconveniente a los intereses del menor, por razones ya señaladas en puntos anteriores del presente trabajo, en este caso sanción temporal se le condenará a la suspensión del ejercicio de la patria potestad.

La suspensión señalada en esta fracción, se extingue porque el sancionado se le termina su condena; y es aquí donde debe tener su origen a la recuperación del ejercicio de la patria potestad.

En los cuatro casos señalados por el artículo 447 del Código Civil vigente para el Distrito Federal se requiere también la intervención judicial para que declare que a quien se le había suspendido en su derecho, ha recobrado de nuevo el ejercicio de la patria potestad.

En los casos de suspensión de la patria potestad cabe hacer la aclaración que ésta no se extingue; sino que su ejercicio recae entonces con el otro progenitor y a falta o pro imposibilidad legal de éste, en los ascendientes de ulteriores grados.

En el caso de que uno o varios negocios judiciales o extrajudiciales las personas que ejercen la patria potestad tenga interés opuesto al de los hijos, el ejercicio de la patria potestad queda suspendido únicamente

respecto de ese negocio o de actos o hechos que tengan relación con él; la representación del menor debe recaer en el otro progenitor, si no tiene interés opuesto al del hijo, o si lo tiene, en un tutor especial que nombrará el Juez de lo Familiar.

“Es muy difícil determinar “a priori” cuando hay oposición de intereses entre las personas sujetas a patria potestad y los que la ejercen, pero cuando son copartícipes de una misma herencia, respectivamente, herederos y legatarios en una misma sucesión, puede hablarse de oposición de intereses, salvo que las personas que ejercen la patria potestad renuncien a los derechos que pueden corresponderles”.²⁵

a manera de información, es necesario hacer mención del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles el cuál señala que las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria y en la definitiva.

Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alternarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.

Modos de excusarse la patria potestad. La excusa es el motivo o pretexto que invoca el ascendiente para eludir la obligación del ejercicio de la patria potestad.

²⁵ Muñoz Luis y Castro Zavaleta, Salvador. “Comentarios al Código Civil”. Tomo I Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1984. pág. 362.

El artículo 448 del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala que "La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I. Cuando se tenga sesenta años cumplidos.
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

Las dos medidas son acertadas pro parte del legislador para proteger al menor y cuidar el buen desempeño de la patria potestad; ya que la edad avanzada y el mal estado habitual de salud impide un buen desempeño de ésta; y por ello el Código Civil permite el excusarse de esta obligación.

El excusarse de esta obligación, no se da tan fácilmente; ya que será el juez de lo Familiar el que califique la petición del ascendiente para excusarse de su obligación; atendiendo primordialmente el interés de los hijos.

A groso modo se puede decir que, independientemente de las pruebas que juzgué pertinentes, el Juez de lo Familiar tendrá que solicitar a los ascendientes que quieran excusarse de esta obligación; por un lado, el acta de nacimiento y por otro el certificado médico que ampare el mal estado de salud.

En el caso que el Juez no aceptara la excusa; el ascendiente al no querer desempeñar el cargo puede caer en suspensión del ejercicio de la patria potestad, y de continuar en su renuncia a ejercer el cargo entonces puede caer en el supuesto de pérdida de la patria potestad.

4.4 ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

En este capítulo realizaremos algunas consideraciones que serán relacionadas con la recuperación de la patria potestad, ya que como se ha podido observar en el presente trabajo; nuestro Código Civil solo habla de la extinción, pérdida, suspensión y modo de excusarse de la patria potestad, pero en ningún momento señala la recuperación de ésta; el Código Civil vigente para el Distrito Federal, no contempla la recuperación de la patria potestad, ha sido objeto de críticas como la del ilustre maestro Rafael Rojina Villegas que hace un análisis de los supuestos en los que la pérdida de la patria potestad no debe ser para siempre; esto es, que el cónyuge culpable, aún siéndolo, debe tener la posibilidad de recuperarla.

Este análisis que hace el maestro Rojina Villegas es con base en el artículo 283 que rigió hasta 1983 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establecía los supuestos en los cuáles podía darse la recuperación de la patria potestad, pero a principios de 1984 este artículo quedó derogado en cuanto a la recuperación de la patria potestad.

Para el maestro Rojina Villegas "no hay congruencia alguna en el sistema seguido en nuestra ley para privar definitivamente de la patria potestad al cónyuge culpable; señalando que fuera de los casos de corrupción de los hijos, intento de prostituir a la esposa y vicios incorregibles no debe privársele para siempre de este derecho al cónyuge culpable, sino que debe recuperarla a la muerte del inocente".²⁶

²⁶ Rojina Villegas, Rafael. "El Derecho Civil Mexicano", Tomo II, Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A. México, 1998. pág. 662.

Desde luego que el maestro Rojina Villegas hace sus consideraciones basándose en el artículo 283 del Código Civil que regió; pero ello no deja de ser importante su aportación; ya que él, parte de la idea que la recuperación de la patria potestad puede darse aún cuando el cónyuge hubiere sido culpable de una de las causales comprendidas en el artículo 267, sin incluir las causales señaladas anteriormente.

Con relación al divorcio, se ha sostenido la conveniencia de distinguir los casos de inocencia y culpabilidad para imponer consecuencias negativas al culpable, toda vez que de ese modo se lograra el efecto disuasivo que debe producir la legislación en esta materia, así lo comenta el jurista Argentino D'Antonio Daniel Hugo en su obra "Patria potestad".²⁷

"El maestro Sánchez Medal, comenta que no es difícil decir que la privación de la patria potestad al cónyuge culpable es una de las sanciones que se le aplican como causa del divorcio."²⁸

es forzoso deducir que la patria potestad cuando se priva esta obedece al designio de beneficiar al inocente y sentenciar al culpable, sin considerar la aptitud de este último para ejercerla.

Como ya se había señalado, el artículo 285 del Código Civil establece que el padre y la madre aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Es evidente que, aún siendo lógica esta disposición de la ley, tiene como límite la imposibilidad del padre sancionado de interferir en las

²⁷ D'Antonio Daniel Hugo. "Patria potestad". Edt. Astrea, Buenos Aires, 1989. pág.89.

²⁸ Sánchez Medal, Ramón. "Los grandes cambios en el Derecho de Familia". Edit. Porrúa S.A. México, 1998. p.44,67.

funciones que le han sido encomendadas al inocente y que éste ejerza razonablemente, por lo tanto las funciones que ejercerá el culpable serán supletorias y de carácter predominantemente económico en especial la de suministrar alimentos, obligación que por otra parte, más que de la patria potestad surge de la relación paterno-filial.

Salvo mejor opinión, se utiliza a los hijos, en la mayoría de los casos, totalmente extraños a los motivos que determinan la ruptura del matrimonio, para sancionar al cónyuge que diera lugar a ella.

El maestro Sánchez Medal señala que "se hace de los hijos un verdadero botín a favor de aquél de los consortes que triunfe en el litigio judicial para ese efecto se promueva".²⁹

"Es evidente que la patria potestad, por su importancia, tampoco pueda estar vinculada a la inocencia o culpabilidad en los juicios de divorcio, si no a la consideración del bien de los hijos como directriz fundamental"³⁰, es el comentario que hace Lehman.

Se puede no ser un buen cónyuge, pero si un buen padre o una buena madre. En este caso nada autoriza de privar a los padres de las funciones que se les incumben respecto a sus hijos, sino a los menores el derecho que tienen a su mejor e integral formación.

El maestro Chávez Asencio señala que "El cónyuge que tenga la custodia del menor será el más indicado para decidir sobre la educación, formación y atención en general de los hijos; sin embargo el otro cónyuge

²⁹ *Ibidem*, pág.67.

³⁰ Lehmann, Heinrich. "Derecho de familia". Vol IV. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid 1995. pág.337.

tiene el derecho de participar en la educación y formación de sus propios hijos a reserva de el derecho al inocente sólo para intervenir en situaciones de especial gravedad. El legislador no debe condenar para siempre a la pérdida de la patria potestad al cónyuge culpable, sino que debe de dejarlo en posibilidad de recuperarla”.³¹

Don Eduardo Pallares señala “que puede suceder que a pesar de que uno de los cónyuges haya incurrido en determinada causa de divorcio sin embargo ello, puede tener la capacidad necesaria para ejercer debidamente las facultades que dimanan de la patria potestad.”³²

Según el propio Pallares comenta que “el inocente no obstante de su virtudes puede carecer de la capacidad moral para educar, defender y guiar a sus hijos por lo cual será perjudicial a estos que queden a su cuidado, sin intervención de ninguna otra persona”.³³

Sin embargo, Planiol y Ripert señalan que “la restitución de la patria potestad puede ser posible dándose esta un procedimiento especial y; el juez que pronuncie esta restitución deberá de resolver sobre la guarda de los hijos, puesto la atribución de a guarda de los hijos es una consecuencia del estado de divorcio subsistente”.³⁴

En la sección IV del Código Civil Francés en su artículo 378 y demás relativos, se hace mención a la posibilidad de recuperar la patria potestad.

³¹ Chávez Asencio, Manuel F. Op.Cit. pág.528.

³² Pallares Eduardo. Op.cit. pág.106.

³³ Idem. Pág,107

³⁴ Planiol y Ripert. Op.cit. pág.517.

Una vez citadas algunas ideas de autores y haber señalado algunas ideas trataremos de señalar las propias así como nuestra opinión respecto al tema que nos ocupa.

Con excepción de los supuestos contemplados en las fracciones III del artículo 267 que establece que "la propuesta de un cónyuge para prostituir al otro no solo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ello o con él", y la fracción V del propio artículo 267 establece "la conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción",, y en general todo aquél acto que atente directamente contra el menor se debe mantener la pérdida de la patria potestad y sin perjuicios de las sanciones previstas en los artículos 447, se permita a los cónyuges acordar sobre todo lo relativo a la guarda de sus hijos menores, con facultad judicial para decidir en su decreto, así como para modificar lo convenido, por causa grave y fundada, resolviendo lo más conveniente al interés de los hijos, decisión que será revisable en todo tiempo, teniendo en cuenta el bienestar de los hijos, los padres son los mejores jueces de esos intereses.

Si ambos convienen en que se otorgue al cónyuge inocente se estará en el supuesto de haberse elevado la conveniencia de dicha medida, y la ponderación de los hechos que motivaron la declaración de culpabilidad en el juicio de divorcio.

Si el cónyuge inocente admite que la guarda sea otorgada al culpable ello importará la contestación en principio, de que es no solo el

más idóneo para ejercer ese derecho sino también que las causas que dieron origen al divorcio son extrañas a esa actitud.

La anterior propuesta no impide que las conductas de los cónyuges pudieran encuadrarse en los supuestos del artículo 444 del Código Civil o fuera de entidad suficiente o para ello se promuevan las sanciones establecidas en el mismo, y en el artículo 447 de dicho Código.

Es necesario además, preservar una adecuada comunicación de los menores con el progenitor que no tenga la guarda, y consagrar legislativamente el derecho de visitar al menor, situación que no está del todo regulada en nuestro Código Civil, cuyo régimen deberá ser fijada de común acuerdo por los cónyuges o en su defecto por el Juez.

4.5 CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Completando el presente tema de la patria potestad, que comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejercita tales como la guarda y custodia de los menores, en nuestra legislación se encuentra plasmadas las situaciones en que esta se pierde pero no se encuentra legislado, la forma de reponerla o recuperarla.

En relación a este tema en concreto se aportan los criterios jurisprudenciales a la reposición o recuperación.

- a) LA PATRIA POTESTAD NO DEBE SER CONDENADA A PERDERLA EL CÓNYUGE CUANDO LA CAUSA DEL

DIVORCIO TOMA SU ORIGEN EN EL ARTÍCULO 283 DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo 283 del Código Civil no es procedente al respecto ya que la disposición en el contenido solo es apreciable en los casos que el mismo precepto se contrae, pro tener el carácter de norma excepcional respecto a la regla general relativa a que la patria potestad se ejerce pro los padres como derecho fundado en al naturaleza y confirmado por la ley aunque pro tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, y es bien sabido que conforme al artículo 11 del Código Civil las leyes que establecen excepción a las reglas, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

NOTA. En virtud de que los artículos 268 y 283 del Código Civil para el Distrito Federal fueron reformados por el decreto publicado en el Diario Oficial el día 27 de Diciembre de 1983, la Jurisprudencia en comentario únicamente es aplicable a las causas previstas en los Códigos de los Estados que contienen las mismas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, antes, de la mencionada reforma.

SUPLEMENTO ÉPOCA.

SUPLEMENTO DE 1998, Pág. 345 A.D. 299/98

ADOLGO T. GARZA. 5 VOTOS

TOMO CXXI. Pág. 608. A.D. 2738/97

JUENES BERNAL EDMUNDO. 5 VOTOS

TOMO CXXXII. Pág. 379. A.D. 244/99

MANUELA BARBOSA DE CHARLES, UNANIMIDAD DE 4 VOTOS

TOMO CXXXI. Pag. 273. A.D. 2967/2000

ESPERANZA DE ORNELAS. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS

SEXTA ÉPOCA CUARTA PARTE, VOL. XL. Pág. 145. A.D. 3880/2000

- b) LITIS DEL JUICIO CONSTITUCIONAL SI EL JUICIO NATURAL VERSA SOBRE RECUPERACIÓN DE POSESIÓN DE ESTADO Y CUSTODIA DE UN MENOR, LA PÉRDIDA DE PATRIA POTESTAD NO PUEDE EXAMINARSE.

Si es el juicio natural se refirió a un interdicto de recuperar la posesión de estado y custodia de menores por parte de su madre y en el amparo plantea que abandonó a sus hijos e incurrió en una causal de pérdida de la patria potestad, resulta improcedente entrar al estudio de tal cuestión puesto que se refiere a una cuestión diversa de la controvertida en el juicio natural y, por ende, dicha cuestión está fuera de la litis del Juicio Constitucional.

A.C. 73/97 6 DE ABRIL DE 1997.

SALVADOR CARDOSO TORRES Y OTRA.

5 VOTOS INFORME 1998 VOLUMEN 11 Pág. 101.

- c) MENORES, PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN PARA RECUPERAR LA GUARDA DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)

La guarda del menor hijo implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es

un medio insustituible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades.

Ahora bien, si los artículos 175 del Código de Procedimientos Civiles y 260 del Código Civil, ambos de Nuevo León, ordenan que la guarda de los hijos menores de 7 años, en los casos de depósito de persona o menores de 5 años, en los casos de depósito de persona o menores de 5 años aún en la hipótesis de nulidad de matrimonio, o en la de divorcio, siempre corresponde a la madre de dichos menores, con mayor razón es ella la que debe tener la guarda de los hijos menores de 7 años, tratándose de una separación irregular o anormal, en al que ni siquiera está probada la mala fe de ella ni que haya dado causa al divorcio. La razón que tuvo el legislador para encargar, de manera exclusiva, a la madre, la guarda de sus hijos menores de la edad indicada, no la fincan en un depósito de persona en la declaración de nulidad o de divorcio, sino en la ingente necesidad del menor de ser atendido precisamente por su madre, que es la persona naturalmente más apta para atender y cuidar a un menor de esa edad en todas sus necesidades. Por lo tanto, si la madre, tiene el derecho de Guarda referido, no tiene la posesión material del menor hijo sobre quien ejercita esa prerrogativa de la patria potestad y obligación correlativa, puede recuperar la posesión de su hijo menor mediante el interdicto establecido en el artículo 712 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León.

A.D. 4029/97. JUAN CANTU VILLANUEVA. 32 Febrero 1999.

TOMO 30, ÉPOCA 7ª. Pág. 66.

- d) PATRIA POTESTAD, LA PÉRDIDA DE LA,
DECLARADA EN UN JUICIO DE DIVORCIO, NO

PUEDA CONSIDERARSE COMO PENA IMPUESTA AL CÓNYUGE QUE DIO CAUSA AL MISMO.

La pérdida de la patria potestad declarada en un juicio de divorcio respecto del cónyuge culpable, de ninguna manera puede considerarse como una pena impuesta al consorte que dio causa de divorcio, puesto que de considerarse así, tal sanción afectaría injustificadamente los derechos del hijo, que ninguna culpa tiene de que alguno de los padres haya sido el responsable de la disolución del vínculo matrimonial, pues el menor hijo tiene naturalmente el derecho de convivir en una sociedad matrimonial normal, esta es constituida por ambos padres para que los dos le brinden toda la ayuda necesaria, no solo materialmente sino fundamentalmente, espiritual, a través del cariño y ternura indispensable para la mejor dirección del hijo a fin de que éste pueda cabalmente desarrollarse, perfeccionarse y cumplir su destino.

Esta es la razón por la que el legislador, en tratándose de divorcio, en ninguno de los preceptos del Código Civil señala como pena o sanción la pérdida de la patria potestad, y solo dice, en el artículo 283 que "La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, conforme a las reglas que da en ese mismo precepto legal". La primera regla para fijar la situación de los hijos, en los casos de divorcio dice así "Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, XIV y XV del artículo 267 los hijos que quedaran bajo la patria potestad del cónyuge no culpable si los dos fueran culpables quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará tutor".

En esta primera regla, el legislador ha estimado que los actos en que se fundan esas causales de divorcio en su autor una conducta que

puede deformar moralmente y corromper a los hijos, pues no es solo actuación como individuo a los hijos, pues no es solo su actuación como individuo aislado e independiente, sino también su modo de computarizarse como jefe de familia o elemento activo de la sociedad, y teniendo en cuenta que la patria potestad impone a los padres los deberes de alimentos, tenerlos en su compañía, educarlos, instruirlos y representarlos; el padre o la madre que cometen aquellos actos, ofrecen un modelo que pervertiría, viciaría o estragaría las ideas que paulatinamente se fueran formando los menores, respecto a la sociedad paterno filial.

Estas son las razones por las que el legislador estima convenientemente privar del ejercicio de la patria potestad al cónyuge culpable, pues dichas fracciones del artículo 267 invocado, toman en cuenta la calidad moral del consorte que comete estos actos: el adulterio debidamente probado por hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia; la propuesta de un cónyuge para prostituir al otro; la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito; haber cometido uno de los cónyuges doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada; el alcoholismo o el hábito del juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

En todos estos casos, el legislador priva, para siempre el ejercicio de la patria potestad, el cónyuge culpable, pero tal privación no la hace, se repite, atendiendo a que resultó condenado determinado cónyuge a la disolución del vínculo matrimonial, sin que únicamente declara tal pérdida de la patria potestad en beneficio de los hijos, esto es con el único fin de

proteger su integridad moral y corporal, su educación, instrucción y la formación de su carácter. Tan es así que en la segunda regla para fijar la situación de los hijos, en el caso de divorcio, expresamente el propio legislador que: cuando la causa del divorcio, expresa estuviere comprendida en las fracciones IX, XI, XIII y XVI del artículo 267 los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de este el cónyuge culpable recupera la patria potestad.

Si los dos cónyuges fueron culpables, se le suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recuperándola el otro, al acaecer ésta.

Entre tanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor. En los contemplados por el legislador en esta segunda regla, ha estimado que los actos que constituye la causa del divorcio, no son de tal manera graves, que trasciendan en perjuicio de la integridad moral y corporal, educación, instrucción y formación de los hijos; sino que más bien esos actos que han constituido la causa del divorcio, solo perjudican al cónyuge inocente, por lo que al fallecer este, no existe ningún inconveniente en que vuelva a ejercer la patria potestad sobre los hijos del cónyuge culpable, teniendo en cuenta la naturaleza de los actos que constituyen esas causales del divorcio y en el propio legislador los hace consistir en la: separación del hogar conyugal originada pro una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio; la declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga, que preceda la declaración de ausencia; la Sevicia las amenazas o las injurias graves del uno de los

cónyuges para el otro; la negativa de los cónyuges de darse alimentos; la acusación calumniosa hecha por uno de los cónyuges contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; y cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de una persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año en prisión.

El anterior criterio del legislador, lo confirma el mismo en la regla tercera del citado artículo 283, al disponer que en caso de las fracciones VI y VII del artículo 267 Fracción VI: Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada.

Fracción VII: Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.

A.D. 360/98 ARMANDO QUIENTERO R.

FECHA 17 DE JULIO DE 1999. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS.

Pág. 66. TOMO 30. ÉPOCA 7º

f) MENORES, ACCIÓN DE RECUPERACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES.

La acción para recuperar la guarda y custodia de un menor hijo, que, es una de las prerrogativas que tiene el padre que ejerce la patria potestad, requiere de los siguientes elementos: A) La calidad con que se demanda como ser el padre, en su caso la madre, y por lo tanto, en ejercicio de la patria potestad del menor; B) La violación de este derecho deducido, o se la privación de la guarda y custodia del menor, y C) El hecho

de que se haya traducido en la disposición del menor hijo, frente a otra u otras personas como derecho para ello.

A.D. 6320/99 MIGUEL OREA GAMEZ

FECHA 4 DE MARZO DE 2000 5 VOTOS

Pág. 115. TOMO 97-102. ÉPOCA 7º

ENTREVISTA REALIZADA CON EL MINISTRO DIAZ ROMERO JUAN

1. ¿CUÁL ES SU OPINIÓN SOBRE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Lo primera que debe precisarse para que pueda entenderse el tema es, que la patria potestad no es un derecho singular, ni una facultad singular, en realidad, la patria potestad se engloba dentro del concepto de patria potestad un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres, los abuelos y quienes ejercen en general la patria potestad, respecto de aquellas personas, que estén bajo la patria potestad.

En la historia de la evolución jurídica pues ha pasado de una facultad en la época romana, concedida en su propio beneficio para tener bajo su control la persona y bienes de quienes se controlaban bajo su patria potestad. Ha evolucionado a un concepto en el que ahora, se conoce que la patria potestad es; una institución fundamentalmente establecida en función de los hijos y que debe ser estudiada, poniendo énfasis en los derechos que los hijos tienen, a efecto de que se logre su desarrollo intelectual, físico y emocional en forma adecuada.

Si lo vemos con el criterio importante, hasta hace algunos treinta o cuarenta años, siempre se veían como lo vemos en nuestro Código Civil del Distrito Federal, y en la mayor parte de los Códigos Civiles de la República, que se alude después de definir la patria potestad, a los derechos que se tienen sobre la persona de los hijos o de quienes están bajo la patria potestad y los derechos que se tienen sobre los bienes de los hijos, cuando en realidad el Código Civil moderno, adecuando a las interpretaciones doctrinarias y de los propios tribunales, pues, tendrían que analizarse incorporando como debería de integrarse incorporando, todo lo que son los derechos de los hijos en relación al cuidado de su persona y los derechos de los hijos y en relación a su situación patrimonial. Obvio, cuando se alude a la pérdida de la patria potestad, no podemos estar pensando en que se trata de un derecho singular, sino de una situación jurídica que involucra facultades y que involucra, igualmente, deberes, y que más importante, deben estar siendo considerados los deberes.

Y los deberes no los perdemos..... Nuestro Código Civil del Distrito Federal no contienen la disposición, pero el caso, pro ejemplo, del Código Civil, del estado de Puebla es muy claro. El artículo 630 dice: La pérdida de los derecho a la patria potestad, reglamentada en los artículos anteriores, no extingue los deberes que la patria potestad impone, en cuanto que su cumplimiento no se oponga a esta pérdida a juicio del Juez, quien decide, inclusive ya Códigos con disposiciones más modernos que nuestro Código Civil de 1928, ya tienen esto, preciso en disposición expresa, obviamente que esto ya estaba y se reconoce en otros territorios, donde no hay la disposición expresa. La pérdida de la patria potestad implica la pérdida de los derechos; de modo alguno no implica la extinción de las o ligaciones y

los deberes que tienen quienes ejercen la patria potestad, respecto de las personas que están bajo su guarda.

2. ¿QUÉ OPINA USTED SOBRE LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Continuando con lo mismo, diría yo que ante la pérdida de la patria potestad, de lo que estamos hablando en realidad, es de la extinción de los derechos que tienen quienes ejercen la patria potestad, respecto de quienes están bajo su guarda, toda vez que las obligaciones y deberes de quien ejerce la patria potestad seguirán vigentes. Estaríamos en consecuencia hablando de la recuperación de esos derechos; quienes tienen, quiénes ejercen la patria potestad. Y para ésta, es indispensable ver cuáles son las causas que originaron permanentemente, y por otra parte, el bienestar del hijo o de quien está sujeto a la patria potestad.

Imaginemos que están ejerciendo la patria potestad la última pareja; o sea, los abuelos maternos, la regla normalmente es ejercen padre y madre, después abuelos maternos por no haber padre y madre, ni abuelo ni abuela paternos, es alcohólico, y por esta razón es condenado a la pérdida de la patria potestad. Pero resulta que después el abuelo materno corrige esta enfermedad, se somete a un tratamiento y se vuelve un hombre ejemplar y fallezca la abuela materna, entonces ¿qué sería razonable? Pues que el abuelo materno recobre la patria potestad que hubiera perdido, en lugar que este menor quedara sujeto simplemente a tutela, donde pudiera corresponderle una persona menos cercana que el propio abuelo materno.

Insisto, yo creo que para la recuperación de la patria potestad aun cuando no existe predisposición expresa en el Código Civil, es posible plantearla, pero el Juez para resolverla. Tendrá que tener en cuenta: en primer lugar, el bienestar físico, intelectual y emocional de la persona sobre la cual se ejerce la patria potestad; y en segundo lugar, que la causa que haya originado la causa de la pérdida, haya desaparecido totalmente.

3. ¿SABE USTED QUÉ ELEMENTOS SE TOMAN EN CUENTA PARA DECRETAR LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Yo creo que se toman en cuenta, en primer lugar, criterios objetivos. En realidad, como se desprende de los preceptos que le he leído, pues que hay una conducta objetiva, de quien tenía la patria potestad, que es juzgada en los casos de divorcio. En los casos de costumbres depravadas, en los casos de exposición del menor, se toma también y debe ser tomado también un elemento subjetivo importante; que si esos hechos objetivos atentan el bienestar físico, intelectual y emocional del menor, sujeto a la patria potestad porque no se trata de que por vía de sancionar a quien ejerce la patria potestad y tiene una conducta deficitaria, o inconveniente o inadecuada, de pasada se sancione al menor, privándolo de alguien que pudiera ejercer la patria potestad correctamente.

A pesar de estas conductas, creo que igual para recuperar la patria potestad, sería necesario tomar en cuenta: en primer lugar, el bienestar integral del menor, y en segundo lugar, que hubiese desaparecido la conducta o la causa que originó la pérdida de la patria potestad.

Sería igualmente indispensable que en toda sentencia en la que se ordenara una persona a la pérdida de la patria potestad, por una parte, que se apreciaran los hechos concretos (previstos por la ley) , que originan esa pérdida ; y por otra parte, que se relacionaran con el bienestar integral del menor, si esas conductas no afectan al bienestar del menor, pues probablemente no procediera la pérdida de la patria potestad.

No será tanto pues la gravedad de la conducta, sino, será en alguna parte la gravedad de la conducta y la manera como esa conducta afecta al menor en las diversas hipótesis que podemos formar. Hay una en la que quedaría clara una conducta grave, que no afecte el bienestar del menor y que, sin embargo, no obstante la gravedad de esa conducta, debería no ser la causa de la pérdida de la patria potestad. En cambio, pudiera ser una conducta menor grave, pero que afectará más importantemente el bienestar del menor, caso en el cual debería provocar la pérdida de la patria potestad.

Han leído ustedes en la prensa recientemente, y se ve, se estudia en la doctrina y se ve en la realidad social, por ejemplo, la prostitución de la madre pudiera ser en algún caso pudiera ser en algún caso pérdida de la patria potestad, pero no necesariamente, porque una mujer que ejerciera la prostitución, como forma de vida, puede ser magnífica madre y que nada afecte el bienestar de sus hijos, y que al contrario, pudieran verse afectados más aun esos menores por la pérdida de la convivencia con su madre, que por la "actividad profesional" que ella desempeñe: independientemente que dentro de nuestra moral social apareciera como una conducta reprobable.

4. ¿SABE USTED EL POR QUÉ NO SE ENCUENTRA REGULADA EN NUESTRA LEGISLACIÓN LA FORMA O

EL PROCEDIMIENTO PARA RECUPERAR LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Creo que en gran medida, porque nuestros ordenamientos civiles, pues responden a unos criterios del siglo pasado; es decir esto es parte del derecho familiar...Son las partes de los ordenamientos civiles que requieren una revisión más a fondo, porque ustedes lo ven en instituciones como el divorcio, nuestros Códigos de 1884, veían la Constitución. Finalmente, nuestro Código de 1928 la acepta; las reformas recientes a nuestro Código Civil han sido precisamente en esta materia incorporativa causales, en las cuales ante la decisión de los cónyuges de no seguir haciendo vida en común, pues se facilite que esa separación se refleje en un divorcio, como es la causa que existe desde 1983, en el sentido de que la separación de los cónyuges por más de dos años, cualquiera que sea la causa de divorcio; lo que ha venido a ser una norma más moderna que facilite que no se presenten fenómenos de chantaje recíprocos entre marido y mujer, cuando están en una época crítica ya no es el criterio rígido de apariencia en nuestro Código de 1928, que ante tales causas siempre se perdía la patria potestad.

Ahora el Juez determina, en función de las circunstancias concretas de los menores y los padres que se están divorciando. Entonces, nosotros le atribuimos a nuestra legislación todavía provienen de fuentes que no podían tener la modernidad de nuestro pensamiento social y jurídico que tenemos a la fecha, y por otra parte, la pérdida de la patria potestad.

Nuestro Código Civil, tanto en el Distrito Federal, como de otros Estados de la República, señalan cuáles son las causas por las que la patria potestad se pierde, y por aludir a las del Distrito Federal, dice en primer

lugar, cuando el que la ejerce es condenado expresamente a ese derecho o cuando es condenado dos o más veces pro delitos graves. 2) De los casos de divorcio también se encuentra dispuesto pro el artículo 283. 3) La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso. 4) Y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos.

El Código Civil para el Distrito Federal no reglamenta ni regula ni se refiere a la posibilidad de la recuperación de la patria potestad, la doctrina jurídica nos señala que esto es factible, que es legalmente posible tenerlo, en el momento en el que desaparece la causa que haya originado la pérdida de la patria potestad, el día que esas costumbres depravadas las hubiesen corregido y realizarse una conducta ejemplar, pues tendría el derecho a lograr la recuperación de esa patria potestad, pero debería no perderse de vista que el objetivo central del análisis sería el bienestar físico, intelectual y emocional de la persona que esté sujeta a la patria potestad; es decir, que si bien no hay el precepto expreso en el Código Civil, creo que nos pudiera plantear la posible recuperación de la patria potestad, toda vez, que no es necesario el precepto expreso, bastaría que hubiese la razón jurídica, la razón para los efectos de que pudiera conceder por el Juez; pero el Juez tendría que analizar dos factores fundamentalmente, en primer lugar, si la causa que originó la pérdida de la patria potestad ha desaparecido a lo excepcional del caso.

Son ya y después de las Reformas del Código Civil en materia de patria potestad relativas a divorcios, es excepcional el caso de una pérdida

de patria potestad decretada en sentencia; en consecuencia, mucho más excepcional el que se presentara un procedimiento de recuperación.

Creo que una revisión a fondo de nuestro Código Civil en el ámbito del Derecho Familiar tendría, entre otras cosas que recoger disposiciones como la que tiene el Código de Puebla, en el sentido de que la pérdida de la patria potestad implica la pérdida de los derechos, pero no extingue las obligaciones, es decir casos en que procede la recuperación de la patria potestad. En fin, creo que hay muchos fenómenos que harían recomendable una revisión integral del ámbito del Derecho Familiar dentro de Código Civil.

5. ¿CUÁNDO PROCEDERÍA UNA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: En alguna medida, ya había yo dado respuesta. Creo que procedería la recuperación de la patria potestad, en primer, cuando esa recuperación fuese benéfica para el menor, y en segundo lugar, cuando la conducta que originó la pérdida haya desaparecido o se haya mitigado en términos tales que ya no lastime el bienestar integral del menor en estos fenómenos del Derecho Familiar, pues el bienestar de los hijos debe ser bienestar de los menores.... es uno de los objetivos, y obviamente debería ser en el caso de la recuperación de la patria potestad.

6. ¿QUÉ CRITERIOS TOMAN USTEDES EN CUENTA PARA DENEGAR UNA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Bueno, nosotros no somos los órganos jurisdiccionales encargados de aprobar o negar la recuperación de la patria potestad.

Ustedes saben que el Derecho Familiar pertenece el Derecho Civil. El Derecho Civil es competencia del legislador local, y en consecuencia es competencia de los órganos jurisdiccionales locales, quienes conocen de problemas de pérdidas de patria potestad, y eventualmente de recuperación de patria potestad son los jueces en las Entidades Federativas los jueces de lo Familiar, y en las entidades donde no hay esta especialidad de administración, todavía los jueces de lo Civil. Los jueces locales son los encargados de resolver sobre la pérdida y recuperación de la patria potestad.

Sus decisiones son revisables por vía de apelación por las correspondientes salas de los tribunales superiores de justicia, y esas resoluciones serían revisables en amparo directo por los Tribunales Colegiados de Circuito, lo único que van hacer es confirmar la legalidad de la sentencia directa por las autoridades judiciales locales, o bien a conocer el amparo y protección cuando esas resoluciones no hubiesen dictado, sino dictadas conforme a la del inciso en que los fenómenos de recuperación de patria potestad son excepcionales.

Nosotros sinceramente hice una búsqueda no exhaustiva, pero hicimos una búsqueda superficial, y no encontramos precedentes recientes de los Tribunales Colegiados en los cuales estuviese viendo el problema específico de recuperación de patria potestad pero nos permitimos insistir en que es nuestra opinión, que independientemente de que no exista precepto expreso en el Código Civil, y dado que todas estas normas deber interpretarse en función del bienestar del menor y del logro de la integración familiar pues aunque no exista norma podrían a un sujeto privarlo de la patria potestad, si él puede demostrar que la recuperación conviene al desarrollo físico, intelectual y emocional del menor, y además si pudiese

demostrar que la causa que originó la pérdida ha desaparecido o se ha mitigado completamente.

ENTREVISTA REALIZADA CON EL MAGISTRADO EN MATERIA FAMILIAR LIC. BEJARANO SÁNCHEZ MANUEL

1. ¿CUÁL ES SU OPINIÓN SOBRE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: La pérdida de la patria potestad, debe ser analizada sobre la vertiente del derecho sobre el cual va a recaer el derecho de la patria potestad. El derecho de la patria potestad es un derecho de carácter respecto de los hijos, digo, considero que ese tipo de derechos a la gama del derecho tutelar respecto de los menores de edad en general y de los hijos en particular, por esta razón la pérdida de la patria potestad debe ser considerada desde el punto de vista legislativo en primer término, con el señalamiento de conductas, de tal manera graves, que pudieran en un momento determinado impedir que los llamados a ejercer la patria potestad no pudieran hacerlo por el daño que pudieran representar para sus hijos el que estén en una determinada convivencia. Por tal motivo, la ley ha establecido, como ya sabemos, diversas causas de la pérdida d patria potestad. En nuestro Código Civil me parece que en el artículo 444, señala algunas causas que son las que se aplican normalmente a este tipo de conflictos.

- a) Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o en el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que esta constituya una causa suficiente para su pérdida.

- b) Cuando tiene los elementos necesario para poder decretar no solamente la pérdida de la patria potestad, sino situaciones poquito menores en cuanto a la gravedad, suspensión o limitación de la misma, en los casos de la exposición de menores, en los casos de abandono, de los deberes cuando esos pudieran comprometer la seguridad o moralidad de los hijos, ese es el aspecto legislativo.

Sin embargo, pensamos que dicha situación debe de tener una relación muy inmediata, con el fenómeno social, y es posible, que en muchos de los casos, en los que el derecho de patria potestad, perdido, venga a representar más daño a los hijos que beneficio. En

En efecto, en ocasiones, determinados maltratos en cierto momento pudieran ser presentados en el juzgado, en el Tribunal, de una manera exagerada, y pudiera llegarse a decretar una pérdida de patria potestad, y el menor será privado de una relación, con su padre o madre, o con ambos y no tener la oportunidad de una convivencia con ellos, que pudiera traducirse en mala formación de carácter, de personalidad.

Por tal circunstancia, consideramos que la pérdida de la patria potestad debe de verse muy cautamente, desde su petición hasta el momento en que llegue a ser decretada.

2. ¿QUÉ OPINA USTED SOBRE LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Supongo que se refiere a la recuperación en los casos en que haya existido una sentencia de pérdida de la patria potestad. Dicha situación no se encuentra regulada de una manera precisa en nuestro Código Civil, a efecto de que pudiera decirse en estos casos si existe una recuperación de la pérdida de la patria potestad cuando ha sido decretada en su pérdida, pero es muy importante señalar las diferentes causas de la pérdida de la patria potestad.

Por ejemplo, en los casos de divorcio, el artículo 283 que refería esa situación fue reformada y dejó al Juez en esta posibilidad, dijéramos, yo, de poder resolver, sobre la pérdida o suspensión, y limitación del ejercicio potestad, con los elementos de juicio necesarios.

Pero antes de las reformas del artículo 283, del artículo señalaba diversas hipótesis que se daban de las causales invocadas, en el juicio de divorcio, de la suerte que algunas hipótesis que se daban de las causales invocadas, en el juicio de divorcio, de tal suerte que algunas hipótesis el Juez, no deberá decretar la pérdida de la patria potestad, sino la suspensión, porque la patria potestad era recuperable.

En ocasiones, cuando las causales pro ejemplo, tenían, como contenido la corrupción a los hijos y esta conducta sancionada por el artículo 267, como causa de divorcio, pues lógico es que en tales condiciones, no era posible recuperar la patria potestad, en un juicio de divorcio.

Por lo tanto, considero que si bien es cierto que el artículo 283 en la actualidad faculta al juez de lo familiar en los casos de divorcio necesario para determinar sobre la pérdida, limitaciones y suspensión del ejercicio de

la patria potestad de los padres que han contenido en el divorcio y con los elementos de juicio necesario, poder resolver lo relativo a ellos; llamar a los que pueden ser llamados para el ejercicio de patria potestad, o bien designar tutores en su caso cuando los dos pudieran ser objeto de la pérdida de la patria potestad.

Debería ser analizado pro el Juez en esos casos también... en caso de la suspensión o de la limitación del ejercicio de la patria potestad y además señalar en qué casos, podría recuperar la patria potestad; es decir, como el antiguo artículo 283 a este respecto exclusivamente, o sea, en el aspecto recuperación que sucede con el padre que se ha quedado con la patria potestad de sus hijos por motivo de un ejercicio de divorcio y fallece pro ejemplo. Estas hipótesis estaban resueltas en el artículo 283 anterior y entonces podrían tomarse estas condiciones.

Sin embargo, cuando pro ejemplo la pérdida de la patria potestad de acuerdo al artículo, sean motivados pro una exposición que han hecho del hijo, cuando sean motivados por, los malos tratamientos o su abandono de deberes y sea comprometida la salud la moralidad y la seguridad de los hijos, pues en esos casos la pérdida de la patria potestad es irre recuperable atendiendo a una situación de tal manera directa que va a perjudicar la situación de los hijos y que al haber expuesto su vida, su salud y seguridad simplemente en una posibilidad de riesgo en un peligro latente, consideramos que no pudiera ser recuperable, pero pensamos que cada caso concreto deberá ser analizado.

3. ¿SABE USTED QUÉ ELEMENTOS SE TOMAN EN CUENTA PARA DECRETAR LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Pues señalé el artículo 444 en los casos que se pierde la patria potestad según la ley, y en los casos de divorcio que también ya señalé por las conductas depravadas de los padres, pro los malos tratamientos; por el abandono de los deberes que pudieran comprometer a la salud, la moralidad, la vida de los hijos. Pensamos que estos elementos, y que además nuestra Ley exige que en este último caso, existe una relación de causalidad de éstos con el exponer, el poner en peligro la vida, la seguridad y la moralidad de los hijos; éste es una relación de causalidad entre la conducta y la situación.

La Ley en tales condiciones está fijando de una manera precisa las causas y éstas no deben ser alteradas. Pensamos que la Ley sí señala las causas que en un consenso general se entienden de tal manera graves que hacen que la relación paterno-filial no sea posible sustentar bajo las reglas del carácter tuitivo de las normas de la patria potestad, que como dije forman parte de este derecho tutelar de los menores; eso debe ser observado.

4. ¿SABE USTED DEL POR QUÉ NO SE ENCUENTRA REGULADA EN NUESTRA LEGISLACIÓN LA FORMA O EL PROCEDIMEITNO PARA RECUPERARLA?

RESPUESTA: Ya mencionamos que no es que no exista una forma. El derecho de familia en la actualidad ha tomado sus propias cartas de presentación. El derecho de familia, con especialidad judicial en el Distrito Federal, marcando una pauta minuciosa muy importante desde el mes de junio de 1971 a la fecha, estamos pensando en el año más o menos... ha hecho que no solamente la función jurisdiccional se analice, sino también se

especialice el abogado postulante, el maestro en la cátedra, los investigadores de derecho y el público en general se sensibilice, de la existencia de estas normas y de estas instituciones tan bondadosas para la misma convivencia, no solamente entre los ciudadanos, sino dentro de la familia misma. Ya señalábamos que el artículo 283, sí marcaba estas pautas. El artículo 283 del Código Civil ha sido derogado ¿y ha dejado otras condiciones?.

La ausencia de normas, no impide que un Juez al que se le somete una controversia o una petición, aun en tales condiciones pueden darse. Tan es así, que de hecho los padres pueden pasar pro alto una pérdida de patria potestad y atenderse de sus hijos de hecho, y si dicha situación prevalece en el hecho social y ésta es presentada al Juez para que él determine de una manera precisa este hecho, pues no veo el impedimento de que se pueda hacer, porque esto resulta beneficiosos para los hijos.

Vuelto a insistir, forma parte de un derecho tutelar, tuitivo y hasta cautelar respecto de la situación de los hijos, en los que ilógicamente no solamente es el Juez quién puede intervenir, también puede intervenir el Ministerio Público y lógicamente entre ambas instituciones tienen esta finalidad y este objetivo, se persigue esta meta, que espero el momento determinado, si esto formase una laguna, podría ser colmada a futuro por los legisladores que son lo que deben hacer las reformas. Mientras tanto, nosotros como Juzgados lo cubriremos a través de nuestra función integradora del derecho que forma parte de esta hermenéutica jurídica que todos conocemos.

5. ¿CUÁNDO PROCEDERÍA UNA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Me parece que ya he señalado que la pérdida de la patria potestad pudiera ser, hasta cierto punto, una sanción exagerada. En el caso concreto, debe ser siempre analizado, razón por la que, si en un momento determinado, esta pérdida de patria potestad viniese resultando dañosa, para los hijo, y la solicitud pudiera ser, no voluntaria pro los que la ejercen, pues quiere decir que de hecho la han estado ejerciendo.

Ahora, si fuera motivo de una controversia; se tendría que analizar todo el cúmulo de pruebas, pues tanto de una como de al otra parte, para poder llegar a un fallo que busque los aobjetivos (desde protección que estamos mencionando), y en donde la patria potestad puede satisfacer en todos sus campos tan importantes o consecuencias tan importantes de los derechos y deberes que hacen de la misma, la guardia y custodia, la alimentación, la ejemplaridad, la corrección, etc.

ENTREVISTA REALIZADA CON EL LIC. VICTOR M. ROCHA JUEZ DECIMOCUARTO DE LO FAMILIAR

1. ¿CUÁL ES SU OPINIÓN SOBRE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Es una institución jurídica, y más que esto, es una culpabilidad moral muy dolorosa para el ser humano que lo reciente, tanto como a los padres que han sido condenados a tal circunstancia; toda vez que la patria potestad es un derecho emanado de la propia génesis y carácter irrenunciable del ser humano, en sentido amplio, y que a través del tiempo ha sido regulado por el legislador por medio de un conjunto de normas legales. Haciendo la aclaración que la patria potestad es ejercida

pro padres sobre sus hijos hasta la edad de los dieciocho años en nuestra legislación.

2. ¿QUÉ OPINA USTED SOBRE LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Es una medida muy importante, y ante todo una ayuda moral para las personas afectadas por esta institución jurídica, abriendo con esto un canal para que los padres se identifiquen mejor con sus hijos menores. Para que a su vez el progenitor pueda ayudar en un momento de apremio a su vástago a encontrar una solución a cualquier problema que se presente, por muy sencillo que éste sea. A su vez, sus hijos van a sentir un apoyo moral muy fuerte en el padre.

3. ¿SABE USTED QUÉ ELEMENTOS SE TOMAN EN CUENTA PARA DECRETAR LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Son los que se establecen en el artículo 444 del Código Civil, y en términos generales son:

Fracción I: Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.

Fracción II: En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del citado cuerpo de leyes, y que nos habla de que la sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o

limitación, según el caso y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, y además las causales que establece para el Distrito Federal.

Fracción V: La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

Fracción VII: Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.

Fracción XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge al otro o para los hijos.

Fracción XII: Trata de la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, pro alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.

Fracción XIV: Haber cometido uno de los cónyuges un delito dolosos por el cual haya sido condenada, pro sentencia ejecutoriada.

Fracción XV: El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenaza causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

4. ¿SABE USTED DEL PRO QUÉ NO SE ENCUENTRA REGULADA EN NUESTRA LEGISLACIÓN LA FORMA O EL PROCEDIMEITNO PARA RECUPERACIÓN?

RESPUESTA: Porque al legislador no se le ha solicitado la recuperación de dicha pérdida. Cabe hacer mención, que dicho procedimiento deben hacerlo los padres afectados por tal situación jurídica, y para que pudiera efectuarse dicha reposición, primero habría que reformar nuestra Legislación Civil.

5. ¿CUÁNDO PROCEDERÍA UNA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Cuando se reúnen los requisitos exigidos por la Ley, una vez que éste haya sido reformada; haciendo la declaración de que sino se satisfacen dichos pedimentos, no se podrá dar la recuperación de la patria potestad.

6. ¿QUÉ CRITERIOS TOMAN USTEDES EN CUENTA PARA DENEGAR UNA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD?

RESPUESTA: Hay que tomar en cuenta quién es la persona que pide la recuperación de la patria potestad. Esto quiere decir que debemos saber, primeramente, quién de los padres que ha sido afectado jurídicamente con este hecho; la solicitan, y posteriormente analizan exhaustivamente las pruebas aportadas por el solicitante, para determinar si efectivamente se les concede recuperar dicha patria potestad de la cual fue privado, para que en su caso puedan ejercitarla, o bien, se les niegue definitivamente dicho pedimento.

**4.6 NECESIDAD DE REGLAMENTAR EL DERECHO DE VISITA
EN LOS CASOS DE DESINTEGRACIÓN FAMILIAR, EN
RELACIÓN CON MENORES DE EDAD.**

El llamado *derecho de visita* es objeto de estudio en la dogmática jurídica reciente. Si bien, no se restringe sólo a los hijos de divorciados, es en relación con éstos como se presenta con mayor frecuencia y en sus formas más agudas y problemáticas y por eso, parece correcta su inclusión en este apartado.

La expresión *derecho de visita*, no es del todo adecuada por insuficiente, pero ha tomado carta de naturaleza y es como en la actualidad se conoce a esa serie de relaciones jurídicas que la jurisprudencia extranjera –sobre todo francesa- ha ido extendiendo cada vez a hipótesis más diversas, pero relacionadas siempre con el deseo de un progenitor o un pariente cercano de relacionarse con su hijo o pariente menor de edad, con el cual, pro cualquier circunstancia, no convive.

El derecho de visita comenzó su carrera dentro de la jurisprudencia francesa, por una sentencia del 8 de Julio de 1857 que otorgaba a los abuelos maternos el derecho a ver y visitar a su nieto menor de edad en su residencia habitual aun en contra de la voluntad del padre viudo, pues éste, en ejercicio de la patria protestando puede ser “el único y soberano Juez”, ni oponerse a las relaciones de su hijo con sus abuelos, según se sostuvo en esa resolución, considerando que sería un abuso del derecho que deriva de la patria potestad el que el padre no permitiera a los abuelos visitar a su nieto.

Derecho de visita es un término hoy universalmente aceptado (“right of access”, “visit”, en inglés; “derecho de visita” en derecho francés, italiano, alemán, suizo, portugués, etc.) y comprende, desde luego, el derecho a

visitar al menor en su domicilio, escribirle cartas y hacer regalos, llamarle por teléfono y en algunos casos se ha extendido a que el menor *visitado*, pase temporadas más o menos largas con o en casa del *visitante*.

En una familia normalmente constituida (padre y madre unidos en matrimonio y conviviendo) no hay lugar a plantearse siquiera el derecho de visita, pues éste se ejerce por los padres en forma natural con los hijos menores por la convivencia misma, y los demás parientes cercanos, que pudieran llegar a ser titulares del derecho de visita (abuelos, hermanos) lo ejercen normalmente sin conflicto porque conviven también en la familia, (para el caso de hermanos que conviven en el hogar paterno) o lo realizan con el consentimiento de los titulares de la patria potestad (para el caso de los hermanos que ya no viven con los padres, o abuelos y demás parientes).

Los casos de conflicto que pudieran presentarse en este supuesto, deben ser resueltos pro los padres en común acuerdo, y cuando un tercero (abuelos o hermanos mayores) pretendiera ejercitar un supuesto derecho de visita sobre el menor sujeto a la patria potestad de sus padres que conviven, no podría existir ese derecho ante la oposición de ambos padres, pues a ellos, pro naturaleza, les corresponde la formación y educación de sus hijo, antes que a ninguna otra persona.

El derecho e visita en cambio, debe regularse casi siempre en relación con los casos en que la familia se ha desintegrado, o nunca se formó. Se ejerce siempre en relación con el menor de edad, ya que el mayor de edad, según del artículo 674 del Código Civil "dispone libremente de su persona y de sus bienes" y por tanto visita y es visitado pro quien él decida. Podemos pensar, pro lo tanto, que el derecho de visita es una limitación a la

antigua autoridad omnímoda del padre al ejercer la patria potestad, pues siempre se ejerce ese derecho en contra de la voluntad de quien tiene la patria potestad y la custodia del menor. El problema se plantea rara vez en los casos de tutela, pues cuando ésta es legítima. Es ejercida por parientes cercanos porque ya no existen los padres y los abuelos; el titular del derecho de visita sería el propio tutor. Cuando se trata de tutela dativa, es que ya no hay parientes cercanos, y por lo tanto no hay quien pudiera ejercer este derecho de visita.

La tutela testamentaria discernida a favor de un extraño a la familia existiendo parientes cercanos del menor, es el único caso en el que podría haber conflicto, aunque parece claro que el tutor no puede oponerse al ejercicio del derecho de visita, cuando quiere ser ejercido por hermanos del menor bajo su tutela.

Aun cuando las hipótesis son muy variadas y las razones aducidas para justificar el derecho de visita son muy diversas, todas ellas dan lugar a un derecho que puede englobarse en una categoría única, aunque sea diferente el titular que lo ejerce o la situación que lo ha originado.

Podemos agrupar las hipótesis más frecuentes que dan lugar a un derecho de visita en las siguientes:

1. Derecho de visita originado pro una situación de divorcio; en este inciso a su vez deben contemplarse supuestos diversos:
 - a) El derecho de visita durante el proceso de divorcio.
 - b)** El derecho de visita cuando en virtud de la sentencia de divorcio:

- uno de los padres pierde la patria potestad (es culpable) y el otro queda como titular de la misma y encargado de la custodia.
- Los dos pierden la patria potestad y la custodia la tienen un tercero.
- Ambos conservan la patria potestad, y la custodia la tienen uno de ellos por convenio (divorcio voluntario), por la ley (los menores de 7 años quedan a cargo de la madre) o por sentencia.

2. Derecho de visita en el caso de hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos progenitores. Si sólo uno ha reconocido, el otro puede exigir el derecho de visita, ya que es lógico que se considere como requisito necesario para ejercitarlo, el previo reconocimiento en la forma que señala la ley.

- a) Reconocieron en el mismo acto, pero no viven juntos. La patria potestad la ejercen ambos, pero sólo uno tienen la custodia por convenio entre ellos, o por sentencia.
- b) Reconocieron sucesivamente y no viven juntos. La patria potestad la ejercen ambos, pero la custodia la tienen el que reconoció primero, a menos que por convenio entre los padres o por sentencia, tenga la custodia el que reconoció posteriormente.
- c) Los padres vivían juntos y ambos ejercían la patria potestad. Al separarse, ambos siguen ejerciendo la

patria potestad designándose quién tienen la custodia por convenio o por sentencia.

3. Casos de matrimonio putativo y posterior separación de los progenitores.
 - a) La patria potestad la conserva uno sólo por dolo o mala fe del otro progenitor.
 - b) Ambos conservan la patria potestad pues los dos procedieron de buena fe, pero la custodia la ejerce uno sólo pro convenio con el otro o por sentencia.

4. Muerte de uno de los padres. El sobreviviente ejerce la patria potestad y la custodia. En este caso el conflicto puede presentarse al querer ejercer el derecho de visita los abuelos (normalmente los padres del fallecido) o los otros hermanos mayores.

Como puede verse, son muchas y muy variadas las hipótesis que pueden justificar un derecho de visita, pero no en todas ellas encontramos el hecho de una familia desintegrada, ya sea pro divorcio, pro filtración extramatrimonial o concubinaria, por matrimonio putativo o por muerte de algunos de los cónyuges.

Hay también otro elemento común a todos los casos: un menor de edad cuyos parientes cercanos (padres, abuelos o hermanos) quieren visitarlo y que está bajo la patria potestad o al menos bajo la custodia de alguno de sus progenitores que no son los titulares del derecho de visita.

Podemos, con estos elementos, señalar los sujetos del derecho de visita:

- a) El sujeto pasivo (visitado): un menor de edad sujeto a la patria potestad o tutela.
- b) El sujeto activo (visitante): pariente cercano del menor tales como padres, abuelos, hermanos y medios hermanos. No parece que deba extenderse a los parientes de ulteriores grados. Puede darse el caso de que alguno de los progenitores sea titular de la patria potestad, pero no teniendo la custodia del menor, se al otro progenitor el que tenga la custodia y la patria potestad.
- c) El ascendiente que ejerce la patria potestad y tienen a su cargo la custodia del menor, y que siendo un tercero en relación con el derecho de visita, tiene necesariamente el interés en su ejercicio, por la patria potestad que ejerce y por la custodia que debe tener sobre el visitado.

El contenido del derecho de visita puede ser desde el hecho de visitarlo esporádicamente en el domicilio donde habita el visitado, hasta el derecho a llevarlo a vivir consigo durante una temporada, la cual debe ser siempre una duración corta, pues en otra forma estaría compartiendo la custodia con el titular de la misma, lo cual no corresponde al visitante.

La forma en que se ejerce el derecho de visita, es normalmente como consecuencia de una sentencia jurídica; raramente se ejercerá por convenio entre el titular de la custodia y el visitante, y en este caso, el convenio es el que regulará las duraciones, periodicidad, lugar, etc., del derecho de visita. Para los casos de convenio, puede hablarse de una

custodia que es compartida temporalmente pro su titular con otra persona, lo cual no presenta ningún tipo de problema, pues el encargado de la custodia del menor no tienen por qué ejercerla personalmente: puede encargarla a quien crea conveniente (cfr. Arts. 1919 a 1922 del Código Civil).

En el derecho de visita, estamos, por tanto, en presencia de intereses encontrados; el pariente cercano que quiere visitar, y el titular de la custodia, que se opone, o al meno quiere que se reglamente con claridad el ejercicio del derecho.

Hay que reconoce que existen razones poderosas para que se reconozca el derecho de visita: el afecto natural entre visitante y visitado; la relación de filiación que no puede extinguirse aunque se haya perdido la patria potestad o conservado ésta, no se tenga la custodia; el interés en mantener contacto con el hijo o el nieto, etc. Pero también existen razones tan poderosas o más para restringirlo o suprimirlo pro parte del titular de la custodia; el trastorno evidente que puede causarse al menor al enfrentarlo al hecho de la separación de sus padres; los diversos enfoques que cada uno de estos va a dar a la educación del menor y a los problemas conyugales; el ambiente de fiesta y vacación en que se va a encontrar el menor cuando esté con el visitante y la exigencia de cumplir con sus deberes cuando esté con el titular de la custodia; los malos ejemplos que se puedan producir cuando el visitante lleve una vida disoluta, etc.

Las sentencias de los tribunales, de ordinario, han dado mayor peso a las razones de los visitantes, y así, el derecho de visita se ha ido ampliando, desde la mera visita en el domicilio del menor, a la autorización a tenerlo consigo durante períodos cada vez más prolongados,

normalmente durante las vacaciones escolares. Es sintomático que en muy pocas ocasiones, se ha tenido en cuenta el deseo de ser visitado y nunca se le cita a juicio para oírlo aunque tenga uso de razón.

Nuestro Código Civil es omiso en materia del derecho de visita, y solo en relación con los casos de divorcio, hace alusión a algunas situaciones, de las que se puede derivar el mismo. En el caso de divorcio voluntario, el artículo 273, Fracción VII establece la obligación de los divorciantes de presentar un convenio en que se designe la "persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio". Es común que en ese convenio se regule un derecho de visita a favor del cónyuge que no tendrá la custodia de los hijos. Nunca se consulta a éstos, cualquiera que se la edad que tengan, para regular la forma y términos en que se ejercerá ese derecho.

En los casos de divorcio con causa, la ley admite también el posible convenio de los cónyuges para designar la persona que ejercerá la custodia durante el procedimiento y en caso de no existir ese convenio, el juez "resolverá lo conducente" (artículo 282, Fracción VI). El artículo 283 otorga al juez "las más amplias facultades APRA 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..." No es aventurado decir que entre estas facultades está la de regular el derecho de visita.

Podemos, en consecuencia, decir que en nuestra legislación, cuando no hay convenio entre los padres, queda a criterio del juez el reglamentar el derecho de visita. Pero nada se dice, para el caso de que

quiera modificarse con posterioridad el convenio o la sentencia de divorcio, a petición del progenitor que no tiene la custodia, y no nos parece que los textos legislativos aducidos puedan ser fundamento para otorgar al juez una facultad discrecional que ya no se estaría ejerciendo con motivo del divorcio, sino provocada pro circunstancias supervenientes.

El que ejerce la custodia puede oponerse legítimamente a la creación de un derecho de visita contra alguien que no ejerza la patria potestad, como serían los abuelos o hermanos, pues en la ley mexicana, no hay disposición que limite la patria potestad, y en principio, quien la ejerce, tienen la responsabilidad plena de la custodia.

Otra cosa sería cuando el que pretende visitar tiene la patria potestad pero no la custodia o siendo padre o madre, ha perdido la patria potestad, pues entonces hay que tener en cuenta el peculiar lazo de filiación que no puede desaparecer, ni ser olvidado pro el derecho. En estos casos, sólo una mala conducta del progenitor que implique un claro perjuicio para el menor, podría ser causa para impedir la visita a la cual podría oponerse quien tiene la custodia.

Es de considerarse que quien perdió la patria potestad por delitos cometidos contra los hijos, por mala conducta o alguna otra de las causas que conforme al artículo 444 pueden provocar esa pena, pierde, con la patria potestad, todo derecho a visitar a sus hijos, pues si ha considerado que es un mal, o un peligro para sus hijos, no puede permitirse que les siga causando perjuicios a través de un derecho de visita.

Por otra parte, el artículo 421, parece dar un fundamento sólido a la oposición del titular de la custodia, que casi siempre es quien ejerce la patria potestad, pues según esa disposición "mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente", y éste, como lo exige el principio de legalidad, debe fundarse en disposiciones legales.

Para el correcto ejercicio del derecho de visita, es necesario tener en cuenta la extensión con que pretende ejercerse: parece que en efecto se puede considerar como un abuso de la patria potestad el negarse a que el menor sea visitado en el domicilio de quien ejerce la custodia pro sus parientes cercanos (abuelo o hermanos), cuando esas visitas son espaciadas, y no perturban la educación o la vida normal del visitado; pero existen poderosas razones para que el titular de la custodia se oponga a que el menor pase largas temporadas con el visitante y más cuando esa temporada trastorna la educación o la formación del menor.

Será la persona que tiene la custodia la que deberá ser oída en primer término, y normalmente atendida en los juicios en que se ventilen problemas relativos al derecho de visita, pues por alguna causa legítima es quien tiene la responsabilidad de la custodia, la cual no puede concretarse al cuidado material, sino sobre todo debe ejercerse sobre toda la persona del menor y por tanto abarcar la educación y el seleccionar los ambientes en que debe formarse y desarrollarse.

Además, a partir del uso de razón, es lógico oír al menor que pretende ser visitado y no conceder un derecho de visita contra su voluntad, cualquiera que sean las razones que aduzca. Será el menor visitado, pro tanto, que podrá otorgar el derecho de visita al progenitor o pariente que

quiera visitarlo, reservándose al juez la posibilidad de contradecirlo para los casos en que la visita pueda ser un mal para el menor, o éste, pro influencias ajenas, no esté manifestando libremente una voluntad propia.

Será el juez, en última instancia, el que deberá decidir sobre la frecuencia y extensión del derecho de visita, así como sobre su reducción a supresión cuando esté perjudicando al menor. Así mismo será el juez el que pueda autorizar las modificaciones que los padres quieran hacer a convenios anteriores, cuando éstos no hayan llegado a un acuerdo. Esto último no tiene en la actualidad un fundamento en la ley, pero está conforme con las soluciones que el legislador ha dado a situaciones similares.

NOTA: En el cuarto y último capítulo utilizamos el método inductivo por la presentación de casos particulares para llegar a conclusiones generales, presentaciones también de resoluciones jurisdiccionales y jurisprudenciales, también utilizamos la técnica de investigación de campo, realizamos entrevistas con, Ministros, Magistrados y Jueces de lo Familiar.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La patria potestad considera como un conjunto de derechos que la ley otorga a los padres y demás ascendientes sobre los hijos no emancipados, para el cumplimiento de los deberes de crianza y educación a que están obligados.

SEGUNDA.- La patria potestad concede autoridad a los padres para el cumplimiento de sus obligaciones respecto de los hijos.

Desde el punto de vista natural (la procreación) no puede negarse en el orden jurídico, toando en cuenta el sentimiento de efecto y el interés de los progenitores, para desempeñar ese cargo, patria potestad, de la manera más eficaz.

TERCERA.- La patria potestad descansa en la paternidad y la maternidad, por lo tanto tiene lugar no solo los hijos nacidos de matrimonio también hacia los descendientes habidos fuera del matrimonio.

Es un cargo de derecho familiar, que debe desempeñarse en protección de los hijos y en interés público.

CUARTA.- El contenido social de la patria potestad se destaca desde el punto de vista de los poderes, conferidos al padre y a la madre y que constituyen, una potestad de interés público; en cuanto a que se realice esa misión en interés del hijo se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

QUINTA.- Su ejercicio no puede ser renunciado por voluntad privada y la obligación de desempeñar tal cargo no desaparece por

prescripción, excepcionalmente la patria potestad puede ser transmitida en el caso de adopción.

SEXTA.- En este trabajo también se incluye, las formas de perderse y suspenderse así como también los casos que se extingue la patria potestad.

SÉPTIMA.- La patria potestad se ejerce a la vez sobre la persona de los bienes del hijo. Por lo que se refiere a la persona, la patria potestad impone a quienes la ejercen, la obligación de suministrar alimentos a los hijos y educarlos convenientemente; por ellos el derecho confiere a los que ejercen la patria potestad el derecho de corregir mesuradamente a sus hijos.

OCTAVA.- La patria potestad ha ocupado la atención de los estudiosos del Derecho Familiar en menor medida de lo que su importancia exige; si bien es cierto que algunos han dado aportaciones para una mejor regulación de ésta también es cierto que pocos se han ocupado de tratar el tema de la recuperación de la patria potestad.

NOVENA.- El problema que debe solucionarse, para dar paso a la recuperación de la patria potestad es el de deshacerse de perjuicios e ideas obsoletas respecto a la situación que entraña el divorcio necesario; ya que realizando el trabajo, resalta el problema de este tipo de divorcio se "denega" el cónyuge culpable por su conducta, traducida en la pérdida de la patria potestad; y por otro lado "enaltece" al cónyuge inocente otorgándole todos los beneficios habidos y por haber, que encierra su victoria traduciéndose en la obtención del ejercicio de la patria potestad.

DECIMA.-El juzgador se olvida en la mayoría de los casos que no debe buscar vencedor y perdedores en los casos de divorcio necesario, sino que tiene que buscar el beneficio de los menores para que en verdad cumpla con su cometido de impartir justicia; ya que en ocasiones se deja llevar por situaciones moralistas y de sentido común para dictar su sentencia.

Por qué no otorgar a los tribunales un poder discrecional para decretar todo lo relativo a la pérdida de la patria potestad, y por qué no las situaciones en que no procedería y hasta un procedimiento para recuperarla.

Ya que existe forma para perderla, pero también es cierto que no aparece en nuestra legislación la prohibición para jamás reponer ésta.

DECIMO PRIMERA.- Porque como se observa en el punto de los criterios para reponerla, hay momentos en que se priva a los menores de uno de sus padres, y el que queda bajo su cuidado llega a parecer y si no tiene familiar cercano se quedará con un desconocido que la misma ley le impone, quedando el verdadero padre que sobrevive al margen sin poder reclamar su derecho.

DECIMO SEGUNDA.- Con lo anterior se observa un estado de indefensión para el cónyuge culpable en el juicio de divorcio necesario.

Pueden llevarse mal los cónyuges con relación a la vida marital pero pueden ser unos buenos padres con sus hijos, entonces por qué privar a los hijos de una buena relación filial; por qué "utilizar" a los hijos, ajenos a las causas que dan origen al divorcio para privarlos del derecho que tienen a ser asistidos, protegidos, educados, etc.

DECIMO TERCERA.-Superando algunas ideas y perjuicios de las causas que dan origen al divorcio se podría llegar a, hablar de la recuperación de la patria potestad, en el cuerpo del trabajo proponemos algunas adiciones a nuestro código sustantivo para la recuperación de la patria potestad.

DECIMO CUARTA.-Es necesario señalar que todo aquel acto que comprometa la salud y seguridad entre otros, de los hijos; en ningún momento se debe de otorgar la recuperación de la patria potestad, pero fuera de éstos, por qué no regularla par beneficio de los menores.

DECIMO QUINTA.-En en desarrollo del presente estudio se pudo detectar que la regulación jurídica de la patria potestad es acertada, pero en donde es necesario hacer algunas reformas es en lo referente al divorcio necesario, ya que repercute de manera directa en el ejercicio de la patria potestad; impidiendo hablar de la posibilidad de poder recuperarla y por ende proyectar una mayor justicia para el menor y los cónyuges, en este orden.

DECIMO SEXTA.- En los ámbitos sociales, ético y natural ya mencionados, se desprende que el orden jurídico exige que la autoridad paterna y materna se encuentra sólidamente establecida dentro del grupo familiar y explica a la vez que en el derecho privado, traducido en la patria potestad, el interés de los hijos y el de los padres, el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad así como el del Estado se reúnen en la institución de la patria potestad, para lograr la armonía en los hogares y no marginar a los padres de sus hijos y a la vez que no existan tantos niños acomplejados por tener hogares destruidos.

DECIMO SEPTIEMA.- Con todo lo que contiene el presente análisis de la patria potestad se trata que los señores jueces mediten un poco al tomar decisiones demasiado importantes al momento de dictar sentencia, en este problema se llega a reflejar cuando los niños crecen sin el apoyo de sus progenitores.

DECIMO OCTAVA.- Con las opiniones recogidas con los legisladores, como personal encargado de la administración e impartición de justicia, son del criterio que al igual que nosotros de que se recupere la patria potestad en los casos determinados y que sino existe legislación en este momento al respecto es porque la comunidad o la colectividad no lo ha pedido, hace falta una mano y un criterio piadoso por parte de algún o algunos legisladores o del Ejecutivo Federal, para que presenten iniciativa a fin de reglamentar la recuperación de la patria potestad, tanto en casos de suspensión como en casos de pérdida de la misma en beneficio de los menores.

DECIMO NOVENA.- También establecemos la necesidad de regular el derecho de visita, en los casos en que la familia se ha desintegrado o en los casos de divorcio necesario, siempre viendo la protección y el bienestar de los menores hijos.

PROPUESTAS

De lo anteriormente expuesto:

La sustentante propone que se adicione en el título octavo de la patria potestad, capítulo III, con un artículo 448 Bis. Referente a la recuperación de la patria potestad, así como el derecho de visita ya que nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal es omiso al respecto y es por esto que presentamos una adición a nuestro Código sustantivo que sería el artículo 449 y 449 Bis y que a continuación se describe.

Artículo 448 Bis.- Recuperación de la patria potestad siempre que se encuentre en la hipótesis siguientes:

I.- Haber transcurrido un año desde la sentencia en que se ordenó la pérdida de la patria potestad, para pedir la restitución de ésta mediante revisión del caso.

II.- Siempre que la pérdida de la patria potestad no haya sido por delitos del orden penal.

III.- O por conductas que hubieran afectado directamente al hijo, en ese caso la restitución no podrá ser demandada, sino por la madre, después de la disolución del vínculo matrimonial.

IV.- Si el cónyuge inocente admite que la guarda sea otorgada al culpable ello importará la contestación en principio, de que éste no solo es el más idóneo para ejercer ese derecho sino también que las causas que dieron origen al divorcio son extrañas a esa actitud.

V.- Cuando la recuperación fuera benéfica para el menor.

VI.- Cuando la conducta que originó la pérdida haya desaparecido, o se haya mitigado en términos tales que ya no lastime el bienestar integral del menor.

PROPUESTAS PARA ADICIONAR A NUESTRO CÓDIGO CIVIL VIGINTE EN MATERIA DE VISITAS.

Artículo 449.- El derecho de visita se puede dar, aunque sea diferente el titular que lo ejerce, para ver al menor en las siguientes hipótesis:

Fracción I.- El derecho de visita durante el proceso de divorcio.

Fracción II.- El derecho de visita cuando en virtud de la sentencia de divorcio, uno de ellos (padres culpables) pierden la patria potestad y el otro queda como titular de la misma y encargado de la custodia.

Fracción III.- Cuando ambos consortes pierden la patria potestad y la custodia la tiene un tercero.

Fracción IV.- Cuando ambos conservan la patria potestad, y la custodia la tiene uno de ellos por convenio (divorcio voluntario judicial), o por sentencia.

ARTÍCULO 449 Bis.-El derecho de visita en el caso de hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos progenitores, en las siguientes hipótesis.

Fracción I.-Reconocieran en el mismo acto, pero no viven juntos. La patria potestad la ejercen ambos, pero solo uno tiene la custodia por convenio entre ellos, o por sentencia judicial.

Fracción II.- Los padres vivían juntos y ambos ejercían la patria potestad. Al separarse, ambos siguen ejerciendo la patria potestad designándose quien tendrá la custodia por convenio o por sentencia judicial.

En los casos de matrimonio putativo y posterior separación de los progenitores:

I.- La patria potestad la conserva uno sólo, por dolo o mala fe del otro progenitor.

II.- Si ambos conservan la patria potestad pues los dos procedieron de buena fe pero la custodia la ejerce uno sólo por convenio con el otro o por sentencia judicial.

III.- Muerto uno de los padres, el sobreviviente ejercerá la patria potestad o la custodia.

IV.- Puede presentarse el conflicto de querer ejercer el derecho de visita de los abuelos o los hermanos, éstos tendrán dichos derechos.

V.- Cuando uno de los padres pierde la patria potestad es culpable y el otro queda como titular de la misma y encargado de la custodia.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Alvarez Suárez, Ursicino. "Curso de Derecho Romano". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1995.

Arias, José. "Derecho de Familia". Editorial Guillermo Kraft. Buenos Aires, Argentina. 1986.

Barbero, Domenico. "Sistema de Derecho Privado II". Derechos de la Personalidad. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina, 1990.

Barquero Rojas, Edgar; Buen Rostro Báez, Rosalía. "Derecho de Familia y Suseciones". Editorial Harla. Facultad de Derecho. U.N.A.M México. 1990.

Beneyto Pérez, Juan. "Fuentes del Derecho Histórico Español". Librería Bosch. Barcelona, España. 1981.

Bialostosky, Sara. "Panorama de Derecho Romano". Textos Universitarios. México, U.N.A.M 1990.

Borja Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". Editorial Porrúa, S.A. México. 1998.

Bravo González, Agustín; Bravo Valdés, Beatriz. "Primer Curso de Derecho Romano". Editorial Porrúa, S.A. México. 1990.

Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia" 4ª. Edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1990.

Muñoz, Luis y Castro Zavaleta. "Comentarios al Código Civil". Salvador. Tomo I. Cárdenas Editor. México, 1984.

Ovalle Fabela, José. "Derecho Procesal Civil". Editorial Harla S.A. de C.V. México, 1993.

Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México". Editorial Porrúa S.A. México 1984.

Pacheco E. Alberto. "La Familia en el Derecho Civil Mexicano". Editorial Panorama. México, 1998.

Petit, Eugené. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editorial Nacional. México, 1981.

Planiol, Marcel y Ripert. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tomo I La Familia. Editorial Cultura S.A. La Habana, 1960.

Pérez y López, Antonio Xavier. "Teatro de la Legislación Universal de España e Indias". Imprenta de Don Antonio Espinosa. Madrid, España, 1890.

Ripert, Georges y Boulanger, Jean. "Tratado de Derecho Civil según El Tratado de Planiol". Tomo II, Volumen II de la Personas. Editorial la Ley. Buenos Aires, Argentina, 1975.

Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo I. Introducción. Personas Familia. Editorial Porrúa S.A. México, 1985.

Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Derecho de la Familia. Editorial Porrúa. S.A. México, 1980.

Sánchez Medal, Ramón. "Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia". Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.

Ventura Silva, Sabino. "Derecho Romano". Editorial Porrúa S.A. México, 1998.

BIBLIOGRAFIA.

Legislación Consultada.

- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.
- Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.
- Código Civil Mexicano para el Distrito Federal. Editorial Sista, 2002.
- Código Civil para el Estado de Nuevo León Editorial Porrúa S.A. México, 1998.

Castan Vázquez, José Ma." La Patria Potestad". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España.1996.

Chávez Ascencio, Manuel F. "La familia en el Derecho". Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.

Chávez Ascencio, Manuel F."La Familia en el Derecho". Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa, S.A. México. 1997.

D' Antonio, Daniel Hugo. "Patria Potestad" Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1999.

De Ibarrola, Antonio. "Derecho de familia" 2ª. Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1995.

De Pina, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Volumen II. Bienes sucesiones. Editorial Porrúa S.A. México1966.

Enneccerus, Kipp y Wolf. "Tratado de Derecho Civil". Traducción Española, Barcelona España. 1946.

Fernández Clerigo, Luis. "Derecho de Familia en la Legislación Comparada" Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana. México 1944.

Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Primer Curso Parte General Personas, Familia. Editorial Porrúa S.A. México 2002.

Gómez González, Fernando."Nociones de Derecho Positivo Mexicano". Editorial Porrúa S.A. México 1997.

González, Juan Antonio. "Elementos de Derecho Civil". Editorial Trillas S.A. de C.V. México, 1995.

Guitrón Fuentevilla, Julián. "¿Qué es el Derecho de Familia?". Editorial Promociones Jurídicas y Culturales S.C. México, 1997.

Gutiérrez y González Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". Editorial Cajica, Puebla. México, 1998.

Gutiérrez y González Ernesto. "El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad". Editorial Cajica, Puebla. México, 1980.

Lehmann, Heinrich. "Derecho de la Familia". Volumen IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1955.

López Austin, Alfredo. "La constitución Real de México Tenochtitlán" U.N.A.M. Instituto de Historia. México, 1991.

Margadant S., Guillermo F. "Derecho Romano". Editorial Esfinge México, 1992.

Mendieta y Núñez, Lucio. "El Derecho Precolonial". Editorial Porrúa S.A. México 1989.

Messineo, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo III Derecho de la Personalidad. Derecho de la Familia. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires Argentina, 1989.

- Código Civil para el Estado de Michoacán, Editorial Porrúa S.A. México, 1999.
- Código Civil para es Estado de Puebla, México, editorial Sista 1998.
- Código Civil para el Estado de Nuevo León, Editorial Sista, 2000.

Otros Textos Consultados.

- Diccionario Enciclopédico Salvat. Tomo XVII. Salvat Editores. S.A., Impreso en España, Barcelona 1976.
- Diccionario Latín-Español. Editorial Ramón Sopena S.A. Barcelona España. 1981.
- Diccionario de Sinónimos y Antónimos. Editorial Concepto S.A. México 1987.
- Historia de Roma. Colección Enlace. Editorial Juan Grijalbo México 1989.
- La Roma Imperial. Las Grandes Epocas de la Humanidad. Editorial Time-Life. Estados Unidos de Norte América 1981.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Identificación Tomo XXI, Bibliografía OMEBA, S.A. Buenos Aires, Argentina.