



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLAN

LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD COMO SANCION
A LA PRIVACION DE LA CUSTODIA, EN EL CODIGO CIVIL
DEL DISTRITO FEDERAL.

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LORENA MARGARITA HERNANDEZ RODRIGUEZ

ASESOR: LIC. MARIA MAGDALENA HERNANDEZ VALENCIA



MAYO 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

"Sean gratos los dichos de mi boca y la meditación de mi corazón delante de Ti, Oh Jehová, roca mía y Redentor mío", gracias doy al Padre por la bendición de la vida y la salud, al Espíritu Santo por sus cuidados y protección y a Jesucristo por la Salvación que gozo.

Gracias infinitas a la Señora Gloria Rodríguez Rojas; por ser el instrumento precioso a través del cual Dios me dio la vida, por su amor, sus cuidados, por la confianza que siempre me brindó siendo además de mi madre, mi amiga; gracias porque supliste enteramente la necesidad de amor paterno de mi corazón, gracias porque tengo la certeza de que siempre estás a mi lado, sin tu ayuda jamás habría llegado hasta aquí, orgullosamente puedo decir que lo que soy te lo debo a ti, gracias mamá.

Mi gratitud eterna a la señora María Rojas Espejel viuda de Rodríguez, por tu ternura, cuidados, por tus desvelos, por tu amor, porque estabas conmigo en tanto que mi madre trabajaba, gracias por tus consejos, gracias abuelita porque forjaste mi carácter y me enseñaste que hay un Dios que me ama, te quiero decir que este sencillo trabajo es el resultado de toda tu labor, sólo con mi cariño puedo pagarte, gracias abue.

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

NOMBRE: Lorena Margarita Hernández Rodríguez.

FECHA: 21 de mayo de 2007.

FIRMA: Lorena Hernández Rojas.

Dedico este humilde estudio a mi amado esposo José Alejandro Santiago Cházaro, quien con su apoyo, consejos y sana crítica ha logrado que se concluya, gracias por tu tiempo, tu cariño y gracias por compartir tu vida conmigo y permitirme intentar ser tu ayuda idónea.

A mi más grande amor y mi razón de ser, mi motivo para ser mejor cada día; Jessica Santiago Hernández; mi hijita, este trabajo se hizo pensando en ti, y en muchos pequeñitos como tú a quienes también dedico este estudio, es quizá un pequeño esfuerzo por hacer de este mundo un lugar mejor para ustedes, gracias por haber llegado a mi vida.

Gracias a la Licenciada María Magdalena Hernández Valencia, quien me dirigió en la elaboración de este trabajo, sólo tengo mi gratitud y cariño para pagarle, por su interés, paciencia, tiempo, consejos, experiencias compartidas, por el aliento que infundió en mi para lograr la conclusión del mismo, que Dios bendiga su labor; gracias profesora.

Gracias a mi alma mater, la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, por el tiempo que pasé en sus aulas, por cada uno de los licenciados, maestros y doctores en derecho, que me enseñaron grandes cosas y deseo guardarlas con una sola misión; devolverle parte de lo que me dio, ayudando a mi gente y siendo una profesionista honesta con la ayuda de Dios, gracias a mis compañeros y amigos de clases por el tiempo compartido.

TEMARIO

CAP. I.- LA PATRIA POTESTAD.

1.1.- Concepto.

1.2.- Naturaleza jurídica de la patria potestad.

1.3.- Características de la patria potestad.

1.3.1.- Irrenunciabilidad.

1.3.2.- Imprescriptibilidad.

1.3.3.- Intransmisibilidad.

1.4.- Sujetos de la patria potestad.

1.4.1.- Titulares de la patria potestad.

1.4.2.- Menores sobre los cuales se ejerce.

1.4.3.- Ministerio Público, elemento protector de la patria potestad.

CAP. II.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD.

2.1.- En el Derecho Romano.

2.1.1.- La Monarquía.

2.1.2.- La República.

2.1.3.- El Imperio.

2.1.4.- El Principado.

2.1.5.- Autocracia.

2.2.- Antecedentes previos a la codificación en México.

2.2.1.- México Prehispánico (hasta 1492).

2.2.2.- México Colonial (1492-1810).

2.2.3.- México Independiente (1810-1864).

2.3.- Antecedentes legislativos en Derecho Civil Mexicano.

2.3.1.- Código Civil de 1870.

2.3.2.- Código Civil de 1884.

2.3.3.- Ley Sobre Relaciones Familiares.

2.3.4.- Código Civil de 1928.

CAP. III.- LA REGULACION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

3.1.- Efectos jurídicos respecto de la persona de los hijos.

3.2.- Efectos jurídicos respecto de los bienes de los hijos.

3.3.- Adopción plena.

3.3.1.- Características.

3.3.2.- Efectos jurídicos.

3.4.- Formas de acabar la patria potestad.

3.4.1.- Por la muerte del que la ejerce.

- 3.4.2.- *Por la emancipación derivada del matrimonio.*
- 3.4.3.- *Por la mayor edad del hijo.*
- 3.5. *Pérdida de la patria potestad por resolución.*
 - 3.5.1.- *En juicio especial en que se dicte la resolución.*
 - 3.5.2.- *En casos de divorcio.*
 - 3.5.3.- *Por costumbres depravadas, malos tratos o abandono del que la ejerce.*
 - 3.5.4.- *Por abandono o exposición de los hijos.*
 - 3.5.5.- *El que la ejerce es condenado por delito grave.*

CAP. IV.- LA NECESIDAD DE QUE SEA PRIVADO DE LA PATRIA POTESTAD AL ASCENDIENTE QUE VIOLE LA RESOLUCION DE CUSTODIA RESPECTO DE LOS MENORES.

- 4.1.- *Planteamiento del problema.*
- 4.2.- *Recursos jurídicos de la víctima.*
 - 4.2.1.- *Juicio Ordinario Civil.*
 - 4.2.1.1.- *Ejercicio indebido de un derecho.*
 - 4.2.1.2.- *Violencia familiar.*
 - 4.2.2.- *Controversia del orden familiar.*
 - 4.2.2.1.- *Supervisión de las visitas por trabajo social.*
 - 4.3.- *Falta de eficacia del orden jurídico vigente.*
 - 4.4.- *Pérdida de la patria potestad por violación a la custodia como causal VII del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.*
 - 4.4.1.- *Efectos jurídicos.*
 - 4.4.1.1.- *Cumplimiento de las obligaciones pecuniarias.*
 - 4.4.1.2.- *Denuncia por privación ilegal de la libertad.*

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

OBJETIVO

Analizar el conjunto de disposiciones jurídicas relativas a la figura de la custodia como parte integrante de la patria potestad, a la luz de la legislación vigente en el Distrito Federal, para demostrar que existen casos y situaciones en que la ley no protege debidamente a esta institución jurídica y consecuentemente, proponer modificaciones en el Código Civil para el Distrito Federal para garantizar su debido ejercicio.

JUSTIFICACION DEL TEMA

A través del desarrollo del presente trabajo se expone la necesidad de sancionar una situación de hecho, como es el que alguno de los cónyuges que concluido un procedimiento judicial de divorcio y dictada una resolución benéfica para alguna de las partes, en relación a la custodia de los menores habidos en matrimonio y el que se encuentra sin la convivencia diaria de sus hijos por una orden judicial, decide apoderarse de ellos aún cuando sabe que el derecho no le asiste para hacerlo.

Cada vez es más común encontrar en la práctica del litigio casos como éste, y pese a que tenemos algunas alternativas jurídicas para resolverlo, todas ellas resultan ser desgastantes y poco eficaces. Mi propuesta es que se contemple como sanción al incumplimiento de la resolución de la custodia como una causal más de pérdida de la patria potestad y proceder así incluso penalmente, para asegurar a los menores el cuidado de quien tenga derecho a ello.

La importancia de esta reforma radica en que la sanción que se propone, es decir, la pérdida de la patria potestad tiene consecuencias trascendentales, así como para la familia de la que se trate, como para el resto de la sociedad, en virtud de que los padres y madres de familia que estuvieran en esos casos, razonarían detenidamente su actuación antes de provocar más perjuicios de los existentes.

Es importante hacer notar que la institución de la patria potestad, lejos de ser un derecho que crea la ley, sólo reconoce el que la naturaleza otorga y es entonces que el Estado a través de los instrumentos necesarios vigila su correcto desempeño, y si el que lo ejerce, muy al contrario, atenta contra éste, perjudicando a terceros, el Estado está obligado a sancionar dichas conductas para mantener el orden jurídico y social.

INTRODUCCION

Ante la crisis de valores que actualmente padece nuestra sociedad, es de vital importancia comprender en ella a la familia y que esta es y será el primero y único entorno adecuado para la formación de ciudadanos íntegros con una correcta educación, cultura, y sobre todo el lugar en el que el individuo observará y asimilará todos aquellos valores importantes para la mejor convivencia social, con el único fin de lograr el buen funcionamiento de la célula social llamada; familia.

En virtud de la casi nula enseñanza de los ya mencionados valores en el núcleo familiar; es ya muy común en nuestra sociedad la incidencia de divorcio y separaciones de los que viven en unión libre, lo que ha originado la decadencia de la familia y necesariamente que esta realidad rebase los alcances del orden jurídico vigente.

El divorcio es uno de los mayores problemas a resolver ya que sus efectos no solo afectan a la pareja sino a los menores que se han procreado en el matrimonio, y en general estas disoluciones originan más problemas que soluciones, uno de los cuales es materia del presente trabajo.

El Código Civil para el Distrito Federal, vigente desde el primero de octubre de mil novecientos treinta y dos, establece el régimen jurídico del derecho familiar, pero es evidente que la problemática que actualmente manifiesta la familia en México es completamente diversa a la de hace más de seis décadas y bien cierto es que nuestros legisladores han realizado innumerables reformas a la legislación civil, sin embargo es objeto del presente estudio manifestar el hecho de que tales reformas están incompletas o son insuficientes para regular todas las situaciones que pueden presentarse en la vida familiar, como es el caso de aquel padre o madre de familia que se ve desposeído de sus menores hijos, aún cuando ya ha obtenido su custodia por una resolución judicial y ante su desesperación e impotencia no encuentra sanción para el cónyuge al que le ha violentado su derecho, ni mucho menos coacción alguna para que éste último le devuelva a sus hijos. Es importante mencionar que en la legislación actual no se encuentran contempladas soluciones eficaces y ejemplares a este problema, ya tan común y grave en el derecho familiar.

De igual manera en el desarrollo de este trabajo se expondrá la importancia de todas y cada una de las características, funciones jurídicas y sociales de la patria potestad, institución y figura jurídica de nuestro derecho de familia al final de un procedimiento de divorcio o controversia del orden familiar, situación preocupante para el Estado, sociedad y familia de que se trate, los términos y condiciones en que sea fijada la extinción o ejercicio de la patria potestad.

I.- LA PATRIA POTESTAD.

1.1.- CONCEPTO.

La familia se encuentra presente en la vida social y es por ende, la más antigua de las instituciones humanas, es el elemento clave para la comprensión y unidad de la sociedad. A través de la familia la comunidad prepara a sus miembros para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde, y es el medio idóneo para la transmisión de los valores y tradiciones de una generación a otra. Desde pequeño, al ser humano en el seno familiar, se le infunde una escala de valores determinados, normas de conducta, y sólo en algunos casos creencias religiosas. De esta manera es como se socializa al nuevo ser y puede ser apto para la vida en sociedad a la que pertenece.

De las instituciones que constituyen el derecho de familia, la patria potestad tiene una relevante importancia debido a la responsabilidad que genera la procreación, misma que es determinante en las primeras etapas de la vida del ser humano, etapas en las que debería estar rodeado de amor y cuidados, muy al contrario de la oscura realidad del menor en la actualidad.

El origen de los hijos y sus relaciones respecto a los padres es un hecho natural que interesa a la comunidad y al Estado y es entonces cuando observamos un doble carácter, el punto de vista natural y el punto de vista jurídico.

El término patria potestad viene del latín “patrius”, lo relativo al padre, y “potestas”, potestad. Hoy se ve más que un poder, una protección que por otra parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los esposos y aún a la madre sola en defecto del padre”.¹

La asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres, determinan la adscripción de aquellos al núcleo familiar e implica reconocer relaciones jurídicas fundadas en la

¹ Castán Vázquez José Ma. La Patria Potestad. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1960 Pág. 117.

autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines que obedece; primordialmente la formación integral de los hijos.

En el Código Civil para el Distrito Federal la patria potestad no se encuentra debidamente definida, sino que se habla de ella en relación a sus efectos.

El doctor Galindo Garfias señala que “la patria potestad comprende un conjunto de poderes deberes impuestos a los ascendientes; que estos se 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 que su estado de minoría de edad lo requiere”².

Sobre la patria potestad la jurisprudencia de la Corte ha sostenido:

“PATRIA POTESTAD. *La paternidad y la filiación están íntimamente enlazadas, y establecen derechos y obligaciones recíprocos entre las personas afectadas por el vínculo, y que comprenden tanto al individuos, como a los bienes de los interesados; y si la ley establece como excepción, que los parientes de los litigantes pueden ser testigos, cuando el juicio versa sobre parentesco, filiación, divorcio, etc., no hay motivo para que no se admita el testimonio de los parientes, en los juicios sobre pérdida de patria potestad.”³*

“FILIACION. *La filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres, y trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos y recíprocos, dando origen a la patria potestad.”⁴*

“Conjunto de las facultades -que suponen también deberes- conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en

² Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil Primer Curso. 15 ed. Editorial Porrúa, México 1997, p. 667.

³ Becerra Ana. Pág. 816. Del 2 de febrero de 29. Tomo XXV. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo XXV. Tesis: Página: 816. Tesis Aislada.

⁴ Idem. Pág. 816 Tomo XXV.

cuanto se refiere a su persona y bienes”⁵. El maestro Rafael de Pina describe muy apropiadamente a la institución jurídica de la patria potestad, es preciso destacar de que como en otras ramas del derecho, las facultades presuponen deberes. En el caso de la figura en estudio es más que relevante los deberes de custodia, alimentos, seguridad y cuidado que los padres debemos a sus hijos.

Se estima que la patria potestad tiene un carácter público, ya se ejerza por los padres o abuelos, constituye el núcleo donde tiene lugar la formación integral de los hijos y afecta directamente la administración de sus bienes. Es pues, de este modo que la patria potestad es un eje sobre el cual pesa el buen funcionamiento de la maquinaria social y por tanto es del interés de todos que su desempeño sea vigilado por los órganos correspondientes creados por el Estado.

En la actualidad ya es muy común que el padre y madre de familia se encarguen de trabajar para proveer de satisfactores a los menores hijos que han procreado, y que las abuelas se encarguen de la educación de los nietos, situación que no es del todo apropiada, en virtud de los grandes índices de violencia intra familiar. El desempeño de la patria potestad debe ser íntegramente a cargo de los padres y sólo en casos extremos ser delegada a los abuelos u otro pariente.

1.2.- NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD.

Es una institución que se presenta como de asistencia, protección y representación de los niños y niñas cuya filiación esté clara y legalmente establecida, para cumplir estos fines tiene un conjunto de deberes y derechos instrumentados a través de la norma jurídica, su ejercicio y cumplimiento recae en la persona de los ascendientes padre o madre, abuelos y abuelas tanto por línea paterna como materna. Se refiere tanto a la persona del menor como de sus bienes y tiene el objetivo, de facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación que padre y madre tienen sobre sus hijos e hijas.

Se sostiene que la patria potestad es un instituto necesario para la cohesión familiar, no se trata de una potestad del padre sobre los

⁵ Pina de Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. 19 ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1993.

hijos, como su nombre lo indica, sino del conjunto de facultades y deberes que tienen tanto el padre como la madre en función de la atención que deben a sus hijos. En las ocasiones en que la ley señala estas facultades y deberes pasan a los abuelos.

*El maestro Galindo Garfias opina que: “ No existe ciertamente libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo. Sobre los progenitores recae esa función y no están en la posibilidad de renunciar a su ejercicio. El padre y la madre tienen cierto campo de libertad en lo que se refiere a la oportunidad, a la manera y a la idoneidad de los medios empleados para llenar esa función. Esa libertad se encuentra circunscrita dentro de los límites que marca el cumplimiento de los deberes propios de la institución. Los poderes que atribuye la patria potestad, deben ejercerse en interés del hijo. No se han creado en interés de las personas que ejercen la función, sino que el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confía a sus titulares el interés familiar, la protección de los bienes de los hijos y la administración de los bienes de estos ”.*⁶

Independientemente del carácter que haya tenido esta figura en el pasado, es interesante rescatar los lineamientos elaborados por el jurista mexicano Sergio García Ramírez.

*Este autor nos dice; “el derecho contemporáneo protege la existencia y ampara el desarrollo del agregado familiar con una protección creciente a la mujer y notoria solicitud a los menores, en este cambio de enfoques la patria potestad sufre una transformación y deja de ser un poder absoluto en manos del padre para convertirse en una función social en la cual está directamente interesado el Estado y que atiende con mayor énfasis, al interés superior de los niños ”.*⁷

El código civil establece literalmente esta transformación; “la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten”, por interés público, es así entonces que su naturaleza jurídica se encuentra en el Derecho

⁶ Galindo Garfias. Op. Cit. Págs. 695-696.

⁷ García Ramírez Sergio, Derecho Procesal Penal. 4a ed. Editorial Porrúa, México 1983, Pág.359.

Público, es decir, no existe la libertad de ejercerla o no; la persona sobre la cual recae no tiene posibilidades de renunciar a su ejercicio, solo se pueden conceder dispensas "cuando tengan sesenta años cumplidos o cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente su desempeño", como se establece en la legislación vigente.

Este conjunto de facultades y deberes tienen un contenido afectivo, derivado de la unión que surge del parentesco tan próximo, un carácter ético derivado del deber moral que tienen padre y madre para atender a los intereses de sus hijos y de estos para respetar y obedecer a aquellos y finalmente un contenido social ya que los padres deben cumplir con el fin socializador de sus hijos.

Es prudente advertir antes que la patria potestad es una institución de Derecho Civil y si hoy se encuentra bajo la influencia del Derecho Público y ocurra en la vigilancia de su ejercicio la intervención del Estado, debe ser mantenida en el terreno del Derecho Privado.

La opinión de casi todos los autores converge en que la naturaleza jurídica de la patria potestad se encuentra dentro del derecho público, en virtud de que el interés se encuentra en la satisfacción de las necesidades más elementales de los menores como los alimentos, comprendiendo en ello a "la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad..., los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos", de tal manera que el proveer cada una de estas necesidades es el primordial interés de la patria potestad, también deben incluirse los aspectos intrínsecos de ella como la educación, el crecimiento espiritual y una moral encaminada a cultivar los mejores valores en la sociedad. Existe también una pequeña libertad en los sujetos que ejercen la patria potestad, ésta consiste en corregir a los menores, esta corrección debe ser mesurada, los padres deben ser más hábiles que los menores para someterlos en la disciplina del hogar del que se trate y para que consecuentemente puedan esperar respeto de sus vástagos.

1.3.- CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

Es preciso analizar las características de la patria potestad en función de la naturaleza jurídica de ésta. En la doctrina se estudian desde todos los ángulos posibles , sin embargo la patria potestad es irrenunciable,

imprescriptible e intransmisibile. A continuación se analizarán cada una de las características, para su mejor comprensión.

1.3.1.- IRRENUNCIABILIDAD.

Este vocablo significa que un objeto, situación o derecho no están sujetos a renuncia o desdén.

La patria potestad es irrenunciable, porque es una función que contempla tanto un derecho como un deber natural de protección implícita, dirigida íntegramente a la persona del menor y que solo padres o quién el juez señale ostentan; la renuncia al ejercicio de esta institución supondría el incumplimiento de dicha función.

La patria potestad constituye una de las bases de la familia, razón por la cual no se puede ampliar, reducir o menoscabar por la voluntad de los interesados en forma arbitraria, además como es de interés del Estado, unido al de la familia, la irrenunciabilidad reviste un carácter de importancia social, impidiendo que las normas reguladoras de esta institución puedan ser objeto de pactos privados con el fin de modificar o extinguir sus facultades y efectos, así como el modo de ejercitarla, si al padre se le ha otorgado tal facultad debido precisamente, por su calidad de padre, es imposible que renuncie, debe desempeñarla.

Si se pudiera renunciar a la facultad de ejercer la patria potestad se lesiona, en primer lugar, a la familia. Esta última tiene que velar por la protección y cuidado de los menores, tratando que dentro de esta célula social siempre haya armonía y convivencia grata entre sus integrantes. Es inadmisibile pensar que los padres pudieran desentenderse de su prole a voluntad, si fuera posible renunciar, hablaríamos de abandono tácito, el derecho natural de ser padres que ha sido reconocido por el Estado perdería su razón de ser.

De igual forma se lesiona a la sociedad en general, ya que en ésta se pugna porque exista menos delincuencia, menores de la calle y lo que esto acarrea, es obvio que si un menor carece de padres para guiarlo se inclinará por el lado más fácil y cómodo que por lo general es el negativo, aunado a ello que los recursos con los que cuenta el Estado para suplir las necesidades de los menores desamparados cada vez son mayores y más restringida y condicionada su distribución. Es necesario resaltar que existen

grandes sectores de la población que son indiferentes al problema de los menores abandonados, problema que está íntimamente relacionado con el desempeño de la patria potestad, sin embargo todos sufrimos sus efectos.

También se perjudica al Estado, al elevarse el índice de criminalidad y delincuencia, por las razones antes expresadas, además de que a través de las diversas instituciones a cargo, debe vigilar a los menores que viven con sus ascendientes pero propiamente en el abandono, es decir que no satisfacen completa o correctamente todas aquellas necesidades básicas, que también son golpeados o violentados de alguna forma.

La renuncia de la patria potestad afecta, como ya lo mencionamos, los intereses de la familia de la sociedad y Estado. Por su parte el maestro Galindo Garfias, opina; “la razón de lo irrenunciable de su ejercicio está implícitamente contenida en la propia obligación de naturaleza pública que pretende proteger a los menores, no dejándolos en estado de abandono de manera que por efectos de la filiación, siempre exista alguien que vea por ellos”⁸

No existe justificación válida para renunciar a la patria potestad, los padres deben ver por los menores, ya que no hay individuos más preparados y capacitados que los padres para atender a sus hijos, en razón del parentesco, aunque en ciertas ocasiones las relaciones padre e hijo no sean del todo acertadas.

Es de igual manera importante considerar las causas externas que pueden afectar o invalidar esta irrenunciabilidad, el Código Civil para el Distrito Federal las contempla en su numeral 448; la primera de ellas consiste en que las personas que hayan cumplido más de sesenta años pueden excusarse de ejecutar el desempeño de tal derecho porque a esa edad a una persona se le considera inadecuada para cuidar a un menor, a los sesenta años un individuo ya se encuentra cansado física y mentalmente como para responder en todos los sentidos por un menor, en muchos casos existen enfermedades crónicas que manifiestan molestias características, además de que a veces los abuelos no cuentan con los medios económicos suficientes para sufragar los gastos de sus nietos.

⁸Galindo Garfias. Op. Cit. Pág. 675.

La segunda y última contemplada por el ordenamiento citado como excusa para el ejercicio de la patria potestad, es porque la persona a quien corresponda su ejercicio padezca un habitual mal estado de salud y que no pueda atender debidamente su desempeño.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia firme se refiere a la irrenunciabilidad añadiendo, "... en el ejercicio del derecho de la patria potestad que ejercía sobre el menor, mismo derecho el cual es irrenunciable porque encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular, para la consecución o logro de su interés, sino que por el contrario constituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son derechos jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que esta realice a través de ellos sus propios intereses sino el interés de otra u otras personas. Confluyen por ello en la idea de potestad junto al elemento de poder jurídico un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo sexto del citado Código civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos, pero en cambio, no lo es a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco técnico de las potestades.

El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que renunciarse a esa potestad, ello se haría indudablemente contra el orden público y en perjuicio del tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad"⁹.

De todo lo anterior se concluye que el carácter de irrenunciable atribuido a la patria potestad radica en el interés del menor. La patria potestad es una figura instituida en favor de los hijos con cargo a los ascendientes, por ende estos no pueden evadirla a voluntad.

⁹ Amparo Directo 4434/74. Luis Correa Rosales, 15 de noviembre de 1974. Unanimidad de cuatro votos. Informe 1074, Tercera Sala, pág. 50.

1.3.2.- IMPRESCRIPTIBILIDAD.

La prescripción es el “medio de adquirir bienes (positiva) o de librarse de obligaciones (negativa) mediante el transcurso del tiempo y bajo las condiciones establecidas al efecto por la ley”¹⁰. Si aplicamos esta figura jurídica al campo del derecho familiar, concretamente a la institución de la patria potestad no sufre ninguna modificación por el transcurso del tiempo, cualquiera que este sea, o deja de realizarlos no adquirirá ni perderá la patria potestad del menor. La patria potestad del menor se adquiere por la filiación o por la adopción y el paso del tiempo en nada influye ni para adquirirla ni para perderla. La ley tiene un orden para ejercerla: los padres la ejercen en primer lugar, y a falta de ellos los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar según las circunstancias del caso.

Es pertinente no perder de vista que para un ascendiente que desee registrar a su hijo que no lo esté deberá seguir para ello un procedimiento judicial denominado de Reconocimiento de hijo, y no sólo por el paso del tiempo ni por que cubra las necesidades del menor y se ocupe de su educación. Así mismo los padres que abandonan a sus hijos, después de legalmente haberlos reconocido como suyos y posteriormente los abandonan, aunque pasen los años, no por ello pierden la patria potestad, sino que en virtud de esa conducta, o mejor dicho mala conducta, quién represente los derechos del menor será quién podrá demandar el cumplimiento de los deberes de alimentos y la pérdida de la patria potestad a través del juicio ordinario civil.

Concretamente la falta de ejercicio de la patria potestad llega a existir, pero en vez de la prescripción, operan las sanciones establecidas en contra de los ascendientes. La ley no contempla que la patria potestad concluya en un determinado tiempo, sino que existe hasta que el menor se emancipe, se case o mueran, él o los ascendientes.

No se podría concebir que una figura de carácter público, estuviera sujeta a prescripción, de suceder esto, los menores e incapaces correrían el riesgo de caer en el desamparo. La patria potestad no prescribe, ya que esta última solo opera en los derechos reales y en los personales.

¹⁰ Pina Rafael de.Op. Cit. Pág. 415.

1.3.3.- INTRANSMISIBILIDAD.

Como en las anteriores características se definirá antes lo que significa transmisible, se define como la cualidad que tiene un objeto, en este caso derecho de poderse ceder, pasar o dar, y en consecuencia la transmisibilidad es el no poder transmitirse.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que “Los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad, aunado a lo anterior al carácter de interés público que existe en esos derechos, lo que produce, como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario”¹¹.

Es así entonces que, basándose en el hecho de que la mayoría de las relaciones familiares revisten un carácter personalísimo, la patria potestad no puede ser objeto de transacción alguna, no puede transferirse bajo ningún título oneroso o gratuito, ni cederse en todo en parte; no obstante, toda regla tiene su excepción. Tal excepción es la adopción.

La única forma de transmitir la patria potestad es la que se origina cuando los padres o los abuelos que la ejercen, dan el consentimiento para que el menor sea dado en adopción; de esta forma se creará la transmisión de la patria potestad, que consistirá en el otorgamiento de dicha facultad a los padres adoptantes.

Lo anterior encuentra su fundamento en el artículo 403 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece; “los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges”.

¹¹ Amparo Directo 7020/86. María Luisa Rasos Vda. de Valdez y otro. 3 de diciembre de 1987. Unanimidad cuatro votos. Tercera Sala Época 8a.Tomo I parte 1 Página 372.

De no ser por la vía antes mencionada y siempre y cuando la tramitación de la adopción sea conforme a la ley además de ser aprobada por el juez de lo familiar, no habrá transmisión.

“La patria potestad es intransmisible como consecuencia de que el juez de lo familiar haya aprobado la adopción, como medida protectora del interés del adoptado,”¹² solo podrá aprobarla el juez cuando resulte benéfico para el adoptado.

Continúa presentándose aún en la mencionada excepción a la intransmisibilidad, es decir en la adopción, este principio común en la patria potestad; el del interés del menor, es necesario procurar que el futuro del menor sobre el que ha operado la adopción plena sea de la mejor calidad posible, la educación será efectivamente de padre a hijo, con todos los derechos y obligaciones que implica el ejercicio íntegro de la patria potestad, es posible que en algunos casos pueda mantenerse omitido el acto de adopción y que solamente exista el nacimiento de la patria potestad, esto en interés mayoritario del menor, como lo plantea la escritora Sara Montero Duhalt, que señala: “en el caso de que el adoptado sea un menor que no estaba bajo la patria potestad de nadie, entrarán a ejercerla quienes lo adopten no habrá transmisión, sino creación de la patria potestad”¹³.

Cuando el menor se encuentre libre de la patria potestad, la transmisión no opera, en este caso se va a crear, debido a que no hay nadie que la transmita, no existen ascendientes que la otorguen.

1.4.- SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

La relación jurídica comprende a los sujetos derivados de la filiación, o sea de la relación que se establece entre padres e hijos. Desde el punto de vista de los padres, el conjunto de deberes, obligaciones y derechos recibe el nombre de patria potestad, pero desde el punto de vista de los hijos, no es posible asignarles un nombre especial que la doctrina haya designado, en una forma específica, por lo cual podríamos decir que debería ser conocido como una responsabilidad filial.

¹² Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. 5a ed. Porrúa S.A. México 1985. Pág. 662.

¹³ Montero Duhalt Sara, Derecho de Familia. 2a ed. Editorial Porrúa S.A. México 1976. Pág. 334.

“La patria potestad es una función ejercitable en beneficio de los menores, que entraña esencialmente deberes para los padres. Sin embargo el cumplimiento de la misión paterna, exige a su vez, una sumisión y dependencia de los hijos, estos tiene también por tanto deberes que cumplir”¹⁴. Lo anteriormente define Castán Vázquez es lo que llamó responsabilidad filial. En virtud de lo anterior es que la patria potestad, para su pleno ejercicio es necesario que ambas partes, padres e hijos cumplan debidamente cada uno de sus roles dentro de la familia para que no surjan conflictos o descontentos entre sus miembros.

1.4.1.- TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD.

Los sujetos de la patria potestad pueden ser activos o pasivos según corresponda al que ejerce el cargo o al que se encuentra bajo el control o autoridad de otro.

Corresponde ahora el turno de analizar a los sujetos activos de la patria potestad, nuestro ordenamiento civil en su numeral 414 dispone “La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

Podría suponerse que los deberes y obligaciones en materia de patria potestad únicamente corresponden a los sujetos activos en estudio, en virtud de que para tal fin se creó esta institución jurídica, la patria potestad consiste en el cumplimiento de los siguientes deberes, que vistos desde otro punto de vista, suelen ser derechos.

a) El derecho de educar y corregir moderadamente a los menores.

b) El derecho de cuidado y custodia.

c) El derecho de administración de sus bienes.

¹⁴ Castán Vázquez. Op. Cit. Pág. 171.

Clasificados de esta forma veamos en que consiste cada uno de estos; el derecho de educar y corregir moderadamente a los hijos, en relación a este deber es que a los padres corresponde el deber y derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como atender a la preparación para una profesión, o actividad determinada que represente utilidad al menor y a la sociedad. Esta actividad paterna incluye la formación, del carácter, del espíritu y de los sentimientos que van, más adelante, a incidir sobre sus inclinaciones de vida.

Castán Vázquez tratando sobre la educación propone, “el deber de los padres de educar a los hijos es de derecho natural. Basase, al igual que la patria potestad misma en la naturaleza, que atribuyó a los progenitores la misión de formar a los hijos que procrean”¹⁵.

Es entonces cuando el Estado interviene en la vida de la familia, con la función de proporcionar escuelas suficientes a sus hijos y éstos últimos tienen el derecho innato de escoger el tipo de educación escolar que habrá de dárseles. Es pertinente aclarar que los padres son los primeros educadores de sus hijos y son los únicos responsables del aprendizaje del conjunto de valores éticos y morales con los que el menor llegue a su primer grado escolar.

La educación es fundamental en la vida de las personas, la que hayan recibido, buena o mala determinará la vida feliz o no que tengan cada uno en el futuro. Existen matrimonios jóvenes que ya tienen hijos y es relevante que el amor filial a sus hijos lejos de ser una ventaja para su educación es un estorbo, ya que ese amor ciego y excesivo evita que corrijan a sus hijos, y más aún que las cosas malas que hacen sean festejadas y una vez que los menores llegan a la adolescencia arrastrando cada uno de los problemas derivados de esa tolerancia de la infancia, los padres creen que el psicólogo lo resolverá. En la actualidad es vital madurar como padres y educar a nuestros hijos con amor y atención, preparándolos para su mejor convivencia en sociedad.

Relativo a la corrección, para la educación del menor en muchas ocasiones se necesita corregirlos, facultad que está expresamente

¹⁵ Ibidem. Pág. 197.

consignada en la ley en favor de quienes ejercen la patria potestad. Establecida como deber la educación del hijo, artículo 423 del Código Civil previene que para lograrla “los que ejercen la patria potestad o los que tienen hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos” y agrega que los progenitores deben observar una conducta que les sirva de buen ejemplo. “La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica”. Es decir, la corrección siempre deberá estar encaminada a mejorar la conducta de los menores y nunca a lastimarlos o dañarlos de alguna forma, es decir jamás y bajo ninguna circunstancia se debe exagerar la disciplina, pero es indispensable corregir a los hijos, el castigo físico en nuestros días es inadmisibles, pero existen sencillos métodos para corregir a los niños; como el privarlos de las diversiones, entretenimientos o premios acostumbrados como resultado de una mala acción realizada por ellos, y de igual manera se debe compensar cada uno de sus pequeños o grandes esfuerzos.

En cuanto al derecho de cuidado y custodia, este consiste en tener a sus hijos en su compañía para su vigilancia y cuidado la patria potestad compete una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejerce, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, corregirlos, representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes y de proporcionarles alimentos, etc.

Quienes ejercen la patria potestad pueden fijar su residencia libremente y de conformidad con esto, los menores de edad no emancipados tienen la obligación de vivir en el que sus padres elijan, e incluso éstos últimos pueden auxiliarse de la fuerza pública para hacerlos permanecer en tal lugar.

La convivencia con los hijos es una consecuencia de la función de la patria potestad, el fin de esta convivencia tiene por objetivo lograr la estabilidad personal y emocional del menor, darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual. De igual manera es preciso que dentro del hogar los padres ofrezcan al menor un espacio de seguridad frente a todo peligro que pueda atentar su salud física y moral, así mismo los padres serán responsables de cualquier daño o perjuicio que causen sus hijos por falta de la debida vigilancia a algún tercero o al Estado.

Dentro de las obligaciones de cuidado los padres deben satisfacer cada una de las más elementales necesidades de alimentación,

vestido, útiles escolares, juguetes y esparcimiento, etc., es necesario que los padres cumplan cabalmente con cada una de las anteriores, para que exijan la obediencia de sus hijos. Otro deber de cuidado es la responsabilidad de vigilar y atender la salud de los menores, empezando con cada una de sus vacunas, los accidentes en el colegio, su atención debida y oportuna constituyen el cumplimiento de este deber.

Quienes ejercen la patria potestad tienen la administración legal de sus bienes de hijo o hijos. Aún que los menores no tengan plena capacidad, pueden ser titulares de derechos y propietarios de bienes, pero carecen de la capacidad de ejercicio que les impide administrar y disponer de los mismos, por lo que requieren de la representación legal de sus padres así como de la facultad de administrar. El numeral 425 de nuestro ordenamiento civil establece que son administradores legales, esto significa que no hay un contrato que le dé origen, pues las facultades se basan en la propia naturaleza de la relación, padres e hijos o paterno-filial, y que posteriormente la ley reconoce como deber de los que ejercen la patria potestad y les otorga el carácter de administradores de los bienes de sus menores hijos no emancipados. Los bienes pueden ser clasificados en; bienes del hijo, bienes adquiridos por su trabajo y bienes que adquiere por cualquier otro título, mismos que serán detalladamente estudiados en el desarrollo de este trabajo.

1.4.2.- MENORES SOBRE LOS CUALES SE EJERCE.

A quienes corresponde este papel dentro de la relación de patria potestad es a los hijos habidos en matrimonio, a los hijos extramatrimoniales reconocidos y a los hijos adoptivos, deben reunir ciertas condiciones: "a) El hijo debe ser menor de edad, la mayoría de edad civil está fijada a los dieciocho años. b) El hijo no debe estar emancipado, la emancipación se obtiene como resultado del matrimonio. c) Que existan personas que puedan ejercer la patria potestad, es decir, que existan los progenitores o en ausencia de ellos, los abuelos paternos o maternos. d) Que exista reconocimiento. En relación a los hijos extramatrimoniales es necesario el reconocimiento de uno o de ambos para que exista la relación jurídica paterno filial"¹⁶.

¹⁶ Chávez Ascencio Manuel. La Familia en el Derecho. 4a ed. Editorial Porrúa S.A. México 1997. Pág. 282.

Los menores deben corresponder a los padres con obediencia y sometimiento para poder conseguir el debido desempeño de la patria potestad. En estos días esta sumisión tiene ya un carácter muy simple es decir, ya no se exige con tanta dureza por los padres como en antaño.

El deber de obediencia supondrá concretamente, el cumplimiento por el hijo de las ordenes lícitas dadas por los padres en el ejercicio de las facultades que estos gozan y que luego examinaremos. El hijo obedece, por ejemplo, al vivir en casa del padre, al acompañar a este cuando cambie de residencia, al estudiar en establecimiento docente que el padre designe, al aceptar el castigo lícito paterno, al limitar sus relaciones personales de acuerdo con los deseos del padre, etc. Desobediencia será la negativa a aceptar la decisión paterna en alguno de esos casos.

Sin embargo este deber de obediencia no es absoluto, ya que los menores no están obligados a obedecer órdenes de sus progenitores cuando éstas sean contrarias a derecho, que tengan por fin corromperlos o realizar actividades que pongan en peligro su integridad física o incluso su vida, o como es ya tan común ver en las diversas sociedades, que los progenitores hagan que sus hijos se dediquen a la mendicidad. Es igualmente importante resaltar que los sujetos sometidos a la patria potestad no deben, bajo ninguna circunstancia soportar castigos de excesiva dureza, toda vez que el aplicar tales castigos ocasiona que les sea suspendida o privada la patria potestad a los que la ejercen. La violencia intrafamiliar es ya tan común en estos días que fue necesario tipificarla como delito y sancionarla debidamente.

Existe otro deber de vital importancia dentro de la responsabilidad filial al que están llamados los menores no emancipados sobre los que se ejerce la patria potestad y este es el del respeto, que de igual manera se basa en el derecho natural, es recíproco, regularmente las relaciones familiares se desarrollan con altibajos sin importancia, y el fin de llevar a buen término la patria potestad es comúnmente cumplido. Se debe relacionar este deber moral con un carácter espiritual debido a que muchas familias fundan su moral y sus principios reguladores de conducta apoyados en fundamentos religiosos, la Santa Biblia establece "Honra a tu padre y a tu madre, para tus días se alarguen en la tierra que Jehová tu Dios te da"¹⁷. Los

¹⁷ *Santa Biblia*. Antigua versión de Casidoro de Reyna Revisión 1960, Holman Bible Publishers, Nashville Tennesse, E.U.A. p. 76.

teólogos opinan que es el primer mandamiento con promesa, es decir, como si fuera una contraprestación por los cuidados y atenciones que los padres prodigan a sus hijos.

Para el orden jurídico, la sanción establecida para el incumplimiento a los deberes de observancia y respeto se concreta en la medida que estos pueden acudir a las autoridades para que los auxilien a corregir a sus hijos, reduciéndolos en el último de los casos a un establecimiento de educación correccional. Otras de las sanciones a que se puede hacer acreedor un hijo por su conducta irrespetuosa hacia sus padres, sería la contemplada en la fracción III del artículo 320 del Código Civil que señala que cede la obligación de dar alimentos “ en caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos”.

Existe otra obligación que corresponde a los hijos cuando éstos ya han crecido, la de dar alimentos a los padres, obligación que subsiste en los casos en que sus ascendientes no cuenten con los bienes necesarios para vivir, cuando se encuentren enfermos o simplemente porque con los años las fuerzas disminuyen, y éstos necesitan de cuidado y apoyo. Es inadmisibles que se incremente cada vez el número de casos de ancianos en el abandono causado por sus hijos y demás familiares. Para el Estado debe ser prioritario el cumplimiento de las responsabilidades filiales y es terrible observar que un padre o madre no cuide de sus hijos, como igual de aberrante es que una vez que los padres han llevado al éxito a sus hijos, éstos se olviden de aquellos, cuando estén en estado de necesidad.

1.4.3.- MINISTERIO PUBLICO: ELEMENTO PROTECTOR DE LA PATRIA POTESTAD.

Para determinar como el Ministerio Público procura el debido desempeño de la patria potestad es necesario definir el concepto de Ministerio Público. Para el tratadista Colín Sánchez, el Ministerio Público “es una institución dependiente del Estado, (Poder Ejecutivo), que actúa en representación del interés social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes.”¹⁸

¹⁸ Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 8a ed. Editorial Porrúa S.A. México 1984. Pág. 86.

La función más importante que realiza el Ministerio Público dentro de la sociedad, la lleva a cabo dentro del campo del derecho civil. En el derecho penal es muy lógica la actuación del Ministerio Público por tener el procedimiento penal, un carácter público, al cual se le delegue el ejercicio de la acción penal, muy al contrario dentro del derecho civil; aquí la función del Ministerio Público no se limita a defender el interés público que pudiera verse afectado, también vela por los intereses de los que se encuentran en posición de defenderse como pueden ser ausentes e incapaces, desvalidos o como es el caso, de los menores, así el Ministerio Público mantiene un papel más importante en el derecho civil que en el penal.

Esta representación social interviene en materia civil, solo en los casos en los que expresamente la ley lo permite, hasta donde y con la personalidad que la misma le designe. El Ministerio Público no siempre interviene con el mismo carácter, ya que puede intervenir; a) Como parte principal, ya como actor o como demandado, b) Como tercero opositor, es decir, como mero opinante social.

El hecho de que el Ministerio Público representa al actor o al demandado, no significa que esta institución sea parte en el proceso de manera sustancial, interviene cumpliendo un deber impuesto por la ley. Al proteger un interés particular como sería el de un incapaz, el Ministerio Público actúa bajo una función tutelar social a través de un interés privado, función atribuida por la necesidad y por las leyes.

El Ministerio Público también puede intervenir en el juicio civil como tercero, oyéndosele en aquellos juicios en que las leyes expresamente lo faculden.

La patria potestad es una institución de orden público y es razón suficiente para permitir la intervención del Ministerio Público, con el fin de que exprese su opinión en el juicio que se suscite, salvaguardando los intereses del buen orden social. Dentro del juicio civil en relación a la patria potestad el ministerio público tiene como obligaciones las siguientes;

1.- Intervenir en la educación del hijo, promoviendo lo conducente en contra de los que ejercen la patria potestad, por no proporcionarle al primero una educación conveniente, esto según lo dispuesto por el artículo 422, párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal.

2.- *Pedir el aseguramiento de los menores, artículo 315 fracción V del mismo ordenamiento.*

3.- *Aceptar o no la pensión alimenticia fijada en favor de los hijos, tanto en los casos de divorcio, como en el juicio de alimentos, si al juicio del representante social la cantidad fijada no satisface las necesidades del menor, en el primero puede solicitar un aumento de la pensión alimenticia para que alcance a cubrir las necesidades del hijo.*

4.- *En el artículo 423 del código sustantivo ya indicado, podría interpretarse en el sentido de que el ministerio público es una de las autoridades auxiliaoras de los padres para corregir a los hijos, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les representen el apoyo suficiente.*

5.- *Igualmente el Ministerio Público puede tomar las medidas necesarias, a petición de los interesados, para impedir que los bienes de los hijos se derrochen o disminuyan por la mala administración de los que ejercen la patria potestad, así mismo participa en la calificación de la excusa para la patria potestad en los casos del artículo 448 del código civil citado (artículo 998 fracción II del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).*

6.- *El ministerio pública, a falta del consentimiento del que o los que ejerzan la patria potestad, interviene en el reconocimiento por parte de un menor del hijo de éste.*

7.- *Tiene participación cuando se decreta el depósito de menores o incapacitados que se encuentran sujetos a la patria potestad o a tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores, o reciban ejemplos perniciosos a juicio del juez, o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes, de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren. (artículo 939 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).*

8.- *Interviene en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento velando por la situación y derechos de los hijos que se hayan procreado (artículo 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).*

9.- Podrá oponerse al convenio celebrado por los cónyuges que se divorcian por mutuo consentimiento, si considera que viola los derechos de los hijos o que no los garantiza debidamente.

Por último, conforme a lo preceptuado en el numeral 895 fracción II del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el Ministerio Público será oído precisamente cuando se refiera a la persona o bienes de los menores o incapacitados.

En ningún caso el Ministerio Público podrá actuar de oficio en materia familiar, salvo los específicamente ligados por la ley. el Ministerio Público no tiene, por tanto dentro del ámbito civil y familiar funciones autoritarias. Por ello, como señala el maestro Becerra Bautista "sus peticiones deben ser aceptadas o rechazadas por los jueces según estén o no ajustadas a derecho. En otras palabras el Ministerio Público no tiene funciones decisorias en los juicios, sino únicamente puede pedir lo que a su representación corresponda, pudiendo el juez obrar con absoluta independencia respecto a la petición respectiva."¹⁹

La labor del Ministerio Público como institución protectora de los menores, en teoría es amplia, pero en la práctica se observa que su presencia activa sólo es dentro del procedimiento familiar de que se trate, pero que hay de los menores que son víctimas de violencia intra familiar, abandono e indiferencia de sus padres o familiares, los terceros que los observan no denuncian, el Ministerio Público como institución protectora de los menores, no cuenta con órganos encargados de intervenir de oficio en tales casos, algunas veces ni a través de denuncia la autoridad le da seguimiento a esos problemas, la burocracia, la escasez de recursos destinados por el Estado para este fin y la gran cantidad de problemas de esta índole, entre otros, aumenta el problema de los niños maltratados y en abandono, a los que el Ministerio Público es indiferente.

CAP. II.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD.

A lo largo de la historia de la patria potestad existe un proceso de debilitación de la autoridad paternal. Ya que en tiempos pasados

¹⁹ Citado en García Ramírez Sergio Op. Cit. Pág. 262.

la patria potestad era concebida como un poder ilimitado que el padre ejercía sobre los hijos, con el paso del tiempo esta institución se ha convertido en una función que el padre ejerce en beneficio de los hijos. Es importante advertir que en este procedimiento han intervenido algunos factores importantes como es la influencia del cristianismo, ya que a la luz de éste, la función ejercida por el jefe de familia sólo existe en razón de los hijos y de la familia. Es pues, acertado afirmar que en la antigüedad se destacaba el aspecto del derecho en la patria potestad y que actualmente su relevancia toma forma en el deber.

2.1.- EN EL DERECHO ROMANO.

2.1.1.- LA MONARQUIA.

En las fuentes de información relativas al derecho romano, se demuestra "a lo largo del desarrollo social existieron fases durante las cuales las mujeres, sedentarias y entregadas a la agricultura dominaban en la comunidad. Ellas dirigían el culto y solo ellas tenían propiedades. Los hombres tenían una vida errabunda en las selvas, dedicada a la caza, para ellos las mujeres eran fuentes en el bosque, el que tiene sed bebe de la más cercana. Así el hogar se formaba alrededor de la madre, polo de estabilidad en la vida familiar"²⁰.

En general se considera que las familias en épocas remotas eran grupos de personas unidas entre sí, en virtud de estar todos sometidos a la patria potestad de un solo jefe, grupos que en su origen debieron haber tenido autonomía y funciones propias. "Por ello en la época Monárquica se les reporta como órganos políticos menores que debieron existir inclusive antes que la civitas misma. La vida de toda domus o familia romana es regulada por el paterfamilias, del mismo modo que el magistrado ejerce el poder sobre los ciudadanos. Al interior de la domus, el pater es juez y sacerdote del culto doméstico tiene un derecho de vida y muerte sobre los miembros libres y no libres de la familia, es la única persona que tiene capacidad jurídica plena, pues se trata de un ciudadano romano, libre y sui iuris, todos los demás miembros están sometidos a su potestad"²¹.

²⁰ Floris Margadant Guillermo. El Derecho Privado Romano. 17 ed. Editorial Esfinge S.A. de C. V., México 1991. Pág. 530.

²¹ *Ibidem*. Pág. 179.

El poder que ejerce el paterfamilias comprende diversas potestades:

- 1.- Manus; sobre la esposa o nueras.*
- 2.- Patria potestas; sobre los hijos y nietos.*
- 3.- Dominica potestas; sobre los esclavos.*
- 4.- Iura Patronatus; sobre los libertos.*
- 5.- Mancipium; sobre los hijos ajenos que le eran entregados en venta.*

Cada una de las facultades, durante los siglos que la Monarquía existió en Roma (753 a 510 a. de C.), tuvieron un carácter absoluto.

Todo lo que adquirían los hijos, los esclavos y la esposa o nueras in manum, entraba a formar parte del matrimonio del pater; pero también si los sometidos bajo su poder cometían algún delito, le resultaba ciertamente responsabilidad al paterfamilias, pero podía evitarla su recurría al abandono noxal. Era pues lógico que si el pater era el amo y señor de todo y todos fuera el responsable de los daños y perjuicios que sus propiedades causaran.

“La posición de paterfamilias se adquiría por razones naturales, es decir, por la no existencia de ascendientes varones en la familia o bien por un acto jurídico llamado emancipación, que era la liberación del filius familias de la patria potestas, por renunciar a la misma el pater”²².

“Cada familia tenía su propia religión doméstica, cuyos dioses eran los antepasados. Así se convertía la familia en la unión de un grupo de muertos y otro grupo de vivos. Aquellos mandaban presagios a éstos, los cuales ofrecían sacrificios y dedicaban buenos pensamientos a los primeros. El eslabón entre los muertos y los vivos de la familia es el paterfamilias en su función de sacerdote doméstico”²³. Ante esta situación y como el pueblo romano fue un pueblo guerrero, cada ciudadano romano invocaba a sus antepasados desde los lugares lejanos donde se encontraba en tiempo de guerra, ya que para ellos sus familiares muertos eran como sus dioses y podían ayudarles a resolver sus problemas.

²² Ibid. Pág.180.

²³ Floris Margadant. Op. Cit. Pág. 23.

Es pues, en la Monarquía Romana que la patria potestad es un poder ilimitado del padre, que con el tiempo sufrió cambios moderados.

2.1.2.- EN LA REPUBLICA.

En todas las sociedades, el paso del tiempo siempre produce cambios, algunos buenos y otros no tanto, la patria potestad en tiempos de la República, sólo sufrió algunos cambios leves.

La patria potestad es un poder muy amplio al cual están sometidos los hijos sin importar la edad, que generalmente dura hasta la muerte del paterfamilias, no tenía más límite que la vigilancia de la gens y más tarde del censor.

*“Las facultades que en esta etapa derivan de la patria potestas son las siguientes: derechos de vida y muerte, de vender y vindicar al hijo y derecho a lo adquirido por éste. El derecho de vida y muerte se conocía como el *ius vitae necisque*; en éste, el pater era titular de un poder vasto sobre el hijo, que lo facultaba incluso para matarlo, como una medida correctiva para mantener la disciplina dentro de la *domus*. Es entonces que aproximadamente en el año 450 antes de Cristo que con la legislación implementada al Derecho Romano por las XII Tablas, el abuso de esa facultad era sancionado, y se encontraba el pater en uso de sus atribuciones vigilado constantemente por el *patergentis* y el censor”²⁴*

*En lo relativo al hecho de “derecho de vender al hijo, a través de la *mancipatio* el padre podía vender al hijo, adquiriendo el comprador sobre éste el *mancipium* y el hijo una posición similar a la de la esclavitud; jurídicamente era considerado libre, pero para liberarse del poder del adquirente era necesaria una *manumisión*, después de la cual volvía a caer sobre la potestas del padre. Es probable que el motivo de la venta fuese de carácter económico, que el padre en estado de necesidad pudiese vender al hijo por un precio en dinero, con la posibilidad de rescatarlo pagando la misma suma”²⁵.*

²⁴ Moncayo Rodríguez, Socorro. Manual de Derecho Romano I, 1a ed. Editoria Universidad Veracruzana, Mexico 1997. Pág. 181.

²⁵ Ibidem. Pág. 182.

Es de observarse que la vida del pueblo romano debió haber sido difícil en virtud de lo que narran los autores, si comparamos que en la etapa más primitiva de esta gente podían disponer libremente de la vida y patrimonio de cada uno de sus hijos, hijas y esposa, podían venderlo o matarlo, cambió radicalmente al final de esta evolución, y la figura de la patria potestad que se conoce en la actualidad, se transformó para beneficiar a los hijos.

El abuso de este derecho fue sancionado por la ley de “las XII Tablas que disponían: si pater filium ter venum duit, filius a patre liber, esto si el padre vende por tres veces consecutivas al hijo, éste se libera de la patria potestad del pater.” En cuanto al derecho de vindicar al hijo, esto acontecía accionando en contra de quien los retuviese. Se podía ejercer la actio furti, acción por robo, también el pater podía recurrir a los interdictos del liber exhibendis, mediante estos el pater solicitaba la presentación del hijo en el tribunal para identificarlo, además del liberis ducendis para conducir al hijo a la casa del pater familias.²⁶

En virtud de que el partefamilias era el único que gozaba de plena capacidad jurídica dentro de la domus, los hijos originalmente no podían ser titulares de derechos propios, y todo lo que adquirían, fueran derechos reales, de crédito, herencias, pasaban a formar parte del patrimonio del pater, el cual adquiría conforme al derecho civil la propiedad de las cosas o se hacía titular de los derechos. Fue precisamente en esta etapa que mediante la introducción del peculium, las cosas cambiaron; “el peculio era originalmente un conjunto pequeño de bienes o una pequeña suma de dinero que el padre asignaba al hijo para su administración y disfrute. Los bienes que la integraban continuaban perteneciendo al paterfamilias, quien podía revocarlo en cualquier momento, y a la muerte del hijo, los bienes se reintegraban al patrimonio paterno”²⁷.

2.1.3.- EL IMPERIO.

El jurista Gayo fue uno de los representativos de la fase imperial. Dentro de la gama de facultades que detenta el paterfamilias al

²⁶ Idem.

²⁷ Ibidem. Pág. 184.

*interior de la domus romana el que ejerce sobre sus descendientes y los miembros que ingresan al domus por adopción, adrogación y legitimación, es decir, es la propia patria potestas. "Al respecto Gayo nos dice en sus Institutas: Están sometidos a nuestra potestas nuestros hijos que hemos procreado en iustae nuptiae. Este derecho es propio de los ciudadanos romanos, ya que casi no hay otros hombres que tengan sobre sus descendientes una potestad igual a ésta que nosotros tenemos"*²⁸.

Gayo deja claro que la patria potestad, con las características y efectos que configuraron los romanos constituye una institución propia y típica del ius civile romano, es en este derecho donde se reconoce expresamente la patria potestad con tal carácter, y en Roma donde se adopta como una norma general de conducta con los derechos que ya hemos analizado para el paterfamilias, y que fue sancionada por el derecho romano.

*En tiempos de Constantino, el derecho del pater a disponer de la vida de los hijos, aún cuando fuera con fines disciplinarios, fue suprimido del todo, y al hecho de privar de la vida a un hijo se le consideró entonces delito de homicidio, y se sancionaba con la pena de muerte*²⁹. *Como en toda sociedad el hombre y el derecho se transforma y se civiliza continuamente y éste no fue la excepción, era necesario que se percatarán los juristas romanos de que era antinatural que los padres dispusieran libremente de la vida de sus hijos.*

*Especialmente en la fase del Imperio la patria potestad había perdido su antiguo carácter. "El derecho de exposición de los hijos fue prohibido, según algunos desde tiempo de los jurisconsultos clásicos, según otros solamente hacia el Imperio Cristiano. El derecho de venta fue derogado en la época imperial. El derecho de castigo fue considerablemente restringido en el Imperio. El derecho de vida y muerte se reduce a una simple facultad correccional que permite al padre inflingir por si mismo al hijo castigos leves e impetrar en caso necesario, el auxilio del magistrado para la imposición de penas más graves. En el orden patrimonial la incapacidad del hijo fue mitigada por la admisión de los peculios"*³⁰. *Existe en nuestro derecho una*

²⁸ Ibidem. Pág. 180.

²⁹ Ibid Pág. 181.

³⁰ Ibidem. Pág. 180.

facultad similar a la del Magistrado Romano y corresponde al Ministerio Público, para el caso de que el padre no pueda corregir a los hijos y someterlos a su autoridad, podrá solicitar el auxilio a la autoridad a fin de conseguir la buena educación de los hijos. Propiamente en el derecho romano encontramos un gran cambio en la función del paterfamilias, dejó de ser el propietario de sus hijos para convertirse en su protector.

Por otra parte los derechos que al hijo se iban reconociendo fueron cambiando al colorido de la patria potestad, dotando de reciprocidad a la relación, que fue poco a poco implicando deberes y no solo derechos para el padre. La patria potestad va así transformándose dentro del derecho romano, en una función u officium. Es propiamente que la institución de la patria potestad que heredo nuestro derecho es ésta última, en virtud de que a los padres corresponde una función de amor y cuidado en relación a sus hijos, que ha sido de igual forma reconocida por el Derecho Positivo Mexicano.

El derecho republicano se caracterizó por su inflexibilidad y rudeza y el afán de seguridad jurídica, pero en el derecho del principado predomina el intelecto y el deseo de realizar el principio de la equidad. Se tiende a individualizar las soluciones jurídicas, aún en perjuicio de su previsibilidad.

2.1.4.- AUTOCRACIA.

“El gran Dioclesiano prepara al caótico siglo III, un fin si no feliz, cuando menos ordenado.” En esta época de la historia de Roma existía una gran inestabilidad política, pero fue a partir de ésta que el derecho romano fue finalmente definido; por ejemplo, la venta de los sujetos a la patria potestas es sólo permitida en la crisis económica del siglo IV después de Cristo en la autocracia.³¹

Es indudable que el cristianismo influyó poderosamente en aquella evolución. La concepción cristiana de la familia era incompatible con el antiguo carácter del poder paterno. “La patristica desarrolló la doctrina paulina, elaborando una nueva concepción de las relaciones paterno filiales; inspirada en la noción de la paterna pietas y las ideas cristianas fueron

³¹ Moncayo Rodríguez. Op. cit. Pág. 182.

*penetrando en el derecho romano. Al influjo cristiano hay que atribuir la legislación que en época de Constantino atenúo las facultades del padre y dignificó la situación del hijo y la que con Justiniano, dulcificó definitivamente la patria potestad, proclamando ésta non debet in atrocitate sed in pretate consistere*³².

Ciertamente la fe o creencia en la divinidad ayuda a los pueblos a crear sociedades más humanas y en armonía, es el caso del cristianismo que se introdujo a Roma, a través del apóstol Pablo, primeramente fue tolerado y posteriormente se fundó una de las más importantes iglesias cristianas de la antigüedad. Era preciso que el pueblo romano dejara tanta barbarie y se sensibilizara, la fe cristiana influyó determinantemente en esta cultura. Al apóstol Pablo se le considera el mayor evangelizador de la época, en la Biblia se encuentra una carta escrita exclusivamente para los cristianos de Roma, la doctrina cristiana que predicaba Pablo se basaba en llamar al arrepentimiento del pecado a través de Jesucristo, el amor a Dios, al prójimo, el respeto y sometimiento a la autoridad terrenal, y la unidad de la familia entre otros, fue tan importante el cristianismo en esta Nación que actualmente es el principal asiento de una de las religiones más grandes de la humanidad, el Estado del Vaticano.

En esta etapa de la vida romana; las fuentes de la patria potestad se incrementaron. Permaneció como fuente el nacimiento; “quedaban sometidos a la patria potestad del paterfamilias los hijos procreados en iustae nuptiae, por el pater o por los hijos varones que estuvieren sujetos a su potestad; los nacidos de los hijas pertenecían a la familia del padre”³³.

“Por influencia del cristianismo, se creó la legitimación para favorecer a los hijos nacidos del concubinato. Este era un medio a través del cual el hijo natural se elevaba al rango de hijo legítimo, quedando sometido a la potestas del padre y en el derecho romano existieron tres formas de legitimación.

³² Castán Vázquez. Op. cit. Pág. 24.

³³ Moncayo Rodríguez, Op. Cit. Pág. 185

1.- Legitimación por el subsiguiente matrimonio de los padres; esta forma fue introducida por Constantino que permitió legitimar a los hijos naturales mediante el matrimonio posterior con la concubina...

2.- La legitimación por oblación a la curia: también ocurrió en la fase postclásica e introducida por razones de carácter fiscal. Teodosio II y Valentiniano III, establecieron que el padre que no tenía hijos legítimos podía legitimar al hijo natural ofreciéndolo a la curia como decurión y su función era recaudar los tributos fiscales, para lo cual el padre debía otorgar garantía suficiente que le permitiese afrontar las responsabilidades propias del cargo.

3.- Legitimación por rescriptio del emperador; en el derecho Justiniano se crea una tercera forma de legitimar a los hijos naturales que se utilizaba cuando el matrimonio entre los padres no era posible y no había hijos legítimos: en estos casos se permitía la legitimación por medio de una Rescriptio Imperial.

La adrogatio continuo siendo una fuente de la patria potestad, ya que en virtud de ésta, "una persona sui iuris que no se encontraba sometida a la patria potestad, sufría una capitis deminutio mínima, que lo transformaba en alieni iuris, y el adrogado así como todos aquellos individuos sometidos a su patria potestad entraban a formar parte de la familia del adrogante, quien adquiría también su patrimonio" La adopción constituyó una institución de Derecho Civil Romano cuyo principal efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crea el matrimonio justo entre el hijo y el paterfamilias, este acto se consideraba de menor importancia y no requería formalidad alguna puesto que el adoptado era un alieni iuris y no daba lugar a la desaparición de una familia.

La patria potestad era un poder muy amplio al que quedaban sometidos los hijos sin importar su edad, así que "alcanzar la mayoría de edad en Roma no implicaba poner fin a la patria potestad. Sin embargo había ciertos acontecimientos que impedían su continuidad en estos casos hablamos de extinción de la patria potestad, siendo las causas:

- 1.- Muerte o capitis deminutio máxima o media del padre.
- 2.- Muerte o capitis deminutio máxima o media del hijo.
- 3.- Emancipación del hijo.
- 4.- Adopción del hijo por otro paterfamilias.

- 5.- *Adrogación del paterfamilias.*
- 6.- *Acceso del hijo al sacerdocio.*
- 7.- *Nombramiento del hijo a cargos burocráticos en el derecho Justiniano.*
- 8.- *Matrimonio cum manu de la hija.*
- 9.- *Exposición del hijo*³⁴.

Es pertinente reflexionar en que la figura de la patria potestad fue entre el pueblo romano que evolucionó, digámoslo así, del barbarismo a una facultad responsable del padre. Toda sociedad en su evolución tiene que recorrer situaciones no muy agradables para conseguir fines civilizados. Por lo tanto es tal la trascendencia del derecho romano que es el antecedente de nuestro derecho.

2.2.- ANTECEDENTES PREVIOS A LA CODIFICACION EN MEXICO.

2.2.1.- MEXICO PREHISPANICO.

Es adecuado hablar del pueblo azteca como predominante del México antiguo, toda vez que su dominio sobre los demás pueblos de aquel tiempo, por lo tanto es que los autores los toman en cuenta como el pueblo que tiene la mayor cantidad de fuentes para averiguar sus disposiciones jurídicas sobre todo las que tienen contenido civil, pero diversos autores coinciden que la legislación del pueblo azteca era de tipo consuetudinario.

Las fuentes del derecho azteca fueron la costumbre, las sentencias del Tlatoani y las sentencias de los jueces. El Tlatoani era el legislador principal y los jueces iban formando algo parecido a una jurisprudencia, ya que a través de sentencias civiles regulaban la gran mayoría de sus hábitos.

“ El hombre era el jefe de la familia , pero en derecho , estaba en igualdad de circunstancias que la mujer. El hombre educaba y castigaba a los hijos varones y la mujer tenía a su cargo a las hembras. La patria potestad era un poder muy grande, pues el padre podía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos y el matrimonio

³⁴ Ibidem. Págs. 186 - 192.

que se celebraba sin el consentimiento del padre, era tenido como ignominioso.”

“Para castigar a los hijos, los padres podían usar la violencia, generalmente los herían con espinas de maguey; les cortaban el cabello, y cuando el hijo era tenido por incorregible, el padre, con el permiso previo de las autoridades, podía venderlo como esclavo.”

“ Los hijos de los nobles, de los ricos y los de la clase media, vivían en la casa de sus padres hasta los quince años, recibían la educación del padre y de la madre, respectivamente. A los quince años los entregaban al Calmecac o en el Teuchcalli, según la promesa que se hubiese hecho el día de su bautizo. Estos lugares eran establecimientos educativos en los que permanecían cuatro o cinco años, hasta que sus padres concertaban el matrimonio, del colegio salían por lo tanto, a formar un hogar y a prestar sus servicios a la vida pública. Parece que las hijas se educaban en su casa, generalmente, aún cuando también había establecimientos especiales para la educación de las mujeres y otros de reclusión y educación, especie de conventos bajo la autoridad de los sacerdotes.”

“En el caso de divorcio, los hijos pertenecían al esposo y las hijas a la esposa y el culpable perdía la mitad de sus bienes. Como regla general heredaba el hijo primogénito del padre; particularmente los bienes del mayorazgo que le pertenecían por herencia con la dignidad que a ellos correspondía... si no había primogénito heredaba un nieto y a falta de éste un nieto segundo; y a falta de todos éstos heredaba el hermano que se consideraba mejor por sus dotes, entre varios. Las mujeres quedaban excluidas de la herencia de las dignidades.”³⁵

En general la cultura azteca tenía como base la de la familia; el matrimonio, éstos tenían un profundo sentido humanitario y social, reconociéndose en su civilización la importancia de la niñez; cabe mencionar que en la familia azteca la patria potestad la ejercían el padre y la madre sin menosprecio de ninguno de ellos, es decir ambos tenían la misma autoridad en el hogar y en cuanto a la potestad de corrección, era también equitativa.

³⁵ Mendieta y Núñez, Lucio. *El derecho Precolonial*, 5a ed. Editorial Porrúa S. A. México, 1985, Pág. 83 y sigs. citado por Domínguez Martínez Jorge Alfredo. *Derecho Civil Parte General*. 5 ed. Editorial Porrúa S.A. México 1996. Págs 54 - 56.

Es a todas luces evidente que en la sociedad azteca existía perfectamente definido un código de moral familiar y social, bajo el cual este pueblo existió durante mucho tiempo.

Como ya se ha descrito por los autores, en el pueblo azteca la patria potestad era una institución de gran autoridad del padre, en donde éste gozaba del derecho de vender a sus hijos con el carácter de esclavos, pero siempre y cuando éstos últimos fueran desobedientes e ingratos, y que ya hubiesen agotado la paciencia en correcciones, y que realmente fueran incorregibles aunado a que tenían que pedir autorización a las autoridades correspondientes, puede observarse que era algo parecido a lo que existe hoy en cuanto a pedir ayuda a las autoridades para lograr la corrección de los hijos. Así mismo es notable comparar a la patria potestad, concebida por el pueblo azteca con la que tenía el antiguo pueblo romano; el pater familias en Roma tenía más derechos sobre sus hijos que los padres aztecas, es decir, el pater romano podía si quería o lo consideraba necesario, ordenar la muerte de sus hijos o hijas, venderlo a placer o tal vez golpearlo brutalmente, a diferencia del padre de familia azteca; lo más terrible que podía hacerle a su hijo era venderlo como esclavo, es posible concluir que los antepasados mexicanos eran menos salvajes con su descendencia.

2.2.2.- MEXICO COLONIAL.

Con la opresión bélica, religiosa y social que caracterizó esta etapa de la vida de nuestro país, los deseos y costumbres se encontraron subordinados a los impuestos por el conquistador. La intromisión de la religión cristiana a las indias fue determinante en el desarrollo y concepción de la familia y demás instituciones de ésta.

En un principio, las autoridades civiles y religiosas españolas entre ellas el Tribunal de la Santa Inquisición, tenían un desconocimiento total del orden familiar que imperaba en las indias. La Bula del Papa Paulo III en la época del Virrey Don Antonio de Mendoza se reunieron ambas autoridades con personas que conocían de los ritos y ceremonias que usaban los indios en sus casamientos, nacimientos, etc., y una vez que estuvieron al tanto de sus costumbres y formas de vida quedó claro

para los españoles que los indios tenían legítimo matrimonio, y por lo tanto no tan incivilizados como ellos lo imaginaban.³⁶

Cuando los españoles llegan a México, se encuentran con que los nativos conocen las instituciones del derecho familiar como el matrimonio y la patria potestad, pero como era de esperarse, con la fusión de diversas culturas, y la imposición de un nuevo gobierno y costumbres, llevó a los pueblos conquistados a adoptar un régimen jurídico. España era católica y en aquellos días no estaba permitido nada que no estuviera en los parámetros sagrados, los pueblos colonizados estaban bajo la autoridad irracional y violenta del Tribunal de la Santa Inquisición.

Durante la colonización, con la llegada de la raza española y las demás razas de esclavos como eran los mulatos, zambos, etc., nacieron con ello las uniones de parejas de razas diferentes creando conflictos de diversa índole. Las Cédulas del 19 de octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556 resuelven la situación; los matrimonios entre españoles e indios y en cuanto a los que aquellos celebraban con negras y mulatos, no existe prohibición alguna.³⁷

Las demás instituciones del derecho de familia que tienen en ella su nacimiento se reglamentan en función del matrimonio "las reglas del derecho civil acerca del matrimonio en Indias se encuentran contenidas en la pragmática sanción del 23 de marzo de 1776, que recogió los diversos preceptos que la experiencia había dictado. Según ella, aquí, como en España, los menores de veinticinco años necesitaban para contraer matrimonio previa autorización del padre, en su defecto de la madre, de los abuelos, o de los parientes más cercanos, faltando todos estos, de los tutores, debiendo en estos dos últimos casos obtenerse la aprobación judicial; Exceptuándose en Indias a los negros, mulatos y castas, que no fueran oficiales de milicias y los indios que tuvieran oficiales de milicias, así como los que tuvieran alguna dificultad para solicitarla, en cuyo debían impetrarla de sus curas y doctrinarios. Los españoles cuyos padres o tutores vivieron en España o en otro reino de Indias, podían solicitar directamente licencia de la autoridad judicial." ³⁸

³⁶ Chávez Asencio. Op. Cit. Pág. 63.

³⁷ Ibidem. Pág. 64.

³⁸ Idem.

Es a todas luces extremadamente restringido el ámbito del derecho familiar en aquellos días, las costumbres, como se observa eran muy rígidas y gran parte de ello se debía a la acción de la Iglesia, podemos pensar que la protección hacia los hijos era excesiva, pero siempre ha sido necesaria. La discriminación existe en esta época ya que se hacían diferencias con los negros, mulatos y castas.

El matrimonio contraído sin licencia no producía efectos civiles ni con relación a los cónyuges, ni en lo tocante a los hijos, así es que no podían en ellos hablarse de dote legítima, mayorazgos ni otros derechos de familia. Situación que afortunadamente ha cambiado, esto en virtud de los hijos, la legislación vigente reconoce y regula al concubinato, otorgándole derechos a la concubina y a los hijos que resulten de éste con sus limitaciones legales.

2.2.3.- MEXICO INDEPENDIENTE.

El matrimonio así como la patria potestad son dos hechos naturales del hombre que únicamente son reconocidos por el derecho. En el México Independiente el matrimonio, su celebración, regulación y registro eran de competencia exclusiva de la Iglesia, con todos los deberes y obligaciones implícitos a los cónyuges en especial los relativos a los hijos que debían ser educados en la doctrina católica, con principios y moral establecidos por la Iglesia, hasta la promulgación de Las Leyes de Reforma.

De modo explícito El Concilio de Trento definió la potestad de la Iglesia sobre el matrimonio y demás instituciones del derecho de familia, así como la competencia para juzgar causas relacionadas con el matrimonio y quedó implícito que la iglesia tenía la jurisdicción por derecho propio y no por concesiones otorgadas por autoridades civiles.³⁹

Así es que entonces, el principio fundamental del cristianismo, honra a tu padre y a tu madre, sostuvieron la vida familiar del México Colonial ya que la iglesia tenía plena facultad de intervenir en las controversias del orden familiar, aún de oficio.

³⁹ Ibidem Pág. 65

Afortunadamente nuestro país no escapó de las ideas liberales que permitieron la evolución social y con ello mejorar las condiciones de vida de padres e hijos.

Durante esta época se le concedía a la madre muy poca autoridad sobre los hijos, solo el padre ejercía la patria potestad; su consentimiento era necesario para el matrimonio del hijo y solo él podía resolver sobre la educación de cada uno de sus hijos, la administración de sus bienes o sus transacciones legales, sin tener que consultar a la esposa. Si el padre fallecía no se le concedía automáticamente la custodia de sus hijos a la viuda y en ningún caso se le concedía la patria potestad a la madre. A ella se le daba la custodia únicamente si el padre no había nombrado a un tutor en su testamento y sólo mientras viviera honestamente y no pasara a segundas nupcias.

Desde aquellos días de independencia nacional a la actualidad el machismo se encuentra vigente en la vida de la sociedad mexicana, antiguamente la ley amparaba a los varones para despojar a la madre de todo derecho sobre los hijos, en el Código Civil vigente la mujer se encuentra amparada en muchas esferas de la vida familiar, pero es de resaltar lo relativo a los derechos que le otorga la patria potestad, por ejemplo, la preferencia en la custodia de los hijos hasta los siete años de edad. La ignorancia de nuestra población de todos los derechos que la ley le concede provoca que los prejuicios, intimidación, costumbres u otros motivos hagan víctimas de arbitrariedades a las madres mexicanas.

2.3.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN DERECHO CIVIL MEXICANO.

Las problemas de la familia debían ser resueltos por los diversos códigos civiles que fueron promulgados a lo largo de la historia del Derecho Civil Mexicano, el desempeño, ejercicio y límites de la patria potestad sufrieron diversas modificaciones que fueron recogidas y convertidas en el ordenamiento legal que ahora conocemos, pero que aún con todos aquellos cambios que ha sufrido, no es suficiente porque las necesidades de la familia se transforman.

2.3.1.- CODIGO CIVIL DE 1870.

“El 15 de enero de 1870 la comisión integrada por los señores licenciados Mariano Yañez, José María Lafragua, Isidro A. Montiel y Duarte y Rafael Dondé, envió al Ministerio de Justicia e Instrucción Pública su trabajo realizado respecto de un proyecto de Código Civil promulgado el 8 de diciembre siguiente y cuya vigencia fue a partir del primero de mayo de 1871, bajo la denominación de Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California y con este ordenamiento concluye la época correspondiente al proceso codificador iniciado poco menos de cincuenta años antes.”

“El contenido de este ordenamiento lo integran 4,126 artículos dispositivos, divididos en un título preliminar y cuatro libros, no tiene transitorios. El título preliminar indicado se compone del artículo 1 al 21, bajo el rubro “De la Ley y sus efectos, con las reglas generales de su aplicación”. El libro primero comprende los artículos del 22 al 777; se intitula “De las personas” y en él incluye la regulación del derecho de familia. En la parte relativa a las personas se refiere a las físicas con previsión sobre el domicilio y el estado civil; regula el Registro Civil; también se refiere a las personas morales; respecto de instituciones de derecho familiar contiene regulación destinada al matrimonio, el parentesco, y los alimentos, al divorcio solo por separación y no con ruptura del vínculo matrimonial; a la paternidad y a la filiación, a la menor edad, a la patria potestad, a la tutela y a la curatela, a la restitución in integrum, a la emancipación, mayor edad y a la ausencia, curiosamente no contiene alusión alguna a la adopción.”⁴⁰

El Código Civil de 1870 no pretende romper con las tradiciones jurídicas en que se habían formado los juristas de entonces y procura facilitar la transmisión entre el antiguo derecho y el que se estimó más propio para regir a partir de entonces, establece un orden verdadero evidenciado por la vida fructífera que ha tenido.

El título cuarto de este Código contenía los temas relativos a las actas del estado civil; nacimiento, reconocimiento de hijos naturales, tutela, emancipación matrimonio y defunción. “El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige”(Art. 161), en el capítulo de “los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio”; los cónyuges están obligados a

⁴⁰ Domínguez Martínez. Op. Cit. Págs. 64 y 65.

guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y socorrerse mutuamente”(Art. 198), “la mujer debe vivir con su marido”(Art. 199), “El marido debe proteger a su mujer; ésta debe obedecer a aquél, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes” (Art. 201), “la mujer está obligada a seguir a su marido, si éste lo exige, donde quiera que establezca su residencia, salvo pacto en contrario en las capitulaciones matrimoniales” (Art. 204), “Clasificó a los hijos en legítimos y en hijos nacidos fuera de matrimonio, subdividiendo a éstos últimos en hijos naturales y en hijos espurios ‘ex-nefario vel damanato coitu’, o sea adulterinos y los incestuosos principalmente para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón a la diversa categoría a que pertenecían” (Art. 383,y 3460 a 2496).⁴¹

En este Código existía un predominio absoluto de la voluntad del marido sobre la mujer, sobre los bienes del matrimonio, sobre los hijos y su educación tanto así que en el artículo 392 fracción I, los legisladores le confieren la patria potestad exclusivamente al padre y en su ausencia a la madre, y principalmente la clasificación que hace de los hijos, por demás denigrante para los infantes. Sobresaliente el hecho de que se habla de una sociedad moralista llena de prejuicios falsos, ya que era tal la hipocresía que existía una clasificación para los adulterinos, se concluye que los respetables señores de la época también quebrantaban el séptimo mandamiento y luego los inocentes eran los que pagaban el precio.

2.3.2.- CODIGO CIVIL DE 1884.

Después de que el primer Código Civil entró en vigencia, trece años después se promulga uno nuevo durante el gobierno del presidente Manuel González e inició su vigencia el primero de junio de 1884, sin embargo este Código no cambia significativamente las disposiciones del código anterior, pero es importante comentar lo contemplado en materia de patria potestad.⁴²

⁴¹ Sánchez Medal Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia. Editorial Porrúa S. A. México 1979. Pág. 12. Citado por Chávez Asencio, Op. Cit, Pág. 75.

⁴² Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I Atributos de la personalidad. 2a ed. Editorial Porrúa S. A. México 1998. Pág. 72.

Durante la vigencia del código de 1884 este sufrió dos derogaciones de trascendencia; la primera en el año de 1914, cuando el 29 de diciembre de ese año se promulgó la conocida Ley de divorcio vincular, que como su nombre lo indica establece por primera vez en México el divorcio, dejando en aptitud de contraer un nuevo matrimonio. La segunda derogación fue a consecuencia de la promulgación y vigencia de la Ley sobre Relaciones Familiares a partir del 9 de abril de 1917 que derogó al Código en todo lo relacionado al derecho de familia.⁴³

En el código civil de 1884 la mujer casada tenía la obligación de obedecer al esposo en todo lo que se refería a cuestiones domésticas, a la educación de los hijos y a la administración de sus bienes. Tal parecía que el matrimonio producía el efecto de disminuir la capacidad de la mujer para dirigir su vida y administrar y disponer de sus bienes, el legislador consideraba que el marido debía ejercer un predominio absoluto en la mujer y en consecuencia ésta no gozaba de la libertad que se concedía a la mujer si ésta era mayor de edad si estaba casada. La mujer no tenía libertad de acción para educar a sus hijos, debía obedecer a su marido en lo que a educación se refería. La patria potestad no la ejercía la madre sino en defecto del padre, se necesitaba que estuviera muerto o desaparecido para que la madre ejerciera la patria potestad. La mujer, aún cuando fuera mayor de edad, sino había cumplido aún los 30 años, no podía abandonar la casa paterna sino era para casarse, o bien cuando el padre, la madre o el ascendiente con quien vivía contrajese nuevo matrimonio. En el Código Civil en estudio se encontraba prohibida la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio e igualmente al código anterior la filiación legítima se apoya en presunciones como: en la vida marital que hacen el padre y la madre; en la honestidad y fidelidad de la esposa.⁴⁴

Es prudente comentar que los Códigos civiles de 1870 y 1884 son muy similares, fundamentalmente la reforma medular que sufrió el último fue en el Derecho Sucesorio, esto es que añadió a la sucesión legítima y establece una libre testamentificación.

⁴³ Domínguez Martínez. Op. Cit, Pág. 66.

⁴⁴ Moreno Daniel. El pensamiento jurídico Mexicano. La socialización del Derecho Privado y el Código Civil de 1928. Ponente: Francisco H. Ruiz. 2a ed. Editorial Porrúa . México 1979. Págs. 573-577.

2.3.3.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

La Ley sobre Relaciones Familiares en 555 artículos dispositivos regula todo lo concerniente al derecho de familia, con las mismas instituciones contenidas en el Código de 1884, pero con las salvedades de que insiste en el divorcio vincular e incluye la adopción. Se expide el 9 de abril de 1917, bajo el gobierno del presidente de la República, don Venustiano Carranza, esta ley invocaba las ideas modernas sobre la igualdad de los miembros de la familia, así como de la antigua potestad del "pater familias" y de las consecuencias de la indisolubilidad del vínculo matrimonial; estableciendo el divorcio vincular, así como la liquidación de la comunidad de bienes; suprimiendo los calificativos ofensivos e infamantes para los hijos cuyos padres no habían celebrado el contrato matrimonial.⁴⁵

"Esta ley derogó los capítulos y títulos correspondientes del Código Civil de 1884, y como estaba dispuesto el artículo décimo transitorio, comenzó a regir desde la fecha de su publicación, misma que se hizo fraccionadamente en el Diario Oficial- en el periodo comprendido entre el 14 de abril y el 11 de mayo de 1917- y dejó de tener vigencia el primero de octubre de 1932, en cuya fecha entró en vigor el entonces nuevo código civil de 1928, aún vigente en el Distrito Federal."⁴⁶

Es interesante destacar lo relativo a la igualdad de hombre y mujer ante la ley. La Ley de Relaciones Familiares establece que ambos gozarán de la patria potestad simultáneamente, pero en la misma ley se establece como condicionante para su ejercicio, que la mujer debe vivir en el domicilio del cónyuge, es decir, que si se divorcia la patria potestad, o correctamente expresado la custodia, el derecho de convivencia, sólo será ejercida por el padre. Ciertamente esta Ley es limitativa, imprecisa y contradictoria, ya que por otro lado afirma que el divorcio termina con el vínculo matrimonial. Esta ley es sólo un intento más por cambiar los dogmas de aquellos días, situación por demás normal, ubicándose en el contexto social de la época, estos cambios por pequeños que fueran debieron escandalizar no a pocos. Para apoyar lo anterior se ilustra con el siguiente criterio jurisprudencial.

⁴⁵ Domínguez Martínez, Op. Cit. Págs. 65-66.

⁴⁶ Magallón Ibarra Op. Cit. Pág. 76

La Corte dispone: Conforme a la Ley de Relaciones Familiares, la patria potestad se ejerce por el padre y la madre, esto es, ambos tienen iguales derechos para ese ejercicio; más esto no significa que deban ejercitarla solidaria y mancomunadamente, salvo en los casos prevenidos por la misma Ley; de modo que si falta de hecho uno de los dos, el que quede está capacitado para ejercer la patria potestad, y los jueces, al adquirir la promoción de quien comparece por el menor, no dan por probada la falta del otro cónyuge, sino sólo la causa manifestada por el compareciente, para justificar la circunstancia de que su consorte no comparece.⁴⁷ Pero si lo dejaban en estado de indefensión, incluyendo a los menores.

Es cierto que conforme a la Fracción I del Artículo 241 de la Ley de Relaciones Familiares, la patria potestad se ejerce; por el padre o la madre de donde se deduce, así como de los artículos 243, 248 y 257 de la misma ley, que la patria potestad radica simultáneamente en el padre y la madre, pero conforme al Artículo 41 de la misma ley, la mujer está obligada a vivir con el marido y, por tanto, es en el domicilio de éste en donde deben ejercitarse los derechos que se derivan de la patria potestad, de tal manera que cuando los menores han sido separados del domicilio conyugal, en virtud de las medidas provisionales que se toman durante la tramitación del juicio de divorcio, al considerar insubsistentes esas medidas, si el juez ordena que los hijos se reintegran al domicilio del padre, y sólo autoriza para que la esposa viva separada de su marido durante algún tiempo, no viola con ello ninguna garantías en contra de la esposa.⁴⁸

Se justifica el ánimo de las dos tesis jurisprudenciales anteriores, por el año de su creación; la primera de 1931 y la siguiente de un año antes, como puede observarse la situación jurídica y social en que vivían las mujeres y los menores de hace unos años era aún muy precaria, el machismo es un vicio que se sigue cultivando en nuestra sociedad, por las mujeres mexicanas, pero ahora se sabe que su situación en la ley es ya muy diferente, gracias al espíritu de independencia y lucha de muchas de ellas.

⁴⁷ TOMO XXXI, Pág.- 733.- Amparo en Revisión, 2358/29, Sec. 3ª.- Quijano Palomo Florencio.- 3 De Febrero De 1931.- Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo XXI.

⁴⁸ T. XXIX. Arenas de Nieto Carmen. Pág. 849. julio/4/30. Mayoría de 4 Votos. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo XXIX. Tesis: Página: 849. Tesis Aislada.

Aún cuando el capítulo XVII de la ley sobre relaciones familiares, consigna que la patria potestad concluye: por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga aquella; por la mayor edad del hijo y por la emancipación de este, y que se suspende por incapacidad o ausencia, declaradas judicialmente, y por sentencia condenatoria que imponga como pena tal suspensión, no debe perderse de vista que el artículo 242 de la citada ley, habla de la falta de dicho ejercicio, personalmente, y es innegable que ésta puede ocurrir, además de los casos de muerte, interdicción, ausencia y pena impuesta por sentencia judicial, en otros muchos en que existe imposibilidad material y notaria para ejercerla, como acontecería si el padre, en el momento preciso y urgente de representar en juicio a sus hijos menores, se encontrara privado, por causa de enfermedad del uso expedito de sus facultades mentales, que lo colocara en situación de no poder desempeñar esa prerrogativa personalmente ni otorgar el mandato correspondiente, pero cuando esta incapacidad es por un motivo ilícito, como el hecho de que el padre se encuentre prófugo de la justicia, es claro que esa circunstancia de ninguna manera incluye su abstención para representar a sus menores hijos en los términos del párrafo segundo del artículo 242 de la ley de relaciones familiares, ya que como se dijo antes, tal abstención obedece a un motivo ilícito.⁴⁹

Efectivamente, como el criterio jurisprudencial lo menciona, otra de las causas por las que concluye, según la Ley de Relaciones Familiares, la patria potestad, es por incapacidad física o mental, o prófugo de la justicia. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, subsanando la omisión de la ley.

2.3.4.- CODIGO CIVIL DE 1928.

La evolución del pensamiento filosófico mundial se plasmó en algunas de sus corrientes, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y se integraron de igual forma al Código Civil; estas corrientes filosóficas se consideran distintas a las del Código Civil de 1884, afortunadamente.

⁴⁹ Tomo XXVIII. Berea Y Piza Emilio Y Guillermo. Pág. 1546. 19 de marzo de 1930. Mayoría De Votos. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo XXVIII. Tesis: Página: 1546. Tesis Aislada.

El código Civil vigente desde el 30 de agosto de 1928, fue promulgado por el presidente Plutarco Elías Calles y empezó a regir desde el 1o de octubre de 1932, y es evidente que los cambios jurídicos no pueden mantenerse ajenos al cambio que las sociedades experimentan. La Comisión que formó el proyecto Código Civil, integrada por Ignacio García Téllez, Francisco H. Ruiz y Rafael García Peña, al concluir sus trabajos presentó un informe sobre las reformas contenidas.⁵⁰

Las reformas que se han realizado al Código Civil vigente han sido diversas, trataremos de enunciar las medulares.

Se equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciéndose que esta no quedaba sometida, por razón de su sexo, a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos. Como consecuencia de esta equiparación se dió a la mujer domicilio de la misma jerarquía que la de su cónyuge y no fuera para ella el que señalará para él; se dispuso que tuviera en el matrimonio autoridad y consideraciones legales iguales al marido y que, por lo mismo, de común acuerdo arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes de éstos. Se estableció que la mujer pudiera, sin necesidad de autoridad marital, servir un empleo, ejercer una profesión o industria o dedicarse al comercio, con tal que no descuidara la dirección y los trabajos del hogar. La mujer casada mayor de edad puede administrar libremente sus bienes propios y disponer de ellos, también puede administrar los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, si así lo hubiere convenido con su esposo. Igualmente tiene derecho de pedir que se dé por concluida la sociedad conyugal cuando, teniendo el marido, teniendo el marido la administración de los bienes comunes, se revele un administrador torpe y negligente.⁵¹

Se hizo desaparecer la incapacidad legal para que la mujer pudiera ser tutor, tutora, testigo en testamento, albacea y para que ejerciera el mandato. Al llegar a la mayor edad tiene la libre disposición de su persona y de sus bienes, estando legalmente capacitada para celebrar toda clase de contratos. No pierde la patria potestad sobre los hijos de los

⁵⁰ Magallón Ibarra Mario Op. Cit. Pág. 78.

⁵¹ Código Civil para el Distrito Federal. Exposición de motivos. 64ed. Editorial Porrúa S.A. México 1995. Pág. 11.

*matrimonios anteriores aún cuando contraiga segundas o ulteriores nupcias. El ejercicio de la patria potestad se limitó en aquellos casos que lo disponía el funcionamiento de los tribunales de menores. Por lo que toca a los hijos se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio. Se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo, se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quien es su madre, y se estableció en favor de los hijos nacidos de concubinato, la presunción de ser hijos naturales del concubinario y la concubina. Se equipararon en cuanto fue posible las causas de divorcio en lo que se refiere al hombre y a la mujer, procurándose que quedaran debidamente garantizados los intereses de los hijos, que casi siempre resultan ser víctimas de la disolución de la familia*⁵².

Es en resumen medular el cambio operado en la sanción y promulgación del Código Civil de 1928, cambios necesarios para concebir un mejor y equitativo trabajo en la familia para hombres y mujeres.

Como se observa; los motivos que se enuncian y los cambios logrados en el Código Civil tenían un carácter ingente, es prudente preguntarse por qué es hasta 1928 que el Congreso toma tales decisiones, la verdad es que la sociedad mexicana no podía tolerar los beneficios para la mujer y los menores. Como se ha mencionado el pueblo mexicano es gente de una moral machista y que ciertamente aún que se plasmó en la ley, no por ello existirían cambios de facto en la vida de las personas, tanto así que en la actualidad nuestros días continúan los abusos a mujeres y niños por parte de los hombres, ya sean padres, abuelos, tíos, hermanos, parientes por afinidad o terceros. Es preciso educar a la gente para que conozca la ley y los derechos que ella le otorga para que a su vez exija el cumplimiento estricto de éstos a la autoridad.

CAP. III.- LA REGULACION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La familia constituye la base de la sociedad, su protección y tutela jurídica debe ser prioridad de cualquier Estado moderno, sin embargo la existencia de un derecho familiar que responda a las

⁵² Ibid. Pág. 16

necesidades de la población no existe en nuestro ordenamiento. Desafortunadamente la falta de una protección integral a los miembros de la familia mexicana ha derivado en que se observe en ella un alto índice de violencia intrafamiliar, no es raro observar que un alto porcentaje de niños sufran maltratos y golpes de sus padres, o que la violencia se manifieste entre cónyuges, hermanos, etc.

El Código Civil para el Distrito Federal contempla en su articulado todas y cada una de las disposiciones del derecho familiar; las actas de registro civil, matrimonio, divorcio, concubinato, patria potestad, alimentos, custodia, tutela, curatela, etcétera.

Una de las reformas más importantes en materia familiar, es la operada el 30 de diciembre de 1997, en la que se publican en el Diario Oficial de la Federación, reformas, adiciones y derogaciones a diversas disposiciones al Código Civil, Código de Procedimientos Civiles, Código Penal y Código de Procedimientos Penales, todos estos aplicables al Distrito Federal; que son insuficientes y en algunos casos reiterativas, pero aún así son un buen adelanto para los que a futuro deben ocurrir. No es posible que con estas reformas se solucione la violencia familiar y la desigualdad que padece la mujer, los hijos, y parejas que viven en matrimonio o en concubinato.

3.1.- EFECTOS JURIDICOS RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente en los numerales, del 411 al 424 establece cada uno de los efectos que la institución de la patria potestad tiene sobre la persona de los hijos. Es importante mencionar que los artículos 411, 414, al 418 y el 422 y 423 fueron modificados con la reforma del 30 de diciembre de 1997.

*Galindo Garfias señala que “en este rubro es donde se encuentra más fácilmente la coincidencia de los intereses público y privado, pues la autoridad del padre y la madre se atribuyen con el fin de criar y educar a los hijos e hijas. Para que ello sea posible tiene como efecto directo el surgimiento de una serie de deberes y facultades que recaen sobre quien las ejerce”.*⁵³

⁵³ Galindo Garfias. Op. Cit. Págs. 55 y 666.

El numeral 414 del Código Civil establece que la patria potestad la ejercerán siempre los padres, en su defecto corresponderá su ejercicio a los ascendientes en segundo grado a juicio del Juez, la patria potestad se ejercerá sobre los hijos no emancipados, es decir que no hayan contraído matrimonio siendo menores de dieciocho años.

En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

El cumplimiento de la misión paterna exige, a su vez, una sumisión y dependencia de los hijos; estos tienen también deberes que cumplir. El deber de educación exige la obediencia de los menores, implica el cumplimiento por el hijo de las ordenes lícitas dadas por los padres, por ejemplo; al vivir en la casa del padre o cambiar de residencia si éste lo hace, al estudiar en la escuela que el padre elija o al aceptar el castigo lícito de éste. El deber de respetar a los padres es indudablemente de Derecho Natural, fundado en el IV mandamiento de la ley de Dios; de Honrar al padre y a la madre.

Como ya se ha mencionado en el desarrollo del presente trabajo, el ejercicio de la patria potestad implica deberes con respecto a los hijos, mismos que contempla el Código Civil.

En primer lugar el de educar convenientemente al hijo, que implica la facultad de corregir moderadamente a éste, es importante mencionar que lo anterior puede malinterpretarse y muchos padres aprovechan para abusar de los menores y en ocasiones lesionar física o moralmente a éstos, para evitar en la medida de lo posible estos maltratos, el código civil contempla ya; "quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de un buen ejemplo. La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica..., los integrantes de la familia tienen derecho a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir con su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo social. Al efecto, contará con la asistencia y protección de las instituciones públicas de acuerdo con las leyes".

Tal vez el secreto se encuentre en: "la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo," es vital que los padres actúen congruentes con su dicho, deben practicar lo que enseñen a sus hijos y para que puedan exigir el respeto de cada uno de ellos.

Otro de los deberes y facultades de los ascendientes respecto de los menores es el de custodia, posiblemente uno de los más importantes, en virtud de que éste consiste en la convivencia diaria con el menor, y por lo tanto quien realmente se encargará de todos los cuidados que el hijo necesita, que implica otros importantes deberes, como son el de la prestación de alimentos y el de convivencia. Pueden darse dos hipótesis, que los padres la ejerzan juntos, el caso de un matrimonio o concubinato o de que se encuentren separados y solamente uno de ellos la ejerza.

Es posible ingerir que la legislación considera que en la custodia están comprometidos otros deberes y derechos correlativos de esta relación paterno-filial, como son la convivencia, protección a la persona, vigilancia de actos y la educación completa que comprende la moral y la religiosa, siendo parte ésta última sólo de algunos casos, se estima que la religión cristiana aporta gran cantidad de elementos que les son de utilidad a los padres para lograr la mejor educación de sus hijos, a saber por ejemplo el temor a Dios, que actúa como limitante para la ejecución de malas acciones.

La situación normal es que ambos cónyuges que son los padres, ejerzan solidariamente la patria potestad, al igual que es normal que los concubinos lo hagan. Puede haber situaciones especiales por las cuales, o bien uno de los cónyuges se vea privado de ejercer la patria potestad por sentencia o que alguno de ellos lo tenga que ejercer sólo por ausencia o muerte del otro. También se presenta el caso en la relación del hijo extramatrimonial que fuere reconocido por uno de los padres en primer lugar y que no vivieren juntos.

Al respecto nuestro ordenamiento civil en su numeral 416 dispone, que en caso de que se separen los que ejerzan la patria potestad, podrán de común acuerdo decidir las circunstancias en que ha de desempeñarse la custodia de los menores, y en caso de desacuerdo el juez resolverá oyendo antes al Ministerio Público. El hecho de que sólo uno de los cónyuges desempeñe la custodia no exime al otro de colaborar con las necesidades del menor, así como de la convivencia con éste en un régimen

de visitas previamente convenido, a menos, claro que representen un peligro para el menor, situación que también puede poner en peligro el ejercicio de la patria potestad. Nuestro código indica que todas y cada una de las resoluciones serán atendiendo a los intereses del menor.

*Al respecto la Suprema Corte de la Nación ha sostenido: DIVORCIO, SITUACION DE LOS HIJOS EN CASO DE. "La pérdida o suspensión de la patria potestad, en los casos de divorcio, no es propiamente una pena, sino una consecuencia de la disolución del matrimonio, que obedece a razones de orden moral y social; de manera que aun no existiendo precepto que literalmente regule la situación de los hijos, en un caso concreto de divorcio, para hacer esa regulación, debe atenderse a las reglas de interpretación y a la aplicación analógica, de las normas pertinentes, ya que el propósito del legislador ha sido el de que se defina la situación en que vayan a quedar los hijos, una vez divorciados los padres, debido, entre otros motivos, a la dificultad material de que éstos siguen ejerciendo conjuntamente la patria potestad, lo que de seguro ocasionaría frecuentes conflictos, con notorio perjuicio del cuidado y educación de los menores."*⁵⁴

Es importante mencionar que los menores sujetos a la patria potestad cuentan con el apoyo y protección del Ministerio Público y los Consejos Locales de Tutela, esto con el fin de evitar malos tratos y abusos. En ocasiones también se cae en el extremo contrario, y los padres ya no cuentan con la libertad moral de corregir y disciplinar a sus hijos, en virtud de que piensan que si los castigan físicamente cometen delitos, en gran medida por la difusión que se ha dado a la Convención de los Derechos de los niños y a la situación de la violencia intra familiar, pero no se debe exagerar en ningún caso.

Otro deber más de los ascendientes es el de representación del menor. El Código Civil dispone en el artículo 424: "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 aquel derecho..." El hijo menor de edad es sujeto de derecho, pero para su ejercicio necesita de quienes ejerzan la patria potestad, quienes son sus legítimos representantes y su representación continúa hasta la terminación, por la extinción de la institución, pérdida o suspensión del

⁵⁴ Barbosa Julio. Pág. 1012. Tomo LXVIII. 22 De Abril De 1941. 5 Votos. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo LXVIII. Tesis: Página: 1012.

ejercicio de la patria potestad y comprende a las personas de los menores no emancipados y a sus bienes y derechos.

Los que ejercen la patria potestad deberán actuar conjuntamente en la representación. Para la representación en juicio está la posibilidad de que sea alguno de los dos, al establecer el Código que no se podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso del otro cónyuge que no actúe en juicio, lo que quiere decir, que salvo para el caso de arreglo por terminación del juicio, basta uno de los que ejercen la patria potestad para representar en juicio al menor.

3.2.- EFECTOS JURIDICOS RESPECTO DE LOS BIENES DE LOS HIJOS.

Quienes ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes del hijo. Los menores aunque no tengan plena capacidad, pueden ser titulares de derechos y propietarios de bienes, pero carecen de la capacidad de ejercicio que les impide administrar y disponer de los mismos, por lo que requieren de la representación legal y de la facultad de administración se confiere por ley a los que ejercen la patria potestad. Es entonces que ésta sólo existe en nombre e interés del hijo.

Los menores de edad necesitan para tener presencia en la vida jurídica, la ayuda y asistencia de otras personas, y quienes mejores y más preparados para buscar su beneficio, sino sus padres. Ya que para éstos representarlos constituye un derecho y un deber, así como las demás funciones de la patria potestad.

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 425 señala que los que ejercen la patria potestad son los representantes legítimos y administradores legales, esto en virtud de que no existe un contrato que de origen a sus facultades sino que éstas emanan de la propia relación paterno-filial y la ley recoge esta situación y los hace administradores legales de sus hijos menores no emancipados.

El Código en comento hace una correcta diferencia en los bienes de los sometidos a la patria potestad, clasificándolos en bienes adquiridos por su trabajo y bienes que adquiere por cualquier otro título. En cuanto a los bienes de la primera clase la ley otorga la administración, la

propiedad y el usufructo al menor de que se trate. En lo relativo a los bienes que adquiera por cualquier otro título, en primer término estos pueden los adquiridos por fortuna, donación, herencia, etc., la ley le otorga al menor la propiedad, la mitad del usufructo y la administración y la otra mitad del usufructo le pertenecen a los que ejercen la patria potestad, con la salvedad de que en el caso de que los bienes que el menor adquiera por donación, herencia, legado y en el testamento se establece que al menor le corresponda una mayor cantidad de usufructo o que se destine para un fin en especial, se debe estar a lo dispuesto por el testador. De igual manera contempla el artículo 435 que el padre puede otorgarle la administración de los bienes y si es así, al menor se le considerará como emancipado únicamente con la restricción para enajenar, gravar e hipotecar los bienes.

El tratadista Manuel Chávez Asencio, considera que las facultades que el código civil otorga al que ejerce la patria potestad pueden dividirse en tres: para pleitos y cobranzas, para actos de administración y para actos de dominio. "Quienes ejercen la patria potestad para la debida y completa administración, tienen la posibilidad de administrar los bienes y enajenarlos, salvo las excepciones que el mismo código señala que requieren autorización legal, pero como también representan a los hijos, se concluye que éstos tienen también las facultades para pleitos y cobranzas, para poder hacer una administración completa en beneficio de los menores. Por tanto, en términos generales pueden representarlos dentro y fuera de juicio, reconocer obligaciones, hacer transacciones, hacer enajenaciones, excepto las prohibidas o las que requieran de autorización judicial, disponer de dinero, aceptar para sus hijos herencias, donaciones, etc."⁵⁵ Otra obligación de esta administración es la de rendir cuentas, al terminar la misma o cuando se les solicite, toda vez que cuando el menor se emancipe o llegue a la mayoría de edad debe recibir de los que ejercen la patria potestad todos sus bienes con sus frutos y accesorios (Art. 442 del Código civil).

Al respecto, el criterio de la Corte es el siguiente: "Menores, rendición de cuentas, tratándose de bienes de. (Legislaciones del Distrito Federal y del estado de Guerrero). Aún cuando no haya sido oído el padre del menor en la tramitación de las diligencias en jurisdicción voluntaria en las que se designó tutora de este último, esta omisión no es

⁵⁵ Ibidem. Pág. 304.

óbice para que se hiciera el nombramiento, ya que al tenor del artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal (igual al artículo 440 del Código Civil para el Estado de Guerrero), "en todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de el, por un tutor nombrado por el juzgado para cada caso". Procede advertir que este dispositivo legal no señala el procedimiento a seguir para su aplicación, de donde se deduce que se complementa con el texto del artículo 441 siguiente que reza: "Los jueces tienen facilidad 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 instancia de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso". Entonces, de las disposiciones transcritas se derivan dos situaciones de carácter legal: la acción para que se tomen las medidas a que se refieren, puede ejercitarla toda persona interesada; no se afecta jurídicamente el ejercicio de la patria potestad."⁵⁶

Es de vital importancia analizar en el presente trabajo las limitaciones que la ley impone al desempeño de la administración de los que ejercen la patria potestad. En primer término se encuentra la autorización judicial; es necesaria para enajenar o gravar (prenda e hipoteca) los inmuebles o los bienes muebles preciosos y el único requisito es que sean de evidente y considerable beneficio para el menor. Dentro de estos rubros están contenidos el comodato, las servidumbres, cancelación de gravámenes, etc.

Le segunda la prohibición absoluta, esta limitante se encuentra consignada en el segundo párrafo del artículo 436 de la legislación en comento, no es posible la celebración de contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir renta anticipada por más de dos años, vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta, o donar los bienes de los hijos, la remisión voluntaria de los derechos de éstos y tampoco dar fianza en representación de éstos.

⁵⁶ Amparo Directo 4089/73. Enrique Anaya Castillas. 25 de julio de 1975. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Secretario: José Lino Plascencia* Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volúmen 79, Cuarta Parte. Página 49 Tesis Aislada.

En caso de realizar los actos que se han descrito, éstos estarán afectados de nulidad relativa en virtud de que el menor puede convalidar los actos realizados.

En lo que a la administración de los bienes se refiere, si ambos padres se encuentran en el ejercicio de la patria potestad, es preferente que solo uno de ellos desempeñe la administración de los bienes, para evitar discrepancias, el artículo 426 dispone que el administrador será nombrado por mutuo acuerdo, y que haya sido designado tiene la obligación de consultar en de todos los negocios a su cónyuge, toda vez que es necesario su consentimiento en la resolución de todos los actos de la administración, incluyendo la representación en juicio, debe obtenerse el consentimiento expreso de los que ejercen la patria potestad además de la autorización judicial en los casos que la ley lo disponga.

Por último, en relación al usufructo el tratadista Rafael de Pina define “derecho real, de eficacia temporal que otorga al titular el disfrute de las utilidades que derivan del normal aprovechamiento de la cosa ajena, condicionado con la obligación de devolver, en el término fijado al efecto, la misma cosa o su equivalente.”⁵⁷ Es evidente que en el caso del usufructo del padre, no existe contrato alguno, sino que su origen es la relación paterno filial.

El usufructo de los bienes implica la obligación de realizar un inventario de ellos, antes de disfrutar de ellos, para conservarlos en el mismo estado al final de su desempeño. El artículo 434 del Código Civil establece que el que ejerce la patria potestad no garantizará su administración con fianza, en virtud de que por la relación que une a padres e hijos, los primeros jamás tendrán el afán de perjudicar a los segundos. Pero de igual forma la exige en tres casos; cuando el que ejerce la patria potestad haya sido declarado en quiebra o esté concursado, atendiendo a que se debe evitar que la mala administración que ya lo llevó a la quiebra provoque una nueva o haga nacer deudas al representado, en el segundo caso es por que contraiga nuevas nupcias, seguramente porque el administrador velaría por intereses ajenos al menor y la última es cuando su administración sea notoriamente ruinosa a los hijos. El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue: por la

⁵⁷ Pina Vara Op. Cit.. Pág. 492.

emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos, Por la pérdida de la patria potestad y por renuncia que se otorgue fehacientemente y que será considerada una donación en favor del menor.

Es importante la protección que los bienes del menor reciben de la autoridad al amparo de lo consagrado en el artículo 441, a instancia de personas interesadas, del menor si ya cumplió catorce años o del Ministerio Público, los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para evitar la mala administración de los bienes del menor y que por consecuencia se derrochen o disminuyan. Aunado a lo anterior que si el interés de los padres es opuesto al del menor, es necesario que el juez nombre tutor para atender debidamente el interés del sujeto a la patria potestad (Art. 440 del código civil).

3.3.- ADOPCION PLENA.

Es preciso que delimitar perfectamente esta peculiar institución del Derecho Familiar, en virtud de que es considerada ya como una forma de transmisión de la patria potestad, con todos los derechos y obligaciones que ésta implica, necesario es definir a la adopción.

La adopción plena nace a la vida jurídica del Derecho Familiar Mexicano en específico en el Código Civil del Distrito Federal, con las reformas a dicho ordenamiento de fecha veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho. Existen otras legislaciones en las entidades federativas del país en las que de igual manera se regula a la adopción plena como una fuente más de la patria potestad, algunas de éstas son: El código civil de Oaxaca reconoce únicamente a la Adopción plena; "... El acto de adopción produce efectos legales entre los adoptantes y adoptados, así como entre éstos y la familia de los primeros, como si se tratara de un hijo consanguíneo, quedando extinguida la filiación entre el adoptante y sus progenitores; subsisten sin embargo, los impedimentos para contraer matrimonio" (Art. 403 párrafo segundo Código Civil del Estado de Oaxaca). La legislación civil de Aguascalientes contempla solamente a la adopción simple; "Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y adoptado..." (Art. 425, Código Civil del Estado de Aguascalientes). La legislación civil del estado de Jalisco dispone; "Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado..."; "El adoptado tendrá para con la persona o personas que

lo adopten, los mismos derechos y obligaciones que un hijo.”(Arts. 457 y 451 del Código Civil del Estado de Jalisco). En caso de herencia intestada, el adoptado tendrá derecho a la porción correspondiente a un hijo. “Es decir que esta legislación no conoce la adopción plena, pero en materia de sucesiones si le otorga derecho de heredar. El Código Civil para el Estado de Morelos a diferencia de los anteriores, regula a la adopción simple y a la adopción plena de la siguiente manera; “Artículo 253.- La adopción plena tiene las siguientes características: III.- La adopción, una vez aprobada, será irrevocable; IV.- La patria potestad se ejercerá en los términos y por las personas señaladas en este Código para los hijos consanguíneos, y V.- El adoptado se integrará a la familia de los adoptantes, adquiriendo lazos de parentesco con todos los parientes de éstos, como si hubiera filiación consanguínea; correlativamente, se extinguirá toda relación de parentesco con sus parientes naturales.” Con sus diferencias el Código Civil del Estado de México también regula a la adopción plena. Como se observa algunos Códigos regulan la adopción plena pero en otros aún no existe.

El tratadista Ignacio Galindo Garfias define: “Por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad, y previa autorización judicial, crea un vínculo de filiación con un menor de edad o un incapacitado.”⁵⁸

Nuestro Código Civil establece a la adopción plena; “El adoptado bajo la forma de adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo y debe llevar los apellidos del adoptante o adoptantes.”

3.3.1.- CARACTERISTICAS

Las características de la adopción plena son lo que hacen que el adoptante y adoptado tengan la calidad de padre e hijo; la adopción plena a diferencia de la adopción simple es irrevocable, es decir una vez que la primera ha sido aprobada por el juez familiar, ya no es posible renunciar a ella, ni hacer a un lado las obligaciones que el adoptante ha contraído

⁵⁸ Galindo Garfias. Op. Cit. Pág. 672

respecto del menor o incapacitado que fue adoptado, dichas obligaciones son aquellas inherentes a la patria potestad.

Para que la adopción plena sea aprobada es preciso que otorguen su consentimiento, según el caso; el que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar; el tutor del que se va de adoptar; la persona que haya acogido durante seis meses al que se pretende adoptar y lo trate como a un hijo, cuando no hubiere quien ejerce la patria potestad sobre él ni tenga tutor; el Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como un hijo; las instituciones de asistencia social públicas o privadas que hubieran acogido al menor o incapacitado, que se pretenda adoptar, (Art. 397 del Código Civil para el Distrito Federal).

Además la ley es determinante respecto de la discreción que debe guardar ya que la Oficina del Registro Civil debe abstenerse de proporcionar información acerca de los antecedentes de la familia de origen del adoptado, pero como es natural para los impedimentos de matrimonio y siendo mayor de edad el adoptante con el consentimiento de los adoptantes desea saber sobre su familia consanguínea, pero para ambos casos es necesario que antes de proceder a dar la información, se obtenga la autorización judicial correspondiente, (Art. 410-C del C. C.).

No pueden adoptar mediante adopción plena las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor e incapaz, (Art. 410-D del C. C.).

Finalmente “en el caso de la adopción plena, se equipara el parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo” (Art. 293 Segundo párrafo).

3.3.2.- EFECTOS JURIDICOS.

En virtud de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho es que surge a la vida jurídica esta institución con las características ya descritas y sus efectos respecto de las partes que intervienen en ella son; que a través de ésta el adoptado entra a formar parte de la familia del adoptado,

poseyendo los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo consanguíneo; esto incluye el cambio de nombre; otro efecto jurídico de ella es la extinción de la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, con la salvedad de los impedimentos para contraer matrimonio.

En el caso de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no es posible que se extingan los derechos y obligaciones que nacen con la filiación consanguínea.

Podemos concluir que el acta de nacimiento del adoptado deja de producir efectos en cuanto el juez de lo familiar aprueba la adopción plena. Consecuentemente, el padre o madre adoptivos tendrán la representación del adoptado en juicio y fuera de él; al adoptante corresponderá la administración de los bienes del adoptado y la mitad del usufructo de los bienes de éste; el adoptante estará obligado a dar alimentos al adoptado, así como los recíprocos derechos hereditarios.

Salvo en lo relativo a los impedimentos para contraer matrimonio, encontramos que la adopción plena en lo relativo a derechos y obligaciones es idéntica a la patria potestad, por lo tanto, susceptible de padecer los mismos problemas que aquejan a aquella y necesario era precisar su contenido, alcances y efectos con relación a los menores o incapacitados para proteger sus derechos debidamente, que es el objeto del presente trabajo.

En materia de sucesiones; el Código Civil para el Distrito Federal en el Libro Tercero, Título Cuarto, Capítulo Segundo y Tercero dispone la manera en que heredarán padres e hijos adoptivos por adopción plena y simple respectivamente. "El adoptado hereda como hijo, pero en la adopción simple no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante." (Art. 1612 del C.C.), "Concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado en forma simple, los primeros solo tendrán derecho a alimentos." (Art. 1613 del C.C.), de igual forma establece que; "Concurriendo los adoptantes con ascendientes del adoptado en forma simple, la herencia de éste se dividirá por partes iguales entre los adoptantes y los ascendientes" (Art. 1620 del C.C.). Como se observa la ley civil no dispone nada relativo a la sucesión de los ascendientes y adoptantes en cuanto a la adopción plena, sin embargo es posible resolverlo con lo que dispone dicho ordenamiento para el caso de la sucesión de los descendientes

en el artículo 1612; “El adoptado hereda como hijo”, luego entonces el adoptante hereda como padre y los ascendientes del adoptado por adopción plena, simplemente no heredan, ya que éstos últimos si heredan a partes iguales con el adoptante, pero en la adopción simple.

El presente tema es producto de una reforma que consigue realmente otorgarle a la adopción el espíritu que debe tener. Lo que se busca con la adopción es dotar de un hogar a un menor que carece de él, sin que sea marcado de alguna forma por ese hecho, era una reforma necesaria.

3.4.- FORMAS DE ACABAR LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad no se puede renunciar y solo puede ser objeto de dispensa cuando quien deba ejercerla haya cumplido sesenta años o padezca un mal estado de salud que le impida cumplir con este deber. Según las formas de afectación son reguladas en el Código Civil, estudiaremos la extinción, mismas que regula el artículo 443 la patria potestad se acaba:

- a) Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- b) Con la emancipación derivada del matrimonio.
- c) Por la mayor edad del hijo.

3.4.1.- POR LA MUERTE DEL QUE LA EJERCE.

Las causas de extinción propiamente dicha de la patria potestad operan en la desaparición absoluta de esta función.

El artículo 460 de la legislación en comento dispone que “Cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, su ejecutor testamentario y en caso de intestado los parientes y personas con quienes haya vivido, están obligados a dar parte del fallecimiento al juez pupilar, dentro de ocho días, a fin de que provea a la tutela, bajo la pena de veinticinco a cien pesos de multa. Los jueces del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales tienen obligación de dar aviso a los jueces pupilares de los casos en que sea necesario nombrar tutor y que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones”.

Así mismo el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal dispone "... 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 lo determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso." Es decir, a los abuelos según se determine.

Qué pasa con los suegros del cónyuge supérstite, tienen derecho a convivir con sus nietos y a participar éstos últimos de los bienes de aquellos.

Al respecto, la Corte ha sostenido: "ABUELOS, DERECHO Y OBLIGACION DE LOS, A TENER RELACIONES CON SUS MENORES NIETOS. Es indiscutible que conforme a los artículos 414, 420, 445 y 446 del Código Civil del Distrito Federal, a la muerte del padre de los menores la patria potestad la ejerce en forma exclusiva la madre de éstos y solamente a ella corresponde la guarda y custodia de los mismos. Sin embargo, el abuelo, en el caso el paterno, no sólo tiene derecho, sino también obligación, de tener relaciones con sus menores nietos, proporcionarles afecto, consejos y cooperar con la madre de los mismos a su debida formación; derecho y obligación que se fundan no sólo en la naturaleza de las relaciones paterno filiales que existieron entre el abuelo y su hijo, y entre él y los menores, sino también en la necesidad de que dichos menores tengan el apoyo tanto de su madre, quien indiscutiblemente ejerce la patria potestad, así como el de su abuelo paterno, a falta de padre; relaciones que el citado código reconoce al señalar en el artículo 414 a los abuelos como unas de las personas que deben ejercer la patria potestad sobre los mismos a falta de sus padres, en el artículo 303 al establecer su obligación de proporcionarles alimentos a falta o imposibilidad de aquellos, y en el artículo 1609 al consagrar su derecho a heredar por stirpe, en la sucesión legítima de los abuelos. Luego el que el abuelo paterno tenga relaciones con sus nietos, dentro de un absoluto respeto a la madre de los mismos, es un derecho que no sólo debe ser reconocido por el juez a quo, sino que también, para hacerlo efectivo, dicho juzgador debe reglamentar la norma en que han de efectuarse las relaciones entre abuelo y nietos, tomando en consideración todas las circunstancias que se relacionen con el caso, haciendo uso, inclusive, de los medios de prueba que le faculta al artículo 495

*del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, para determinar con ello la forma que más beneficie a los menores”.*⁵⁹

Es natural que cuando los progenitores mueren los deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad y si no hay nadie en quien recaiga, esta función habrá llegado a su fin.

3.4.2.- POR EMANCIPACION DERIVADA DEL MATRIMONIO.

La patria potestad se acaba con la emancipación del menor de edad derivada del matrimonio, que es la única forma de emancipación que conoce nuestro sistema jurídico. La extinción de la patria potestad por esta causa se funda como en el principio de que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad.

Esta es otra de las causas por la cuales los padres concluyen en el ejercicio de su mandato de cuidar a los hijos, entendido éste únicamente en el estricto sentido jurídico, ya que regularmente los padres permanecen siempre al cuidado de sus hijos aún cuando estos hayan contraído matrimonio siendo menores de edad, principalmente porque en estos casos dichos menores no cuentan aún con la economía suficiente para mantener una familia, y aunado a ello que no tienen la madurez emocional para educar a los hijos, razones por la que durante un buen tiempo después aún requerirán del consejo y dirección de sus padres.

“Emancipación. *La emancipación sólo surte efectos respecto de la persona del menor; pero no respecto de sus bienes, que continúan en la administración del que o de los que ejercen la patria potestad o del tutor, en su caso; el menor emancipado será representado en juicio por el que ejerce la patria potestad o por el tutor, hasta que llegue a la mayor edad; esta representación en juicio sólo corresponde al que ejerce la patria potestad o la tutela, cuando el pleito verse sobre los bienes del menor; pero no cuando se afecten la garantía personal de su libertad o su integridad; y así*

⁵⁹ Amparo directo 2026/83. Constantino Díaz Villa. 4 de junio de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Gloria León Orantes. NOTA: Esta tesis también aparece en: Informe de 1984, Tercera Sala, tesis 11, pág. 19.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 181-186 Cuarta Parte. Tesis: Página: 9. Tesis Aislada.

*en el amparo que el menor pida, por la violación de esa garantía, tendrá personalidad bastante, en su carácter de emancipado, pudiendo tener su representación legal las personas que la ley determina”.*⁶⁰

3.4.3.- POR LA MAYOR EDAD DEL HIJO.

Por mayoría de edad comprendemos el Estado civil correspondiente a las personas que han cumplido los dieciocho años (en México)

La patria potestad termina al alcanzar el hijo sujeto a ella su mayor edad. Desde este momento se presume que ya no necesita la función protectora del padre y la madre. Sin embargo, debe preverse el caso del enajenado mayor de edad. Según la legislación vigente debe nombrarse tutor, que los será uno de los padres.

Cuando los hijos llegan a la mayoría de edad, en materia de alimentos los padres, de acuerdo a las circunstancias del caso pueden cesar de darlos a los hijos.

“ALIMENTOS. AUN CUANDO LOS HIJOS ALCANCEN LA MAYORIA DE EDAD, NO CESA LA OBLIGACION POR PARTE DEL DEUDOR ALIMENTISTA DE PROPORCIONARSELOS, SI TODAVIA LOS NECESITA EL EMANCIPADO (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). *Supuesto que dentro de las causales para la cesación de la obligación de dar alimentos a que se contrae el artículo 316 del Código Civil para el Estado de Chiapas, no se encuentra expresamente la consistente en que el hijo haya llegado a la mayoría de edad; y aún cuando pudiera interpretarse la fracción II del citado precepto en relación con el numeral 438, fracción III del mencionado Código, es decir, que la patria potestad se acaba por la mayor edad del hijo y con ello concluye el deber de darle alimentos, en razón de que al llegar a la mayoría de edad se supone que goza de absoluta independencia para disponer tanto de sus bienes como de su persona, y esta emancipación también supone su capacidad física, económica y jurídica para ser autosuficiente a efecto de allegarse los alimentos que necesite para su subsistencia; sin embargo, por ser los alimentos a los hijos una cuestión de orden público, debe considerarse que por el solo hecho de llegar a la mayoría de edad no debe suspenderse la obligación de*

⁶⁰ TOMO XVII, Pág. 871.- Fullen J. A.- 7 de octubre de 1925.- 9 votos. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo XVII. Tesis: Página: 871. Tesis Aislada.

*suministrarlos, sino que en cada caso, deben examinarse las circunstancias en que se encuentran los hijos al llegar a esa edad, para saber si siguen necesiéndolos, en la inteligencia que tanto los hijos como el cónyuge gozan de esa presunción independientemente de si aquellos son mayores o menores de edad, por lo cual es el deudor quien debe demostrar que ellos tienen recursos propios para poder, así desligarse de esa obligación”.*⁶¹

3.5.- PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad se pierde cuando por disposición de la ley el padre o la madre o los que la ejerzan quedan privados de ella por la comisión de un delito, en los casos de divorcio o por su falta en el cumplimiento de los deberes que tienen para con sus hijos.

Las causas de la pérdida de la patria potestad, son bastante graves, pues el fin de la sociedad es el que no se destruyan las relaciones familiares entre padres en hijos. Entre las causas de la pérdida de la patria potestad, algunas se imponen como una prevención para la formación del menor de edad, y otras se dan debido a que el que ejerce la patria potestad realizó alguna acción directa en contra del bienestar del menor.

Los casos de pérdida de la patria potestad implican la sanción legal cuando la conducta ilícita de los padres violenta los deberes y derechos que nacen de ella, y que son impuestos a los progenitores.

3.5.1.- EN JUICIO ESPECIAL EN QUE SE DICTE LA RESOLUCION.

Nuestro Código Civil versa de la siguiente manera: “Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho”, esta condena a la que hace referencia el artículo en comento, no se

⁶¹ TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. Amparo directo 605/91. Humberto Luna Morales. 23 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Casto Ambrosio Domínguez Bermúdez. Nota: Este criterio ha integrado la jurisprudencia XX. J/23, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, Junio de 1996, Pág. 535. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo IX-Mayo. Tesis: Página: 390. Tesis Aislada.

encuentra determinada por la ley, esto es que no establece si es una condena proveniente de un juicio civil o un juicio penal.

Debe tratarse de alguna actuación grave que implique la pérdida, pues debemos anotar que también por sentencia se puede imponer la suspensión, que puede presentarse si la falta es menos grave la falta cometida por el progenitor que ejerce la patria potestad.

Es importante también hacer notar que esta causal de pérdida no menciona a si la condena debe ser originada por alguna actuación en contra del cónyuge, en contra del menor o en contra de terceros, la aplicación del criterio es amplia y queda al arbitrio del juzgador decidir, pero es lógico pensar que siempre será tomando como punto de partida la actuación grave y perjudicial para el menor sobre quien se ejerce la patria potestad.

3.5.2.- EN CASOS DE DIVORCIO.

“En los casos de divorcio... la sentencia fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez 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...” Entendemos que en este caso la pérdida es una consecuencia más del procedimiento de divorcio y se aplica como sanción a alguno de los cónyuges.

Es de suponerse que el cónyuge culpable de una causal que afecta a los hijos pierde la patria potestad; si afecta al otro cónyuge, debe quedar a juicio del juez la pérdida o suspensión y por las causales menos graves procederá solo la limitación, por ejemplo por enfermedad.

3.5.3.- POR COSTUMBRES DEPRAVADAS, MALOS TRATOS O ABANDONO DEL QUE LA EJERCE.

“Cuando por costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal”. Dentro de esta fracción del artículo 444 del Código Civil encontramos nueve causas por las cuales los padres pueden ser

sancionados con la pérdida de la patria potestad, brevemente analizaremos cada una de ellas.

Cuando los progenitores tengan costumbres depravadas que afecten directamente la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos. Así mismo cuando estos bienes sean afectados por los malos tratamientos o abandono de sus deberes de cuidado y protección.

Todas y cada una de estas causas responden a una conducta realizada por los progenitores directamente contra los hijos y es importante reflexionar que dentro de estas nueve causas, pueden ser encuadradas infinidad de hipótesis. Si hablamos de salud, tenemos que tener en cuenta que es necesario proteger la integridad física del menor, así como la salud psíquica en virtud de que si se atenta contra ésta pueden generarse sentimientos de inseguridad en el menor.

Es fundamental atender a la seguridad física y espiritual de los menores ya que de igual forma es responsabilidad de los padres de igual forma es su deber vigilar por el código de moral que los hijos deben aprender principalmente del buen ejemplo que éstos deben de dar a sus hijos, así como de las buenas costumbres a fin de hacerlos aptos para vivir en una sociedad y hacerla cada día mejor.

3.5.4.- POR ABANDONO O EXPOSICION DE LOS HIJOS.

“Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses.” En la redacción de esta fracción del artículo 444 del Código Civil se contemplan dos posibilidades; la exposición que el padre o madre hicieren de sus hijos y la otra es el abandono de los hijos por más de seis meses. Se considera que se trata de una actividad pasiva de los padres que abdican a su responsabilidad de ejercer la patria potestad.

La exposición consiste en que alguno de los progenitores decide dejar al menor en algún lugar que éste considere en el que el menor tiene la posibilidad de recibir ayuda. El abandono puede configurarse aún cuando el menor no sea expuesto dejando al menor de edad sin posibilidad de recibir ayuda, dejándolo sin vivienda ni alimentación; esto implica que los padres abandonan por completo los deberes y derechos que impone la patria potestad.

Es posible manejar en el abandono dos posibilidades; puede pasar que solamente uno de los progenitores decida abandonar su responsabilidad respecto del menor y que el otro conserve la custodia y su preocupe por satisfacer las necesidades de salud vivienda y alimentación del menor, como ocurre con muchas madres solteras, en este caso el menor no se encuentra desamparado totalmente, ya que uno de sus padres se ocupa de sus cuidados. Para que se configure el abandono no es necesario que el menor sufra la falta de todos los cuidados necesarios sino únicamente que el menor se encuentre en la posibilidad de que ocurra, es decir, solo basta la conducta del progenitor que abandona.

Además es pertinente comentar que el artículo 335 del Código Penal para el Distrito Federal tipifica el abandono de personas de la siguiente manera; “ Al que abandone un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma teniendo obligación de cuidarlos se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión sino resultare daño alguno privándolo además de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido”.

El abandono consiste en colocar al sujeto pasivo en situación de desamparo material, que implique la privación, aunque solo sea momentánea, de aquellos cuidados que le son debidos y que le son indispensables, con riesgo para su integridad personal.

3.5.5.- EL QUE LA EJERCE ES CONDENADO POR DELITO GRAVE.

Bajo este título se contemplan las dos últimas fracciones del artículo 444 del Código Civil, en virtud de la relación que existe entre ellas. Fracción V; “ Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor” y fracción VI; “Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave”.

Estas son medidas de prevención debido a que puede considerarse la posibilidad de corrupción del menor y en la otra hipótesis necesariamente la conducta que dió origen a la sanción penal debe recaer en el menor sujeto a la patria potestad.

En cuanto a la fracción quinta es necesario que uno de los ascendientes sea el sujeto activo realice la conducta delictiva en perjuicio

directo del menor y que el delito sea además calificado como doloso, y que tenga como consecuencia una sentencia definitiva que haya causado estado.

Los delitos dolosos son aquellos en que el sujeto activo "conociendo los elementos del tipo penal o previniendo como posible el resultado típico quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley"(Artículo 9 del Código Penal parte primera). Para que se configure el supuesto establecido por la causal es imperativo que el sujeto pasivo sea el menor sujeto a la patria potestad. Necesariamente se trata de violencia intra familiar.

En cuanto a la fracción VI, tendrán que existir dos sentencia condenatorias en contra de alguno de los progenitores y que los delitos cometidos sean calificados por la ley como delitos graves.

Los delitos graves son aquellos "sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirla entre dos" (Artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal inciso tres párrafo quinto). Para que se confirme esta causal no es necesario que la víctima sea el menor pero se atiende a que el sujeto activo en atención a sus conductas no es apto para desempeñar la patria potestad.

CAP. IV.- LA NECESIDAD DE QUE SEA PRIVADO DE LA PATRIA POTESTAD AL ASCENDIENTE QUE VIOLE LA RESOLUCIÓN DE CUSTODIA RESPECTO DE LOS MENORES.

4.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel que les corresponde en ella.

Es difícil comprender dentro de una definición a todas las familias que en sus diversas estructuras se encuentran en nuestro país. Existe en él una gran diversidad en cuanto a la forma y función de la familia; las hay indígenas, urbanas, rurales, de clase media, de clase alta, unas que se

constituyen por la pareja humana, otras por la madre sola y los hijos, unas son extensas, otras son ínfimas, etc.

Durante las últimas décadas la sociedad mexicana ha sido agobiada por un sin número de problemas de toda índole. Los hay sociales, económicos, morales, políticos, de seguridad social y personal que afectan a todos profundamente. En el devenir de los hechos que provocan la crisis se ocasiona el desgaste mismo de la sociedad y la familia. De entre los problemas que más violentan a ésta como institución, los más frecuentes son: el divorcio y sus efectos, la unión libre, el aborto, la pérdida de funciones en la familia, la falta de comunicación, la paternidad irresponsable, la pérdida de valores y la falta de autoridad, ¿Cómo es posible que nuestra sociedad esté en tan grave crisis?.

El problema que es materia del presente trabajo es uno de los efectos del divorcio. La forma y condiciones del ejercicio de la patria potestad después de éste, deben ser perfectamente determinados al final del procedimiento y debidamente ejecutados por los divorciados, para evitar problemas graves, en virtud de la resolución de custodia de los menores que fueron procreados durante la vigencia del matrimonio. Es imperativo que los padres cumplan cabalmente con el régimen de visitas, no por consideraciones al que fue su cónyuge sino por amor a sus vástagos, ya que el fracaso de ese matrimonio o relación de que se trate, es producto de su incompetencia como padres y pareja.

Posterior a un procedimiento de divorcio en el que hay menores se determina a cuál de los padres le será concedida la guarda y custodia de los mismos. Al padre o a la madre que se encuentra desposeído de sus hijos se le asigna un régimen de visitas, en algunos casos como en los divorcios que se tramitan en rebeldía, no se asigna este régimen, su fin es que la contraparte esté en posibilidad de convivir con ellos y en especial de vigilar la educación y cuidados que los menores reciben, para asegurarse de ello el código civil dispone "en caso de separación de quienes ejercen, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores y en caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente", por lo tanto, la custodia de los menores es la parte medular de la patria potestad, y la autoridad debe vigilar estrictamente su correcto desempeño, si es necesario tomar las medidas pertinentes para ello.

Para las madres que tienen conflictos con sus ex parejas y que tienen que entregar a sus hijos el fin de semana, es confiar al enemigo lo que más quieren en el mundo, pero deberían pensar que una vez eligieron a esa persona para tener hijos, y que el hecho de que como pareja ya no funcionen no significa que sea un mal padre, que él también los quiere y no haría nada que los perjudicara, esto en ocasiones pasa, sobre todo cuando las separaciones son recientes.

Casi siempre existen conflictos entre los padres con motivo del régimen de visitas; que si los horarios de entregar a los menores no se cumplen puntualmente, o que nos les preparan la ropa o los juguetes, o que se suspenden sin aviso los días de visita por diversos pretextos y que el otro cónyuge interpreta son, porque no quiere que conviva con sus hijos, es decir, que se los oculta, etc. Siempre existen problemas derivados de esta irregular convivencia entre padres e hijos.

En algunos casos resultan graves consecuencias de estos problemas. En la mayoría de ellos las madres son las que gozan de la custodia, salvo sus excepciones. Las causas que llevan a una pareja a divorciarse tienen secuelas en la custodia posterior al divorcio, la madre, si es el caso, evita o pone pretextos para que el padre los vea o pueda pasear libremente con ellos fuera del domicilio de éstos, situación que afecta directamente al ex cónyuge y que no siempre está dispuesto a soportar. O es posible situarse en el otro extremo de la situación y es el caso de que el menor corra peligro cuando se pone al cuidado del padre o madre que no goza de la custodia y por ello sea que se toman las debidas precauciones como pueden ser que aquéllos sean viciosos, con problemas psiquiátricos o quizás que los deje bajo la supervisión de personas indeseables o poco adecuadas. Lo anterior puede ocasionar que el padre o madre que los sustraiga, los lleve a vivir a un lugar alejado y desconocido por la víctima y por lo tanto dejando a ésta sin posibilidad material alguna de volver a ver a sus hijos. Cuando esto ocurre la víctima que acude a las autoridades se encuentra con que éstas no tienen una respuesta para ellos, no pueden proceder en contra del padre de manera inmediata y terminante porque el ascendiente que se los ha llevado goza de la patria potestad.

Los padres que deciden llevarse a los menores y con ello desposeer a la víctima, se deben percatar de que lesionan más a los menores que ya han sufrido bastante con ver separados a sus padres y todavía pretenden violentar más la relación con la contraparte.

El padre o madre que se ve impedido para ver a sus menores hijos, por los problemas o roces que aún existan con su ex pareja o porque definitivamente ésta no le deja ver a sus hijos, porque éste ha dado motivos para que la madre no los deje a su custodia libremente, si el que no goza de la custodia se siente afectado tiene algunas alternativas para que, si está en su sano y sensato juicio, las haga valer ante los tribunales correspondientes. Dichas medidas pueden ser: acudir a las trabajadoras sociales para la supervisión de las visitas, y con esto tener elementos para solicitar la custodia completa de los niños, o que simplemente se tomen las acciones pertinentes al caso concreto y lograr que las condiciones de las visitas cambien, solicitar judicialmente la custodia de los niños, pero si voluntariamente decide llevárselos y violar una orden judicial, es necesario sancionarlo de manera ejemplar, para que no vuelva a ocurrir: la sanción debe consistir en privarlo de la patria potestad respecto de los menores, independientemente de las sanciones o penas que correspondan a las personas que le hayan auxiliado a cometer esta conducta ilícita, todo esto a fin de que los padres reflexionen y puedan evitarse estos casos que se ven ya frecuentemente.

Si buscamos una respuesta en nuestro orden jurídico, para el ascendiente que es víctima de la separación, no existe medida alguna que pueda brindar rapidez y eficacia para recuperar a sus hijos, sino por el contrario, burocráticas, lentas y costosas medidas que serán posteriormente analizadas, entre tanto deben buscar un abogado en primera instancia para que haga de su conocimiento los derechos que tiene y si la razón le asiste, esto tiene un costo económico, apoyo moral, emocional y tal vez económico de los parientes más cercanos, entre otras.

Lo anterior cuestiona y obliga a los estudiosos del derecho, a decidir cuál es el sistema de administración de justicia que deseamos construir y tener en el futuro, cuál es nuestra responsabilidad como juristas. Se debe procurar el estado de derecho y pugnar por reformas a la ley que sean acordes a la realidad social, como es el caso de la reforma que se propone, de privar al ascendiente de la patria potestad si sustrae a sus menores hijos de la custodia de su madre sin consentimiento de ella y sin ánimo de devolverlos.

4.2.- RECURSOS JURIDICOS DE LA VICTIMA.

Como toda obra humana la legislación a comentar tiene aspectos positivos y también algunos desaciertos, se estima que puede calificarse a ésta como un serio esfuerzo para enfrentar el problema.

El cónyuge o en su caso la persona que se encuentra gozando de la custodia de los menores después de un procedimiento de divorcio y se ve desposeído de ellos, cuenta con algunos recursos para tratar de recuperarlos.

Estos procedimientos tienen como denominador común la existencia del principio dispositivo, es decir que el proceso debe comenzar por iniciativa de parte y si no existe acción o interés de ella, no podrá haber proceso, pero si éste se inicia, su impulso queda confiado a la actividad de las partes, las que tienen el poder de disponer del derecho material controvertido; desistirse, allanarse o convenir. Las partes fijan el objeto del proceso, que será el único sobre el cual el juez podrá resolver, y la resolución final dictada únicamente afectará a las partes.⁶²

A continuación se estudiarán cada uno de los procedimientos jurídicos a los que la parte agraviada recurre.

4.2.1.- JUICIO ORDINARIO CIVIL.

“Solo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario”, versa la legislación adjetiva para el Distrito Federal en su artículo primero; esto es definido como la acción en juicio.

Para que la parte que ha sido desposeída de los menores a su cargo, pueda recurrir al juicio ordinario civil, necesita constituirse como una prestación más en la demanda de divorcio. O según sea el caso cuando la prestación reclamada en la demanda sea la pérdida de la patria potestad, si nos encontramos en estos supuestos es procedente intentar esta vía para resolver el problema que se plantea.

⁶² Ovalle Fabela José. Derecho Procesal Civil. 7a ed. Editorial Harla. México 1980. Págs. 8-9.

El juicio comienza con el libelo inicial que consta de las siguientes partes según el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal;

I.- El tribunal ante el que se promueve.

II.- El nombre y apellidos del actor y el domicilio que señale para oír notificaciones.

III.- El nombre del demandado y su domicilio.

IV.- Los hechos en los que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciados los hechos relativos.

Asimismo debe numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión.

V.- Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables.

VI.- El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juez.

VII.- La firma del actor o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, pondrán su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias.

Una vez que la demanda, documentos y copias se presenta a través de la Oficialía de Partes Común para asignarle el juzgado correspondiente y si reúne todos los requisitos, será admitida.

Admitida la demanda e integrado el expediente se turnan los autos con el actuario o notificador del juzgado que se trate, y éste será el encargado de hacer del conocimiento del demandado las prestaciones reclamadas. En el momento del emplazamiento se le entregarán las copias del escrito inicial de demanda presentado por el actor, asimismo se le entregará copia simple de los documentos que se exhibieron como base de la acción.

El demandado en ejercicio de su derecho procesal de defenderse puede asumir diversas actitudes;

a) Allanarse; aceptar las pretensiones del actor.

b) Confesión; Reconocer que los hechos narrados en la demanda del actor son ciertos.

c) Reconvención; Formular nuevas pretensiones en contra de la parte actora, aprovechando la relación procesal que ya se ha establecido.⁶³

“El demandado formulará la contestación a la demanda en los siguientes términos:

I.- Señalará el tribunal ante quien conteste,

II.- Indicará su nombre y apellidos, el domicilio que señale para oír notificaciones y en su caso las personas autorizadas para oír notificaciones y recibir documentos y valores.

III.- Se referirá a cada uno de los hechos en los que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos.

IV.- Se asentará la firma del puño y letra del demandado o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar lo hará un tercero en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias, poniendo los primeros la huella digital;

V.- Todas las excepciones que se tengan, cualquiera que sea su naturaleza se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que fueran supervenientes.

De las excepciones procesales se le dará vista al actor para que las conteste y rinda las pruebas que considere oportunas en los términos de este ordenamiento.

VI.- Dentro del término para contestar la demanda, se podrá proponer la reconvención en los casos en que proceda, la que tiene que ajustarse a lo prevenido por el artículo 255 de este ordenamiento, y

VII.- Se deberán acompañar las copias simples de la contestación de la demanda y de todos los documentos anexos a ella para cada una de las demás partes”.

“La reconvención es la actitud más enérgica del demandado; este no se limita a oponer obstáculos procesales o a contradecir el derecho material alegado por el actor en su demanda, sino que

⁶³ Idem Op. Cit. Pág. 63.

aprovechando la relación procesal ya establecida, formula una nueva pretensión contra el actor”⁶⁴

De esta forma una vez contestada la demanda, y en su caso la reconvencción, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubiesen opuesto en su contra, por el término de tres días. (Art. 272-A del C. P. C. D. F.).

En esta audiencia de conciliación el juez depurará el procedimiento examinando las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada.

El conciliador procurará avenir a las partes, si es así y previa la aprobación del juez, el convenio tendrá la calidad de cosa juzgada, sino existe este convenio entonces el juez mandará a abrir el juicio a prueba por un término de diez días comunes a las partes. El código adjetivo contempla como pruebas la confesión, instrumental, pericial, del reconocimiento o inspección judicial, testimonial, presuncional, fotografías, copias fotostáticas y demás elementos que provoquen convicción o certeza de los que las partes afirman.

Cada una de estas pruebas puede ser ofrecida con sus formalidades durante el periodo de ofrecimiento, salvo la prueba documental, ya que según el numeral 95 fracción III del Código de Procedimientos Civiles aplicable; “con la demanda y contestación se acompañarán todos los documentos que las partes tengan en su poder y que deberán de servir como pruebas de su parte, y los que presentaren después, con violación de este precepto, no les serán admitidas, salvo que se trate de pruebas supervenientes.”

Al día siguiente en que termine el periodo de ofrecimiento de pruebas, el juez dictará resolución en la que determinará las pruebas que se admiten sobre cada hecho (Art. 298 del C. P. C. D. F.). El juez al admitir las pruebas ofrecidas procederá a la recepción y desahogo de ellas en forma oral misma que se hará en una audiencia dentro de los treinta días siguientes, al auto admisorio.

⁶⁴ Ibidem. p.86.

Concluida la recepción de pruebas, el tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados, primero el actor y luego el demandado, haciendo uso de la palabra por un tiempo no mayor a los quince minutos. Los alegatos siempre serán verbales, pudiendo presentar las conclusiones por escrito.

Las sentencias definitivas deben dictarse y mandarse notificar por publicación en el Boletín Judicial, dentro de los quince días siguientes a aquel en que se hubiera hecho citación para sentencia. Solo cuando hubiere necesidad de que el tribunal examine documentos voluminosos podrá disfrutar de un término ampliado de ocho días más para estos fines.

De esta forma se ha agotado uno de los recursos procesales de la víctima que se encuentra en las circunstancias del conflicto que se analiza.

Desde el punto de vista fáctico, se considera que este procedimiento es una gran inconveniencia para la madre o padre que se encuentran desposeídos de sus hijos porque es, el más lento y tardado de todos, es además muy costoso ya que los abogados tienen que cobrar sus honorarios, más los gastos que este litigio ocasione, es por lo que muchas personas no consiguen ayuda profesional para resolver su problema.

Incluso este problema ha sido materia de investigaciones periodísticas, ya que las personas acuden a las autoridades en materia penal, pero como en la mayoría de las veces, no se los llevan con violencia, ni hay maltrato físico, la autoridad simplemente no puede hacer nada en contra del ascendiente que se lleva a los menores, porque es su padre y ejerce la patria potestad, la autoridad no puede hacer nada.

Si al juicio ordinario civil, los abogados le dan la celeridad debida, agotando lo más pronto posible los términos, se tomará en tiempo; al menos un año, y durante este tiempo el paradero del infractor es desconocido, aún con la sentencia firme, es posible que ésta no se pueda cumplimentar, esto agrava el problema.

4.2.1.1.- EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO.

El Código Penal para el Distrito Federal, tipifica como delito tal conducta de la siguiente forma; " Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le impondrá prisión de tres meses a un año, o de 30 a 90 días multa. En estos casos solo se procederá por querrela de parte ofendida." (Art. 288 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal).

*Para efectos de este artículo el derecho es la facultad de exigir todo aquello que la ley o autoridad establecen en nuestro favor o que el dueño de una cosa nos permite en ella, pero cuantas pretensiones de derecho estén contempladas en la ley, para exigir de otros su cumplimiento en caso de que se hayan violentado, deben ser antes probadas en los tribunales*⁶⁵

Para efectos de este estudio, si la víctima de la desposesión denunciara ante el Ministerio Público al ascendiente que se ha llevado a los menores cometiendo ejercicio indebido de un derecho, y logrará la consignación de la averiguación ante el Juez Penal de Primera Instancia correspondiente, posteriormente se seguirá el juicio por sus trámites y finalmente se le condenará, sentencia que de nada le sirve, lo que le interesa a ella es que sus hijos le sean devueltos, es por lo que en la vía ordinaria civil o procedimiento familiar de que se trate, ante el juez de lo familiar se iniciará el procedimiento para recuperar la posesión de los hijos, tomando en cuenta que desde el escrito inicial de demanda, se dará vista al Agente del Ministerio Público adscrito al juzgado para su conocimiento y para que proceda a investigar los ilícitos que se hayan cometido.

Finalmente llevado el juicio por sus trámites únicamente se espera que en la sentencia se le ordene al demandado que entregue a los menores a quién legítimamente le pertenece la custodia, con la amonestación de que en lo futuro se sujete al régimen de visitas, y pecando de crédulos, que se ordenen las visitas del infractor supervisadas por la oficina de trabajo social. Nada le garantiza a la víctima que no se repetirá, y que el infractor decida hacerlo nuevamente, es necesario que el infractor reciba alguna corrección ejemplar, como la que en este trabajo se propone.

4.2.1.2.- VIOLENCIA FAMILIAR.

⁶⁵ Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl. Código Penal anotado. 23 ed. Porrúa S. A. México 2000 Pág. 636.

“Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su seguridad física o psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato” (Art. 323 ter del C. C. D. F.).

La violencia familiar descrita en el Código Civil manifiesta sus efectos en razón de constituir dos causales de divorcio o la pérdida de derechos (patria potestad, custodia, etc.), además de las sanciones por daños y perjuicios causados y el daño moral consecuente, y dar origen a controversias familiares para corregir dichas conductas.

La violencia familiar se describe por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 200 “... I.- Haga uso de medios físicos o psicoemocionales contra la integridad de un miembro de la familia, independientemente de que se produzcan lesiones; o II.- Omita evitar el uso de los medios a que se refiere la fracción anterior.” La violencia penal tiene las siguientes sanciones; “Se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio y en su caso, a juicio del juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él, al cónyuge, concubina o concubinario, o el que tenga relación de pareja, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, al pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, al tutor, al curador, al adoptante o adoptado...”. Este procedimiento también comienza por una denuncia de la parte afectada ante el Ministerio Público, continúa con la consignación al Juez Penal que corresponda y llevado el juicio por sus trámites, se dictará sentencia.

En términos comunes se entiende por violencia la acción o efecto de violentar o violentarse. Acción violenta o contra el natural modo de proceder. Fuerza extrema o abuso de la fuerza. Fuerza ejercida sobre una persona para obligarla a hacer lo que no quiere. El que obra con ímpetu y fuerza, se deja llevar fácilmente por la ira.⁶⁶

⁶⁶ Diccionario Básico de la Lengua Española. 19 ed. Larousse Pág. 941.

A la luz del problema que planteamos, podemos contemplar un sin número de hipótesis de facto en las que se realice la privación de la custodia de los menores, pero se tiene la seguridad de que es posible se haga con violencia ya sea física o moral. Se pueden meditar en algunas posibilidades de su ejecución; el infractor los sustrae directamente del domicilio donde cotidianamente habitan los menores, que se los quite en la calle a la víctima, o tal vez que vaya por ellos al colegio donde estudien, o quizás que se aproveche de su día correspondiente del régimen de visitas y que ya no se los regrese a quien legalmente ejerce la custodia o simplemente que se los arrebató de los brazos a la víctima.

La situación de facto de la que hablamos resulta muy compleja, ya que cuando se presenta, es decir, cuando los padres ya están disputándose la custodia de los hijos, es porque la relación entre ambos ya está terminada, los menores ya han estado en constante violencia moral y en casos graves hasta física, misma que se agrava si se les cambia de domicilio y condiciones de vida en general.

La sentencia que finalmente se dicte en relación a la violación de la custodia en materia civil, solamente ordenará su restitución, lo que en ocasiones sólo se logra agotando todas y cada una de las medidas de apremio, y si esto se consigue la víctima queda indefensa para que esto vuelva a ocurrir y con el riesgo de que la próxima vez no le sean devueltos. En materia penal y según el tipo y gravedad de la violencia de la que se trate, se le privará de los derechos sobre los niños o el cónyuge, pero no será propiamente porque haya desposeído a la madre de la custodia de sus hijos. En resumen, tampoco esta medida es eficaz para resolver el problema que se estudia, en virtud de que no en todas ocasiones los menores son sustraídos de su madre con violencia, ya sea civil o penal.

4.2.2.- CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR.

El procedimiento judicial por el que se tramitan las controversias del orden familiar es un tanto más rápido que el juicio ordinario civil.

Los problemas que afectan a la familia son considerados por la ley como de orden público, esto quiere decir que para las partes adquieren el carácter de irrenunciables, incluso en algunos casos la

intervención del juez en los asuntos familiares es oficiosa, parte de esta cuestión es que en este procedimiento existe la suplencia de la queja, es decir que la autoridad ante la que se promueve tiene el deber de subsanar todas aquellas deficiencias de derecho que existan en las promociones de las partes.

Las situaciones a las que se aplica esta actividad oficiosa de la autoridad son: “ asuntos que afecten a la familia especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar” y su intervención consiste en “decretar las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros”, entre otras.

Hasta en los medios masivos de comunicación es posible constatar la difusión que se hace, de que no se requieren formalidades para acudir a la autoridad y que sólo es indispensable la comparecencia, muy común en el caso de las cuestiones de alimentos. El artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal es casuística en la redacción: “tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre la administración de los bienes comunes, educación de los hijos, oposición de padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial”.

Es importante distinguir, que este procedimiento es el más común y rápido, para dilucidar aquellas cuestiones relativas a la violencia familiar, con las que el juez interviene para exhortar a los afectados por aquella, y en caso de que no llegaren a un acuerdo el juez implementará todas aquellas medidas para proteger al agredido y a los menores que haya en la familia de que se trate.

El juez siempre atenderá los informes que en su caso rinda el agente del Ministerio Público y las instituciones públicas o privadas que hayan conocido de los hechos controvertidos.

A partir del escrito o de la comparecencia, acompañando pruebas documentales y demás requisitos formales, con las copias se correrá traslado a la parte contraria, misma que deberá comparecer dentro del término de nueve días. En el auto admisorio se señalará día y hora para la celebración de la audiencia, y en el caso de tratarse de alimentos se señalará

el porcentaje de las percepciones que se deberá pagar al acreedor alimenticio o a quien sus derechos represente, con el carácter de provisional.

La audiencia se celebrará en un término no mayor a los treinta días a partir del auto admisorio, en la que se aportarán las pruebas necesarias para probar los hechos. "La sentencia se pronunciará de manera breve y concisa, en el mismo momento de la audiencia de ser así posible o dentro de los ocho días siguientes".

Este procedimiento se regirá por lo dispuesto en los artículos 940 al 956 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pero lo que no se encuentre previsto en estos artículos se aplicarán las reglas generales dispuestas para el juicio ordinario civil.

"ALIMENTOS. LA RECLAMACION DE. NO REQUIERE DE FORMALIDAD ESPECIAL ALGUNA. *Conforme lo dispuesto en el título décimo sexto del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, especialmente tratándose de alimentos, debiéndose suplir la deficiencia de la queja en su caso y sin que se requiera de formalidad especial alguna para su trámite, ya que incluso puede solicitarse la fijación y pago de las pensiones alimenticias mediante comparecencia personal, por lo que no es procedente resolver la controversia en contra de los intereses del acreedor alimenticio con base en la improcedencia de la vía, cuando dicha reclamación se efectuó ante juez familiar."*⁶⁷

El criterio jurisprudencial que precede, esclarece del todo el carácter de orden público que rige la materia familiar, así como la suplencia de la queja.

La prosecución de este procedimiento judicial, para resolver la situación de la privación de la custodia es el más recomendable, si se trata de una relación de concubinato, porque si es un matrimonio ya se han destacado los contratiempos y ventajas de los demás procedimientos.

4.2.2.1.- SUPERVISION DE LAS VISITAS POR TRABAJO SOCIAL.

⁶⁷ Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 3201/84. Luz María Moreno Barrios y otros. 20 de agosto de 1986. Unanimidad de Votos. Ponente: Luz María Perdomo Juvera. Secretario: Rodolfo Ortiz Jiménez. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Informes. Epoca: Séptima Epoca. Informe 1986, Parte III. Tesis: Página: 163. Tesis Aislada.

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal cuenta con una Unidad de Trabajo Social, que estará dedicada a auxiliar a los Magistrados, Jueces y Servicio Médico Forense en los casos en que la ley establezca en los asuntos que a su fin competan. Esta Unidad se encuentra establecida por la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Se encontrará organizada por un Jefe, mismo que será nombrado por el Consejo de la Judicatura del Tribunal, y con el número de trabajadores sociales y personal de apoyo administrativo que le sea necesario (Arts. 167 y 201 fr. XIV de la L. O. T. S. J. D. F.).

El papel que juega la Unidad de Trabajo Social es de vital importancia en todos los asuntos del orden familiar y debería ser, en nuestra opinión, inherente a todos aquellos litigios que se ventilen ante los jueces de lo familiar, así como se realiza con el Ministerio Público adscrito al juzgado.

El juez puede ordenar de oficio la realización de investigaciones por parte de trabajadores sociales, para averiguar la verdad de los hechos controvertidos, y en los casos en que la autoridad judicial solicite su intervención, los trabajadores sociales deberán rendir un informe escrito, en el que indiquen los resultados de sus investigaciones y deberán estar presentes en la audiencia para responder a las preguntas que en su caso le formulen el juez y las partes.

El maestro Ovalle Fabela al respecto comenta: "es evidente la necesidad de contar con tales informes, los cuales por otra parte deberían ser proporcionados no sólo por trabajadores sociales sino por expertos de todas aquellas ciencias que se ocupan de los problemas familiares como la sicología, la psiquiatría, la sociología, etc."⁶⁸

Cuando la custodia de los hijos le ha sido concedida a alguna de las partes y que de igual forma ya se ha establecido un régimen de visitas en favor del padre que no goza de la custodia, por las diversas condiciones de vida de ambos padres los problemas comienzan a surgir. No se debe dar la impresión de que la mujer siempre es la víctima en estos casos, pero como la ley dispone, "salvo para el normal desarrollo de los menores de siete años, estos permanecerán bajo la custodia de la madre." La experiencia nos dice que ambos padres siempre se quejan de que no se respetan los

⁶⁸ Ovalle Fabela Op. Cit. p. 297

horarios, los días acordados o que no se preparan o entregan en las condiciones convenidas (con ciertos juguetes, ropa, calzado, medicamentos etc.). En casos graves las madres inventan infinidad de pretextos para no dejar salir a los hijos con su padre; que si están enfermos, que no desean salir con él, o si ya tiene otra pareja el papá, que tienen tarea, que ya es tarde, etc. y un padre desesperado que se encuentra con todos estos obstáculos para convivir con sus hijos, racionalmente puede acudir a la autoridad judicial para solicitar la asistencia de un trabajador social para que verifique dichas conductas y se resuelva esta desagradable situación, pero jamás y bajo ninguna circunstancia puede llevarse a los menores sin consentimiento de quien tiene derecho a darlo, y sin intención de devolverlos.

Idéntica actitud debe presentar aquella madre que se percata que cuando el padre recoge a los menores se encuentra en estado de ebriedad, con aliento alcohólico, bajo el influjo de drogas o que periódicamente cambia de pareja, ya puede ponerlos en peligro o simplemente dar un mal ejemplo a los menores.

Como se observa; quizá la intervención oportuna de la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal podría prevenir que se susciten situaciones como la que se estudia en el presente trabajo, ya que el juez cuenta con un medio veraz para implementar las medidas necesarias para bienestar de los menores, así como procurar por la permanencia del estado de derecho.

4.3.- FALTA DE EFICACIA DEL ORDEN JURIDICO VIGENTE.

Es vital que exista un pleno Estado de Derecho para que la sociedad mexicana pueda desarrollarse libremente en todos los ámbitos de vida del ser humano. La Justicia, la seguridad jurídica y la certeza son aportaciones del derecho al bien común, cada una de las leyes y códigos hasta llegar a la Carta Magna constituyen un cuerpo legal que debería ser suficiente para garantizar tal Estado de Derecho, pero no es así, aún que debemos reconocer que a la fecha son un serio esfuerzo para lograrlo, sin embargo, en la aplicación del cuerpo legal del que se habla, existen casos que por tecnicismos, términos, cuestiones legales, ignorancia de la ley, falta de preparación y experiencia de los abogados, carencia de medios económicos, falta de reformas a la ley que realmente sean eficaces para resolver los problemas que ocasionan los transgresores de ella, así como su prevención.

Todos estos problemas han ocasionado que gran cantidad de conciudadanos piensen que las autoridades y las leyes son injustas, arbitrarias y obsoletas.

Se han analizado ya los recursos jurídicos que tienen todos los padres o madres, que han sido víctimas de la privación de la custodia de sus hijos, y ha quedado bien claro que los tales adolecen de lentitud y costos elevados de abogados, gastando a veces en vano tiempo y dinero, los recursos que más escasean en las familias mexicanas. Pero la ineficacia del orden jurídico vigente tiene lugar cuando el ascendiente se lleva a los menores a vivir a un lugar desconocido por la víctima, entonces es cuando a ésta de nada le sirven ninguno de los recursos jurídicos analizados y se encuentra indefensa ya que materialmente no puede recuperarlos accionando algún mecanismo jurisdiccional para ello.

Es preciso pues, hacer algo al respecto y como estudiosos del derecho nos corresponde prever estos conflictos y pugnar porque se hagan las reformas necesarias, como la que se plantea en el presente trabajo.

4.4.- PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR VIOLACION A LA CUSTODIA COMO CAUSAL VII DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Es preciso explicar el por qué es que se propone en este trabajo una reforma tal radical; como privar de la patria potestad al padre o madre que realice una conducta que los lleve a violentar a menores de edad, cambiándolos de domicilio y privándoles de la convivencia diaria del ascendiente que sí goce de ese derecho. El interés nació de un programa de televisión, en el que las madres a las que les habían quitado a sus hijos buscaban una salida a su grave problema y uno de los abogados solo podía ofrecerles las alternativas que el orden jurídico les brindaba y a nadie le resolvía el problema, también se observó que existían padres que se habían llevado a los menores y que padecían problemas psiquiátricos o eran viciosos, además en la práctica he tenido la oportunidad de ver casos de violaciones de padres a hijos e hijas y de abuso sexual, es por ello que considero que la reforma que propongo es definitivamente necesaria, para que la institución de la Patria Potestad esté debidamente tutelada por la ley.

Las mujeres y los menores son los blancos perfectos en el hogar para ejercer un tipo certero de violencia física y sexual, presiones y control psicológico por ser los sectores más vulnerables de la población. En

la familia mexicana, como en muchas otras sociedades del mundo, es un escenario de actos violentos en su seno. Es necesario comenzar a prevenir algunos de ellos.

La situación de los hijos después del divorcio, debe quedar perfectamente delimitada, es decir, que la custodia de los menores debe estar designada mediante resolución judicial, y si es así debe respetarse su desempeño. De igual manera el régimen de visitas debe quedar correctamente establecido, sin dejar de contemplar en el mismo ninguna fecha importante o sobresaliente en el calendario, o bien que sea importante para la familia como los cumpleaños de sus integrantes, todo esto para evitar futuras desaveniencias por estas omisiones. En los casos en que los menores nacieron en una situación de concubinato, de igual forma debe ser de interés de la madre que si el padre desea pasar tiempo con sus hijos, exista de por medio un régimen de visitas, lejos de beneficiar a su concubinario, para proteger a sus hijos.

Una vez que los padres o madres han obtenido la custodia legal de los menores, el otro al que no le fue concedida debe respetar íntegramente la resolución que ha dictado la autoridad competente, ya que ésta a lo largo del proceso ha valorado las pruebas que han ofrecido las partes, además de los informes de las autoridades y dependencias e instituciones que hayan conocido del asunto en particular, para poder llegar a ese resultado. En la práctica no se observa tal respeto, sino que los transgresores deciden violentar a los menores privándolos de los cuidados que le prodiga quien legítimamente le custodia.

Se considera que los padres que se llevan a los hijos sin la debida autorización, deben ser sancionadas con la pérdida de la patria potestad, esto en virtud de que incluso los abogados aconsejan a las personas a que hagan esto, en el caso de que no los dejen ver a los menores o que obstaculicen demasiado las visitas, en conocimiento de que no existe sanción importante e inmediata para esta conducta y mucho menos por la ley penal. Cabe mencionar aquí que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal no contempla ni sanciona esta conducta. Aunque la reforma es radical, es necesaria, en especial por los casos en que el ascendiente se los lleva a vivir a lugares distantes y desconocidos por la víctima, misma que se encuentra impotente, y no puede hacer absolutamente nada para recuperar a sus hijos, aunque el derecho le asista para ello. Debe ser terrible el sufrimiento y

angustia de la víctima al no saber si sus hijos comen, duermen, van a la escuela o si simplemente están bien.

Es por ello que se debe sancionar esta conducta con una modificación a la ley civil. Debe reformarse el artículo 444, debe ser incrementada una séptima fracción que contemplara una solución a este problema, quizás la redacción fuera de la siguiente manera: Artículo 444.- La patria potestad se pierde por resolución judicial... VII.- Cuando el que la ejerza, careciendo de la custodia legal, sin consentimiento de quien deba otorgarlo, los cambie de domicilio con el afán de no devolverlos.

Esta reforma es ingente, ya que cada vez existen más casos de niños que incluso sus madres los buscan como menores robados por sus propios padres. En muchas ocasiones los llevan a vivir con familiares que viven alejados, es importante hablar de que éstas personas son cómplices de una situación ilícita, y es válido considerar que hayan sido los familiares, los que guiados por el ascendiente, hayan sustraído a los menores de la custodia legal.

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en los artículos 171 y 173 establece respectivamente “Al que sin tener relación familiar o de tutela con un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días multa.” “Si el agente es familiar del menor o del incapaz, pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre éste, o mediante resolución judicial no ejerce la guarda o custodia...”, es inadmisibles que esta redacción sea adecuada, porque a contrario sensu; si ejerce la patria potestad sobre el menor o incapaz, puede con toda confianza sustraerlo de quién legítimamente detente la custodia del menor. Es un claro ejemplo de que los esfuerzos por mejorar las condiciones de convivencia de las familias y sociedad en general son escasos, para la elaboración de este Código a los legisladores aún les falta percatarse de todas las necesidades de la gente, o tal vez sólo conocimiento jurídico.

*La jurisprudencia también aporta una solución a este problema, pero para un caso en concreto, la misma dispone: **“INTERDICTOS DE RETENER LA POSESION DE UN MENOR.** En la sentencia que resuelve el interdicto de retener la posesión de un menor, promovido por la madre ante la amenaza del padre de perturbar dicha*

posesión, si es factible acceder a la petición de la actora de suspender los efectos del convenio, aprobado judicialmente en el divorcio por mutuo consentimiento, en lo tocante a la adquisición, por la primera, de la custodia del citado menor, y del segundo, al derecho de sacar a éste determinados días de la semana pero con la obligación de retornarlo el mismo día, si la causa en que se apoya tal solicitud se hace consistir en que al ejercitar el padre ese derecho en una ocasión anterior, retuvo al hijo por varios meses con palpable violación al mencionado convenio. Efectivamente, en principio no existe precepto alguno que disponga que una sentencia pronunciada en un interdicto de retener no pueda producir la consecuencia de suspender en sus efectos, en cierta medida, a aquella otra que, a su vez, aprobó el convenio presentado en el juicio de divorcio por mutuo consentimiento. Además, es de sobra conocido que los fallos de la naturaleza apuntada no alcanzan la autoridad de la cosa juzgada y tutelan exclusivamente la posesión provisional (lo que significa que la suspensión de los efectos del convenio en cuanto al derecho del padre, puede ser cambiada porque no es definitiva), máxime que precisamente esas mismas características tienen las resoluciones que deciden, entre otros temas, sobre el ejercicio y la suspensión de la patria potestad. En la inteligencia de que, con el objeto de que la situación no quede indefinida, la autoridad que resuelva sobre el particular debe fijar el plazo que estime prudente para que la actora demande, en juicio por separado, la respectiva modificación del convenio, con el apercibimiento de tener por levantada la suspensión si no lo hace.”⁶⁹ Así pues, ésta es una alternativa para los divorciados por divorcio por mutuo consentimiento, el convenio debe modificarse para resguardar la posesión de los menores, el interdicto para retener la posesión de un menor es una medida a tomar por la víctima, para resolver paliativamente el peligro de ser desposeída de sus hijos.

El hecho de que el padre aproveche su día de visita con sus hijos, para quedarse con ellos y no entregarlos a su madre con puntualidad, se considera un buen antecedente para iniciar el procedimiento de pérdida de patria potestad (reforma que se propone en este trabajo), ya puede ser que el padre cumpla amenazas de desaparecer con los niños, como ha sucedido en muchos casos.

⁶⁹ TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 846/88. María Alejandra Ochoa Sánchez. lo. de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Figueroa Cacho. Secretario: Luis Rubén Baltazar Aceves. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo III Segunda Parte-1. Tesis: Página: 411. Tesis Aislada.

Ante este panorama, es difícil para el litigante poder conseguir resolver de manera tajante, el problema que aqueja a los clientes, cuando ya han conseguido la custodia legal y la contraparte decide sustraer a los menores y desaparecerlos del alcance de su ascendiente con derecho. Pero aún así es preciso, y tal es el objetivo de este trabajo; hurgar en los problemas que aquejan a la sociedad y buscar soluciones que lejos de ser meros paliativos, realmente aporten soluciones, por radicales que parezcan.

4.4.1.- EFECTOS JURIDICOS.

Una vez que se ha seguido el procedimiento, de pérdida de la patria potestad, por uno de los cónyuges en contra del otro, o del concubinario, para que tenga lugar la pérdida de la patria potestad, no con ello se finiquita toda relación entre ellos, si no que en la sentencia que se dicte al respecto estarán determinadas la manera y términos en que se desempeñará la patria potestad y a ambos les corresponde acatarlos y ejecutarlos debidamente, únicamente en beneficio de los menores a los que afecte.

“El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.” versa el Código Civil en su artículo 285. La principal obligación de los padres es dar alimentos a sus vástagos, en términos del numeral 308 del mismo ordenamiento, de igual forma constituye otro deber fundamental; intervenir en la formación y educación de éstos, así como en la administración de los bienes que les pertenezcan a sus hijos, los padres deben cumplir con todas estas obligaciones aún cuando pierdan la patria potestad, todo esto con el fin de que queden a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos. El cónyuge que detenta la custodia de los menores será, en adelante sobre el que pese primordialmente el deber de educación de éstos.

Los deberes que se originan con la patria potestad se pierden o suspenden y las obligaciones permanecen siempre vigentes. La parte medular de la pérdida de la patria potestad se encuentra en la custodia y el derecho de visita, solamente conservará este derecho el padre que no haya perdido la patria potestad. Este derecho de custodia exclusivo del cónyuge inocente lleva implícito el deber de vigilancia, de los cuidados médicos inmediatos y necesarios, y también el de su educación, todos éstos relativos a los menores afectados. Por consecuencia el ascendiente que ha

perdido la patria potestad, pierde el acceso a cualquier tipo de convivencia con sus hijos, pero no así con las obligaciones, ya que el ascendiente que pierde la patria potestad, se encuentra obligado a proporcionar alimentos a los menores, situación que se tratará en el apartado siguiente.

El artículo 94 del Código Civil en la parte conducente, dispone: "... Las resoluciones firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad... pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente." Existe entonces la posibilidad de que el ascendiente que ha perdido la patria potestad, pueda recuperarla en virtud de que mejoren o desaparezcan las conductas que le hicieron perderla, pero para el caso que se estudia, necesariamente deberá probar al juez de lo familiar que ya no tiene el ánimo de sustraerlos de quien detenta la patria potestad, es posible meditar en pruebas periciales psicológicas y en la sola palabra del actor, aunado a que el ascendiente que detenta la patria potestad no se va quedar con las manos cruzadas, esperando que el actor recupere fácilmente la patria potestad y por lo tanto opondrá todas las defensas que pueda hacer valer en juicio.

De esta forma es que la pérdida de la patria potestad por la causa que se propone en este trabajo, es harto beneficiosa para sancionar al ascendiente que se "robe" a sus hijos, es necesario evitar que estas conductas se sigan cometiendo y se perjudique con ello a los menores.

El ascendiente que pierde la patria potestad, a pesar de que las obligaciones se mantienen vigentes, ya no tiene derecho de convivencia con los menores, y por lo tanto ya no tiene libre acceso a ellos. Este efecto tiene muchas ventajas para el ascendiente que no desea que se le desposea de sus hijos, es decir, al que tiene el temor de que eso acontezca, esta resolución en copia certificada deberá convertirse en una circular, que deberá ser entregada por el padre o madre que tenga a su cuidado a los menores, a las instituciones educativas donde el menor estudie, también deberá hacerla del conocimiento de los familiares más cercanos, para que lógicamente, no entreguen a los menores al ascendiente desposeído de la patria potestad, bajo pena de cometer algún ilícito, situación que podrá evitar que pierda a sus hijos otra vez.

Otros efectos que produce la pérdida de la patria potestad son: La pérdida del derecho de usufructo (Art. 438 Frac. II del C.C.D.F.),

“Quien pierda la patria potestad deja de ser administrador” de los bienes del menor no emancipado y, la representación también llega a su fin, con la pérdida de la patria potestad, lo anterior se aplica a sus personas, bienes y derechos.⁷⁰

4.4.1.1.-CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS

Las obligaciones económicas que el ascendiente que ha perdido la patria potestad, subsisten aún al término de ésta, en términos del artículo 285 de la legislación civil; “El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos”.

El Código Civil para el Distrito Federal regula todo lo concerniente a los alimentos, en sus numerales 301 al 323. El cumplimiento de las obligaciones pecuniarias tendrá que ser en los términos que esta ley dispone. La principal obligación que queda subsistente cuando los padres pierden la patria potestad, esto tiene su origen en que; el resultado de su incompetencia como padres no los exime de procrear a seres inocentes que tienen necesidades y que es su responsabilidad sufragarlas. Cuando se habla de los alimentos, la ley dispone: “Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad, Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.” (Art. 308 Código Civil D. F.)

Esta obligación subsiste y su cumplimiento debe ser asegurado por el deudor de manera que “los gastos de alimentación y educación del menor deben regularse de manera que nada le falte, según su condición y posibilidad económica.” (Art. 538 C. C.) Aunado a lo anterior que “ el derecho de recibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción.”

“El obligado a dar alimento cumple la obligación asignando una pensión competente al acreedor alimentario o incorporándolo a la familia.” En el caso de los menores de siete años la ley dispone que salvo

⁷⁰ Chávez Ascencio. Op. Cit. Págs. 308-309.

peligro grave de su normal desarrollo deben permanecer al cuidado de la madre (Art. 282 frac. VII segundo párrafo del C. C.), atendiendo al derecho natural es que es preciso que los bebés y niños pequeños estén al cuidado de su madre.

“Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades del que debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los incrementos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiera tenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.” La acción para pedir el aseguramiento de los alimentos en favor de los menores será el ascendiente que conserva la patria potestad, si ésta no puede representar al acreedor alimentario en el juicio en que se pida el aseguramiento de los alimentos, se nombrará un tutor interino.

En los casos en que el deudor alimentario no cuente con un trabajo estable, fijo, o que perciba una nómina periódica en la que se puedan hacer los descuentos correspondientes a cuenta de la pensión alimenticia; “el aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del juez.” La corte precisa y explica la naturaleza del aseguramiento de los alimentos: “Alimentos, aseguramiento de los. Siendo la obligación impuesta a una persona, de dar alimentos a su cónyuge y a su hija, en cierto modo futura e indefinida en cuanto al tiempo, es claro que su obligación colateral de constituir garantía, tiene que estar en consonancia con la obligación por garantizar, y consiguiente, la garantía tiene que ser también indefinida, por aplicación analógica del Artículo 2799 del Código Civil, por lo que si esa garantía consiste en fianza o hipoteca, deberá comprender todas las cantidades que el obligado pueda deber por alimentos, mientras concluye el juicio de divorcio, y si consiste en prenda o depósito, aunque también debe comprender esas mismas prestaciones, su monto tendrá que ser fijado prudencialmente por el juez, pues el principio de que todo deudor responde de sus deudas con todos sus bienes presentes o futuros, ni lógica ni jurídicamente puede fundar la pretensión de que la garantía de que se trata, se constituya con todos los bienes del obligado, necesarios para producir la pensión por pagar, ya que basta considerar que esa obligación es personal, para convencerse de que tiene que estar desligada de los bienes de

aquel, cosa que la misma ley reconoce implícitamente, al permitir que dicha garantía pueda consistir en fianza.”⁷¹

La jurisprudencia, al respecto de los alimentos y su respectivo cobro dispone que cuando se garantice con fianza: “Alimentos, fianza para garantizar el pago de. Cobro a la afianzadora. Cuando la fianza se otorga para garantizar el pago de pensiones periódicas destinadas a cubrir alimentos determinados judicialmente en sentencia ejecutoriada, no tiene por qué darse cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 93 y 94, fracción I a IV de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, preparando y siguiendo juicio en contra de la fiadora, en caso de que por incumplimiento del fiado se haga exigible la garantía, porque en virtud de la accesoriedad de la fianza que establece el artículo 2794 del Código Civil, la institución fiadora está en el lugar de quien ya fue oído y vencido, procediendo por lo tanto el cobro por las normas aplicables de la ejecución.”⁷²

Finalmente, puede cometerse el delito contra la seguridad de la subsistencia familiar previsto en el artículo 193 del Nuevo Código Penal que dispone: “Al que abandone a cualquier persona respecto de quien tenga la obligación de suministrar alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando cuente con el apoyo de familiares o terceros, se le impondrán de tres meses a tres años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa, privación de los derechos de familia y pago como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente. Se equipara al abandono de personas y se impondrá la misma sanción al que, aún viviendo en el mismo domicilio, no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia de quien se tenga la obligación de suministrar alimentos. Para los efectos del presente artículo se tiene por consumado el abandono aún cuando él o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado de un pariente, o de una casa de asistencia. La misma pena se

⁷¹ González Escudero Julián. Pág. 955. Tomo LVII. 29 De Julio De 1938. Sostiene Mismo Criterio: Tomo CXVI. Pág. 974. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo LVII. Tesis: Página: 955. Tesis Aislada.

⁷² PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 34/82. Afianzadora Insurgentes, S. A. 15 de abril de 1982. Ponente: Juan Díaz Romero. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 157-162 Sexta Parte. Tesis: Página: 25. Tesis Aislada.

impondrá a aquél que teniendo la obligación de dar alimentos, no los proporcione sin causa justificada.”

Es preciso no perder de vista que los alimentos son una cuestión imprescindible para los menores de edad o que sigan estudiando, una vez llegada la mayoría de edad. Los ascendientes deben responsabilizarse de esta obligación cabalmente o pagar las consecuencias de sus errores.

4.4.1.2.- DENUNCIA POR PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD.

En el apartado 4.4. se expone la necesidad de sancionar a la violación de la custodia con la pérdida de la patria potestad, una vez que se ha logrado jurídicamente lo anterior, encontramos que el ascendiente desposeído de la patria potestad, se convierte en una persona ajena al menor y si decide llevarse a éste lejos del ascendiente que conserva la patria potestad debe ser sancionado por violentar a sus hijos y ex pareja, además de desobedecer una orden judicial, el Código Penal debe contener en su articulado expresamente la manera de resolver tal conflicto ejemplarmente.

A partir del 12 de noviembre de 2002, entra en vigor el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que regula en el Título IV, denominado Delitos contra la Libertad Personal, contempla en el Capítulo VI, Retención y sustracción de menores o incapaces, del numeral 171 al 173. Este articulado contiene disposición expresa al respecto de la situación que se estudia en este trabajo, que a continuación se comenta, esto en virtud de que su entrada en vigor elimina la posibilidad de iniciar una averiguación previa por privación ilegal de la libertad.

Dispone el Código Penal para el Distrito Federal, en el artículo 173 lo siguiente: “ Si el agente es familiar del menor o del incapaz, pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre éste o mediante resolución judicial no ejerce la guarda o custodia, se le impondrá la mitad de las penas previstas en los artículos anteriores. Cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o al incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se le impondrá una tercera parte de las sanciones antes señaladas.”

El tipo penal de plagio de un menor en este delito requiere que el sujeto activo, sea parte de la familia del plagiado y en la primera

hipótesis se habla del ascendiente que ha sido desposeído por alguna causa de la patria potestad o de la tutela del menor o incapaz, sujeto pasivo del delito, situación que es congruente con las conductas realizadas, es decir, es correcto que se sancione al ascendiente porque ya no goza de la patria potestad y no tiene derecho de llevarse a los menores y que al más breve apoderamiento de ellos, cometerá la conducta del tipo penal citado.

Para la segunda hipótesis, a juicio de la que suscribe no debió existir la parte final del párrafo; toda vez que cuando goza de la patria potestad y no así de la custodia, si el ascendiente decide desposeer definitivamente de los menores a la que legalmente tiene la custodia, es muy poco probable que decida devolverlos en las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, pero si es muy frecuente que los ascendientes que están cumplimentando un régimen de visitas, por cualquier causa entreguen a destiempo a los menores; un paseo extra, algún trastorno de salud que haga necesaria la atención médica urgente, quizás la negativa de los menores a regresar a su hogar y quedarse un día más en compañía del padre o madre que no tiene la custodia, por mencionar algunos. Atendiendo al artículo si esto ocurre, el ascendiente ha cometido un delito tipificado en el artículo 173 del Nuevo Código Penal, como en toda reforma y cambio legal siempre hay errores y éste es posible que cueste muchas injusticias en contra de los padres, por hablar del común, cuando se lleven a pasear a sus menores y tengan graves conflictos con su ex pareja, ya que bien puede ser utilizado como pretexto para ocasionarle perjuicios al otro.

Los móviles, en esta circunstancia, se presumen afectivos. Por lo tanto, si se evalúa que la conducta del ascendiente que por cualquiera causa ya ha perdido la patria potestad, si se apodera de los menores sobre los cuales la ejercía, puede ser ya sujeto activo en el delito que se comenta, existe ya el primer paso dado en el avance de la solución de este problema. El procedimiento a seguir para la denuncia se hará según lo dispuesto por apartado 4.2.1.1.

Otro acierto de la reforma es que en el texto de artículo 173 en comentario no establece que el delito se persigue por querrela, por lo que entonces se concluye lo será de oficio, con lo que la suscrita está de acuerdo.

Quizá algunos podrían decir que la reforma que se propone es radical, ¿lo es?, sí, pero necesaria también, actualmente ya es un hábito hasta de los propios litigantes el recomendar a sus clientes que si no

les dejan ver a sus hijos, simplemente, se los lleven, al fin que no pueden hacerles nada. Tal vez su opinión cambie con esta reforma a la ley penal. Las madres afectadas ya se cuentan por cientos en todo el país, es necesario hacer algo para darles alguna solución a su desesperanza y frenar ejemplarmente a los que tengan la intención de cometer esta conducta, el desposeerlos de la patria potestad y proceder en su contra penalmente, es quizá un precio bajo, por el crimen de exponer a menores inocentes a problemas y tal vez peligros que puedan sufrir lejos de su hogar y de los cuidados de quien tiene derecho a darlos.

En la nueva reglamentación del ilícito que se estudia la penalidad, el Nuevo Código Penal establece en el artículo 171 "... se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días multa", para el trasgresor del artículo 173 de la ley citada únicamente se impondrá la mitad de tal pena, es decir una pequeñez y al final de un largo procedimiento. En estas condiciones el sujeto activo tiene derecho a fianza en el caso de flagrancia y si no la hay, con escasas posibilidades de pagar con prisión por el delito cometido, comparado con el daño que causa su comisión la pena impuesta es lamentablemente baja. El artículo 20 constitucional fracción primera establece que Ministerio Público puede negar el beneficio al inculpado de obtener su libertad bajo caución si existe a juicio de la autoridad y puede proporcionar elementos al juez para su consignación de que éste puede sustraerse de la acción de la justicia, que sería el caso si el inculpado no desea entregar a los menores ni decir cuál es su paradero, ya que su objetivo es escapar con los menores.

La reparación del daño en este delito deberá consistir en la entrega de los menores víctimas del delito a quien legalmente pertenezcan. Surgen ante esto algunas interrogantes, qué pasa si el sujeto activo no es encontrado con los menores, porque están ocultos, y éste se niega a proporcionar su paradero, el bien tutelado por esta norma es ante todo el estado de derecho, la seguridad jurídica de la familia, la integridad física y moral de los menores de edad sujetos a patria potestad. Este delito atenta contra la familia, por lo que con esta redacción que resulta pobre, oscura y ambigua no se resuelve el problema que estudia este trabajo, pero es un buen intento, al menos ahora los Agentes de Ministerio Público ya no podrán negar la atención a las víctimas de este ilícito.

"La ley sola, por supuesto, no resolverá el problema de tales desobligaciones. Pero como la ley penal educa (de acuerdo con la más

importante tradición de Filosofía jurídica) no hay duda de que la norma aquí contenida algo logrará, aunque es imprescindible que las disposiciones legales mantengan estrechas relación con otros medios idóneos para resolver los grandes problemas sociales que nos aquejan. En el Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil, que organizó en el Puerto de Acapulco del 24 al 28 de octubre de 1977, el distinguido Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, Doctor Julián Güitron Fuentevilla, sostuvimos que así como en el artículo 98 C. C., exige un certificado prenupcial para llevar a efecto el matrimonio civil, debería exigirse otro certificado de capacidad psicológica, emocional e incluso (sobre todo en el varón) para contraer matrimonio. En efecto, la ley civil sólo se conforma con que un médico titulado asegure bajo protesta de decir verdad que los que aspiran a contraer matrimonio no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica e incurable, que sea además contagiosa y hereditaria; debiendo constar dicho certificado, en todo caso, en el expediente que se instruya para llevar a efecto el matrimonio civil. ¡Pero en cuantas ocasiones es insuficiente el sólo dato clínico! No hay duda, de que el abandono de las obligaciones... matrimoniales encuentra su origen, con notable frecuencia, en la ineptitud emocional, psicológica y económica para estar casado o contraer matrimonio. En una palabra, en la falta de madurez.”⁷³

Esta falta de madurez de la que habla el Maestro Carrancá y Trujillo, tiene sus efectos durante el matrimonio y mayormente cuando éste termina prematuramente, se tiene que ser maduro al aceptar la culpa de tal fracaso y salvaguardar el desarrollo emocional y psíquico de los menores que se procrearon durante su vigencia. Se coincide con el criterio del autor en comento, en lo relativo a que la ley sola no resolverá los problemas, pero es preciso pugnar por su existencia.

⁷³ Ibidem. Págs. 882-883.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La familia es la primera agrupación social que ha conformado el ser humano, es por tanto el elemento básico constitutivo de la sociedad y del Estado, a través de su evolución, la familia se ha integrado por los progenitores y sus descendientes, y todos sus integrantes poseen deberes y obligaciones recíprocos, atendiendo a valores de respeto e igualdad.

SEGUNDA.- Las instituciones jurídicas de la familia y que la ley ha reconocido son: el matrimonio, el concubinato, la filiación ya sea natural o adoptiva y el parentesco y atendiendo a la importancia social, moral y jurídica de ésta, el derecho mexicano ha creado el Derecho de Familia.

TERCERA.- La patria potestad tuvo su origen en el Derecho Romano, la ejercía el hombre más viejo de la familia, mismo que disponía de un patrimonio propio constituido por los bienes de la esposa, hijos e hijas, así como de siervos y decidía las vidas de las personas que integraban la domus, facultades que finalmente adoptaron la función de protección a los hijos.

CUARTA.- Durante el México Prehispánico, en el pueblo azteca la patria potestad, se desempeñaba en iguales circunstancias; el padre educaba y corregía a los varones y la mujer se entendía de lo concerniente a las hijas.

QUINTA.- Durante el México Colonial, la figura de la patria potestad se transforma en patriarcal, como en el pueblo español; los cambios operados son trascendentales y estuvieron vigentes muchos siglos después de la conquista, la sociedad seguía los lineamientos prescritos por la iglesia: Dios establece como cabeza de la familia al varón.

SEXTA.- Durante el México Independiente, en la patria potestad existía un predominio del hombre sobre la mujer, bienes e hijos, y en ausencia de éste se concedía a la madre, a través del tiempo se transforma de tal suerte que ambos gozan de ella simultáneamente, pero aún en la legislación civil de 1928 existían algunas limitantes para la mujer en su desempeño.

SEPTIMA.- En la ley civil vigente se crea la adopción plena, en la que los abuelos del adoptado están obligados a la patria potestad; la patria potestad se desempeña por ambos padres en igualdad de derechos y deberes, sobre la persona y bienes de los hijos, su ejercicio será a través del cariño, buen ejemplo y disciplina que den a sus vástagos.

OCTAVA.- El orden jurídico vigente dota a la víctima de la sustracción de los menores sujetos a su custodia, con alternativas legales lentas, burocráticas y poco eficaces para recuperarla; juicio ordinario civil, ejercicio indebido de un derecho, violencia familiar, controversia del orden familiar y el delito de retención y sustracción de menores o incapaces.

NOVENA.- La sustracción y retención definitiva de los menores por el ascendiente que no goza de la custodia de éstos, debe ser sancionado por la legislación civil, constituyéndola como una causa más para la pérdida de la patria potestad, a fin de evitar que en lo futuro los tenga a su alcance para llevárselos nuevamente.

DECIMA.- Con la pérdida de la patria potestad, terminan todos los derechos que el ascendiente tiene para con sus hijos; no así con las obligaciones que continúan vigentes; en especial la prestación de los alimentos.

DECIMO PRIMERA.- El Código Penal para el Distrito Federal, debe sancionar la privación de la custodia, con penalidad tal que el sujeto activo no obtenga ningún beneficio de libertad caucional, ya que puede sustraerse a la acción de la justicia o cometer nuevamente el delito.

BIBLIOGRAFIA

CARRANCA Y TRUJILLO Raúl y CARRANCA Y RIVAS Raúl, Código Penal Anotado. 23 ed. Editorial Porrúa S. A. México 2000.

CASTAN VAZQUEZ, José María. La Patria Potestad. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España 1960.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 8a. ed. Editorial Porrúa S. A. México 1984.

CHAVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 4a ed. Editorial Porrúa S. A. México 1997.

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 19 ed. Editorial Porrúa S. A. México 1993.

DICCIONARIO BASICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 19 Ed. Larousse. México 1986.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil Parte General. 5a ed. Editorial. Porrúa S.A. México 1996.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano. 17 ed. Editorial Esfinge S.A. de C.V. MÉXICO 1991.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. 15 ed. Editorial Porrúa S. A. México 1997.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 5 ed. Editorial Porrúa S. A. México 1985.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. 4a ed. Editorial Porrúa S. A. México 1983.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Atributos de la Personalidad. 2a ed. Editorial Porrúa S. A. México 1998.

MONCAYO RODRIGUEZ, Socorro. Manual de Derecho Romano I. Historia e Instituciones. 1a ed. Editorial Universidad Veracruzana. México 1997.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 2a ed. Editorial Porrúa S. A. México 1976.

MORENO, Daniel. El Pensamiento Jurídico Mexicano. La Socialización del Derecho Privado y el Código Civil de 1928. Ponente: Francisco H. Ruíz. 2a ed. Editorial Porrúa S. A. México 1979.

OVALLE FABELA, José. Derecho Procesal Civil. 7a ed. Editorial Harla. México 1980.

SANTA BIBLIA. Antigua Versión de Casidoro de Reyna. Revisión 1960. Holman Bible Publishers, Nashville Tennesse, E. U. A.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa S. A. México 2001.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Editorial Sista S.A. de C.V. México 2000.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Sista S.A. de C.V. México 2000.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Jus Poenale. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales. México 2002.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Sista S.A. de C.V. México 2000.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Editorial Porrúa S. A. México 2000.