



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

CAMPUS ARAGÓN

**“INOBSERVANCIA DE LA PERDIDA DE LA PATRIA
POTESTAD POR LA EXPOSICIÓN DE LOS HIJOS”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
CORTES GÓMEZ CLAUDIA IVETTE**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

ASESOR : LIC. MARIA DE LOURDES RIVERA SERRANO



ESTADO DE MÉXICO

JUNIO DE 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.

A DIOS:

Señor por estar siempre en mi corazón y ser la luz a lo largo de mi vida, por invitarme a recorrer el sendero correcto, y ayudarme a llegar hasta donde hoy día me encuentro y por darme la alegría más maravillosa de cumplir este sueño.

Tú que siempre me has escuchado, alentado y consolado cuando mas he necesitado de tu amor y sabiduría, sólo te pido señor que nunca me abandones y continúes guiando e iluminando mi vida para seguir día a día en el camino correcto que me lleve a ser una mejor hija, hermana y persona, y sobre todo que me acerque más a ti. Gracias señor.

A MIS PADRES:

Por que gracias a su apoyo, ejemplo, sabiduría, comprensión, consejos, y sobre todo, al amor que han depositado en mi a lo largo de mi vida.

Les doy las gracias por todo lo que han hecho por mí, por que creyeron en mí, por la sabiduría con que guiaron mi camino, por alentarme e impulsarme para alcanzar mi meta, quiero compartir esto con ustedes y dedicarles el más grande sueño de mi vida: Ser una Profesionista.

Sólo quiero hacerles saber que este esfuerzo es por ustedes y para ustedes, por depositar su fe en mí, por ser los más grandes amores que Dios me dio y sólo le pido a Dios que les de las fuerzas necesarias para seguir guiando mis pasos y darme su amor y bendiciones.

Los amo. Gracias por todo.

A MI HERMANO LUIS:

Por ser el mejor hermano y amigo, por ser parte fundamental en mi vida, por apoyarme, alentarme y aconsejarme cuando más lo necesito.

Te doy las gracias por que siempre me has brindado tu apoyo y ayuda, por ser mi ejemplo y por darme tu cariño.

Por que creíste en mí, quiero compartir este sueño en el que has sido parte fundamental y por que espero sigas estando ahí cuando más necesite de tu apoyo.

Tú sabes que cuentas conmigo, que estaré siempre apoyándote y que serás mi mejor amigo.

Te amo. Gracias.

A MI HERMANA JOCELIN:

Por que fuiste la luz que Dios nos envió cuando más te necesitábamos, por ser mi compañera, hermana y amiga.

Agradezco la compañía y el amor que me has brindado estos años de mi vida. Por que eres la parte fundamental de nuestra familia.

Por la alegría que diste a esta vida y porque gracias a ti me esforcé por ser mejor cada día y lograr concluir mi meta, para que en algún futuro te sirva de ejemplo para que sigas adelante y lo que decidas hacer de tu vida estaré ahí para ser tu apoyo, tu guía y sobre todo tu mejor amiga.

Te amo. Gracias.

A EDUARDO MONTESINOS:

Tú que llegaste a mi vida cuando más te necesitaba, porque me has brindado toda tu comprensión, apoyo, sabiduría, admiración y tu amor.

Eres parte fundamental de mi vida ya que le diste esa luz que me hizo ser más fuerte, mejor ser humano y amigo.

Te agradezco el esfuerzo, tiempo, esmero, ayuda y consejos que me brindaste en la realización de este proyecto.

Por ser mi amigo y consejero cuando más lo he necesitado. Te hago participe en este sueño por que siempre has creído en mí y por el aliento que me brindas día a día para seguir siendo mejor.

Te amo. Gracias.

A MIS AMIGAS Y AMIGOS:

A todos ustedes que estuvieron a mi lado, brindándome su amistad, apoyo y cariño.

En especial a Claudia Santiago, Citlali Munguía y Aleli Nava, por que fueron parte esencial en mi formación profesional, gracias por su apoyo, cariño y amistad que guardare en mi corazón por siempre, les agradezco todo lo que hemos vivido.

A LA LIC. M^ª DE LOURDES RIVERA S.:

Por el interés profesional, empeño, esmero, dedicación y esfuerzo que me brindó para la realización de este proyecto.

Agradezco el tiempo y consejos que me obsequió, puente para llegar al principio de este camino.

A LA U.N.A.M.:

Por ser el vehículo sobre el cual he recorrido esta senda.

Por su excelente nivel académico, profesores y compañeros que no solo me enseñaron a aprender, también me enseñaron a conocer y a conocerme a mi misma, a dar de mí lo mejor en todo momento y sobre todo brindar a este país todo mi esfuerzo y determinación para contribuir a que sea una mejor nación.

Gracias

ÍNDICE

“INOBSERVANCIA DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR EXPOSICIÓN DE LOS HIJOS”

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD

1.1. ROMA	1
1.2. FRANCIA	30
1.3. ESPAÑA	37
1.4. MÉXICO	47
1.4.1. Código Civil de 1870	47
1.4.2. Código Civil de 1884	50
1.4.3. Ley sobre Relaciones Familiares de 1917	52
1.4.4. Código Civil de 1928	55

CAPÍTULO II

LA PATRIA POTESTAD

2.1. CONCEPTO	60
2.2. NATURALEZA JURÍDICA	67
2.3. CARACTERÍSTICAS	72
2.4. FUENTES	81
2.5. SUJETOS QUE INTERVIENEN	86
2.6. DERECHOS Y OBLIGACIONES	89
2.6.1. Derechos y obligaciones de los sujetos a la patria potestad	89
2.6.2. Derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad	102
2.7. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD	123
2.7.1. Efectos respecto de la persona de los hijos	123
2.7.2. Efectos respecto de los bienes de los hijos	127
2.8. LAS CAUSAS POR LAS QUE SE EXTINGUE LA PATRIA POTESTAD	131
2.9. LAS CAUSAS POR LAS QUE SE SUSPENDE LA PATRIA POTESTAD	133

2.10. LAS CAUSAS POR LAS QUE SE PIERDE LA PATRIA POTESTAD	136
2.11. LIMITACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	152
2.12. DISTINCIÓN ENTRE PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA	154

CAPÍTULO III

EXPOSICIÓN DE LOS HIJOS COMO CAUSA DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

3.1. ANTECEDENTES DE LA EXPOSICIÓN Y ABANDONO DE MENORES	158
3.2. CONCEPTOS	164
3.2.1. Concepto de exposición de hijos	165
3.2.2. Concepto de abandono de hijos	166
3.2.3. Concepto de maltrato al menor	170
3.3. CLASIFICACIÓN DEL ABANDONO	177
3.3.1. Abandono moral	177
3.3.2. Abandono material	183
3.4. CONSECUENCIAS DEL ABANDONO	186
3.4.1. Emocionales o psicológicas	186

3.4.2. Físicas	189
3.4.3. Sociales	193
3.5. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO	201
3.6. ANÁLISIS DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR EXPOSICIÓN DE LOS HIJOS	208
CONCLUSIONES	223
BIBLIOGRAFÍA	226
LEGISLACIÓN	231
OTRAS FUENTES	232

INTRODUCCIÓN

La patria potestad es una institución que es establecida por el derecho, es tanto la asistencia, como la protección, que tiene como finalidad proporcionar a los hijos una formación integral, esto es desde su cuidado, educación y asistencia en la medida que su estado de minoridad lo requiera la cual es reconocida por el derecho y es regulada para garantizar que se cumplan sus fines.

Se da la pérdida de la patria potestad ya que al no llevarse a cabo los fines inherentes a ella que son tanto la protección, su asistencia, su educación, su alimentación y cuidados hacia el menor se cae en la exposición del menor, esto es el abandono que se hace en un lugar público o privado de una criatura incapaz de proveerse por sí mismo a su subsistencia.

Lo anterior es la razón por la cual elegí este tema, ya que en nuestra sociedad no se da la observancia adecuada a lo referente a la exposición del menor, ya que el padre o la madre o a ambos se les debe cesar inmediatamente la patria potestad, al abandonar a un menor incapaz de cuidarse por sí mismo y sustentarse su alimentación, vestido y cuidado; aunque la ley lo prevé en su artículo 444 fracción V del Código Civil para el Distrito Federal en la práctica no se toma en cuenta que los menores expósitos por sus progenitores, éstos pierdan su patria potestad por el simple hecho de abandono de los mismos, ya que al exponerlos al total desamparo y al no tener la seguridad de que exista un tercero que lo pueda auxiliar en los cuidados necesarios y sobre todo para que el menor sobreviva; deben de ser separados de sus progenitores y que éstos sean sancionados con la pérdida de la patria potestad del menor que esta en peligro de sobrevivir.

En virtud de la crueldad que implica la conducta de la exposición que se hace de los menores, por parte de las personas que ejercen respecto del mismo la patria potestad, al negarse completamente de cumplir con todas sus obligaciones respecto

del menor afectado, es una causa muy grave por la cual lo que es más coherente es que se debe perder la patria potestad que se tiene del menor expósito.

Este tema es de gran importancia y lo retomo ya que en nuestra sociedad existen millones de personas que se dan el lujo de dejar a sus hijos en el total desamparo sin importarles que pueda sucederles o quien o quienes tengan el valor moral de ayudarlos, si existen abuelos ya sean paternos o maternos que deseen cuidar de sus nietos abandonados y lo más adecuado sería que los padres al abandonar a sus menores hijos pierdan la patria potestad inmediatamente, al no cumplir con lo que marca la ley y por tanto otra gente pueda detentar esa patria potestad, y en el caso del menor siendo expósito o abandonado, merece llevar una vida digna, tener una educación, una alimentación, y un cuidado que necesite llevarlo a ser una persona de bien en su vida futura.

Con base en lo anterior en la presente investigación de tesis se utilizará el método deductivo, ya que partiré del estudio general al estudio particular, es decir, iniciare con los antecedentes para terminar con el análisis relativo a la pérdida de la patria potestad por la exposición a los hijos.

El presente estudio se ha dividido en tres capítulos.

En el capítulo primero, se estudian los antecedentes históricos de la patria potestad tomando en consideración a Roma, Francia, España y México, en los cuales se retoma lo más importante de esta figura jurídica y como fue su desarrollo en cada uno de estos países.

Posteriormente el segundo capítulo, trata sobre el estudio general de esta figura jurídica, en el cual se desarrollan, su concepto, su naturaleza jurídica, sus características, sus fuentes, los sujetos que intervienen en ella, los derechos y obligaciones tanto de los que están sujetos a la patria potestad como de aquellos que la ejercen, sus efectos y las causas por las que se extingue, se suspende y se

pierde; su limitación y modificación, se hace una distinción entre la patria potestad y custodia.

El Tercero y último capítulo, se hace un estudio sobre los antecedentes de la exposición y abandono de los menores, se dan los conceptos tanto de la exposición de hijos, como del abandono de los hijos y el maltrato al menor; se da la clasificación del abandono moral y material y sus consecuencias del mismo, por otra parte se da la Declaración de los Derechos que tiene los niños y para concluir este capítulo se hace el análisis de la inobservancia de la pérdida de la Patria Potestad por Exposición de los Hijos, en donde la exposición es una conducta contraria a los fines de la institución, que coloca al menor en una situación de miedo e inseguridad, por lo que el Estado debe intervenir alejando de sus hijos a quienes los han expuesto, ya que hasta ahora existen demasiados casos de exposición de hijos, en nuestra sociedad actual, no se ha tenido la suficiente madurez para hacerse responsable de sus actos y aunque perjudican a menores indefensos hasta la fecha no existe una debida observancia a esta problemática.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD

1.1. ROMA.

Roma, históricamente es el primer antecedente registrado de una sociedad que regulaba la patria potestad, este tipo de sociedad con leyes y estructuras perfectamente definidas requería tipos específicos de control sobre este *status* en particular y por tanto una de las condiciones esenciales para adquirir la capacidad jurídica era ser Ciudadano. Dicha calidad la daba el haber nacido en Roma al ser hijo de *Ingenuos e Ingenuo* también.

Esta condición estaba tipificada y era regida por la Ley de las XII tablas que denominaba *Hostis* al extranjero y posteriormente *peregrino*, hombre libre en los actos propios que realizaba, mismo que vivía en Roma pero sin estar protegido por el Derecho Romano. Con el desarrollo de la civilización y el incremento de la vida comercial por la amplitud de las relaciones entre los pueblos, se fueron reconociendo ciertos derechos y una limitada capacidad protegida por el derecho a los peregrinos, lo que dio lugar a establecer un magistrado denominado *Pretor Peregrino*, y en el año 212 después de J.C; el emperador Caracalla concedió a todos los *Jus civitatis* al considerarlos romanos a todos.

“En esa época, existió una condición intermedia entre los ciudadanos y los peregrinos, llamada de los *latinos*, a quienes se reconoció una capacidad mucho más limitada, pues sólo se les otorgo el *jus commercii*, de ahí que se consideran como *latinos coloniarum* en semejanza a los *latinos junianos*, a los cuales la ley *Junia Norbana* les dio esa condición intermedia entre ciudadanos y peregrinos. Ninguno de ellos tenía el *comercium mortis causa*, por lo que a su muerte los bienes que había

adquirido regresaban al antiguo amo, situación que terminó al publicarse el edicto de Caracalla, que convirtió en ciudadanos a todos los extranjeros".¹

La *status civil*, o sea la condición para adquirir la capacidad jurídica, comprendía las formas siguientes:

- a) *Jus commercii*
- b) *Jus connubium*
- c) *Jus suffragii*
- d) *Jus honorum*
- e) *Provocatio ad populum*

a) La facultad o potestad de transmitir y adquirir la propiedad recibía el nombre de *jus commercii*.

b) La facultad de contraer matrimonio mediante las justas nupciales que daban origen a la patria potestad (es decir, al poder paterna) y a la manu (padre ejercido sobre la mujer) percibía el nombre de *jus connubium*.

c) La facultad de de ejercitar el sufragio en los comicios se denominaba *jus suffragii*, activo y pasivo.

d) La facultad de llegar a ejercer el derecho en las magistraturas recibía el nombre de *jus honorum*.

e) El derecho de interponer apelación por inconformidad ante los comicios por tribus en los casos de la orden criminal se denominaba *provocatio ad populum*, otorgándose por último el derecho de ser inscrito en el censo.

¹ MORALES, José Ignacio. Derecho Romano. Editorial Trillas. México 1996. p. 167.

f) La facultad de formar una *gens*, que recibía el nombre de *jus gentilitatis*".²

"Roma, en su afán de hacer sentir que era grata con aquellas ciudades que le guardaban fidelidad o que en una forma decidida se adherían a ella, concedía a sus habitantes el *jus civitatis*. Esas ciudades, estructuradas a semejanza de Roma, recibieron el nombre de municipios y se gobernaban ellas mismas, pero generalmente sin disfrutar del *jus sufragii*, quedando como *civitas sine sufragio* (ciudades sin derecho al sufragio)".³

En otra situación, las ciudades latinas disfrutaban del *jus latinum*, por lo que se refería a su gobierno, pero ninguno de sus habitantes obtenía el *jus civitatis* sin acuerdo expreso del gobierno romano. Otras ciudades sometidas a la dominación romana, que la habían aceptado sin oponer resistencia, perdían desde luego la autonomía que antes gozaban y se les imponía anualmente un *praefecto*, el cual aplicaba en su gobierno, con ciertas excepciones siempre, el *jus gentium* (derecho de gentes).

Roma extendió su dominio sobre una vasta extensión y creó poblaciones que eran colonias de ciudadanos romanos, situación debida al reparto o difusión de tierras entre los soldados conquistadores, mismos que por su calidad extraordinaria de romanos habían quedado sometidos a *jus civitatis*. Su forma de gobierno era muy similar a la que prevalecía en Roma y como era propia, fortalecía el imperio.

La forma de la organización que Roma utilizaba dentro de la dominación permitió que por el anhelo, el deseo o la ambición de obtener el *jus civitatis*, que tantas prerrogativas otorgadas al Romano, los pueblos sometidos se adaptaban fácilmente a la imposición, Romanizándose y en esa situación exigían o reclamaban ávidamente su participación en todas las actividades de la vida del estado, Roma se

² Ídem.

³ Íbidem. p. 168.

extendió hasta las orillas del mar, situación que cambió en parte la estructura y calidad del romano, hasta entonces agrícola y elemento que habría de participar en la actividad comercial, lo cual dio lugar a que la propia política romana se transformará en ciertos aspectos, se aplicara ahora a las poblaciones sometidas, construidas sobre el litoral. Una de las primeras medidas fue otorgar la excepción de la obligación militar y dejar como carga la vigilancia permanente de todas las costas y puertos.

“Respecto de la propiedad de que tantos esclavos eran capaces los patricios, aunado a la tendencia para adquirir grandes extensiones de tierras, surgió el cultivo en forma diferente de la individual, o que con medios modestos se llevaba en Roma, lo cual dio nacimiento a la explotación de la tierra en grandes extensiones por un numeroso grupo de esclavos, hecho que recibió el nombre de *latifundia*, la moneda y el tráfico mercantil en Roma influían en el mar Mediterráneo, de suerte que se celebraron tratados con muchos pueblos y se sentaron las bases del imperio.

En el año 264, el senado romano decidió que su ejército luchará en Sicilia contra los mamertinos, por lo cual desembarcaron en esta isla, lo que ocasionó muchos altas y bajas, en las que a veces el triunfo sonreía al ejército romano y en otras apareciera rota; pero al fin, Roma se impuso a Cartago y la obligó a pagar indemnizaciones. En relación con sus derechos de familia, en Roma las personas se dividían en dos grupos: aquellas que tenían su condición propia, su derecho, su voluntad y que no dependían sino de si mismas, y aquellas que dependían de la voluntad de otro, por lo que las primeras recibían el nombre de *sui juris* y las segundas el de *alieni juris*. Cada persona se encontraba colocada en una familia, ya sea como cabeza, jefe o dueño de la casa o sometido a cualquiera de ellos, a los cuales se les denominaba, según el sexo, *paterfamilias* o *materfamilias*. La denominación de *paterfamilias* no estaba ligada forzosamente a la paternidad, pues bastaba con que no perteneciera a la familia de ningún otro no sometido a un

paterfamilias para que recibiera ese nombre; así, podía ser *paterfamilias* un recién nacido".⁴

Los sometidos a la dependencia del *paterfamilias* (*alieni juris*) recibían de este la patria potestad si se ejercía sobre los hijos (la *manus* sobre la mujer), la *dominica potestas* sobre los esclavos, o el *mancipium* sobre el hombre libre.

"La patria potestad era el poder atribuido al padre de familia, o sea la potestad ejercida sobre los hijos que formaban su familia y que se encontraban en ella como consecuencia de las justas nupcias, por la legitimación o por la adopción".⁵

"La autoridad que el *paterfamilias* ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños arrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados, se llama *patria potestas*".⁶

"Para ejercitar esa patria potestad, nacida del derecho civil romano, se requería ser ciudadano romano, en cuyo caso, según el derecho antiguo, se daba al *paterfamilias* el carácter de propietario de los hijos; el derecho de vida y muerte, de venderlos, exponerlos, abandonarlos o entregarlos para reparar el daño que estos hubieran causado; castigarlos y matarlos, según disponía la Ley de las XII tablas, si nacieran deformes. Como era el propietario de su hijo, los bienes que este adquiría pasaban al poder también del padre. Sin embargo, esta potestad que duró casi todo el régimen republicano, fue modificada, por lo que ya en el Imperio, el padre se convirtió en jefe supremo de la familia, mas no en el propietario de ella".⁷

⁴ Íbidem. p. 169.

⁵ MORINEAU IDUARTE, Marta y Ramón Iglesias González. *Derecho Romano*. 4ª. Edición. Editorial Oxford. México 2002. p. 170.

⁶ ARIAS RAMOS J. y J. A. Arias Bonet, *Derecho Romano*. Tomo II. 27ª. Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1984. p. 703.

⁷ MORALES, José Ignacio. Op. Cit. p. 170.

Esta patria potestad era un poder absoluto, que primitivamente no se diferenciaba del ejercido sobre los esclavos, sobre la mujer sujeta por la conventio *in manus* y sobre las personas *alieni iuris* que le han sido entregadas mediante una *mancipatio*.

La patria potestad originada en las justas nupcias hacia todos los hijos que nacían de los cónyuges cayeran bajo su poder, así como los nietos o descendientes del hijo varón que contraía matrimonio legítimo; pero esto no se aplicaban los hijos de la hija, que pasaban o se sometían a la patria potestad del padre de la madre.

Respecto de la mujer aún cuando fueran *sui iuris* primeras, jamás se ejercía la patria potestad sobre los hijos.

Es indudable que la presión del ambiente social y el afecto natural -dado que lo más frecuente era que el *filiusfamilias* fuese hijo, nieto del *paterfamilias*, o estuviese unido a él por otro parentesco consanguíneo- mitigaron en la práctica el rigor de un poder teóricamente tan absoluto; pero en el terreno legislativo -aparte de textos que aluden a la obligación de dar alimentos al *filius*-, las escasas disposiciones de la época imperial que se citan como limitativas de las facultades del *pater*, no abonan la creencia de que, en el área estrictamente jurídica, habrá de reconocerse la autoridad del *pater* hasta el límite extremo del *ius vitae et necis*. O se trata de disposiciones referidas a aislados casos concretos, como una de Trajano obligando a un *pater* a emancipar a un *filius* a quien maltrataba, o en la que Adriano condenaba a deportación a un *pater* que ha matado a su hijo *in venatione*, cazándole *latronis potius quam patris iure*, y no ir a la Junta de familia antes aludida; o se trata de una afirmación sospechosa de interpolación, como en la atribuida a *Ulpiano*, de que el magistrado y no el padre es quien debe dar muerte al hijo que la merece.

“La exposición de los hijos, que, según parece, la costumbre limitaba, de hecho, a casos de parto monstruoso, fue indirectamente sancionada por

disposiciones de Dioclesano y Constantino, que restringieron al *pater* de unas de las facultades sobre aquellos hijos cuales hubiere expuesto. Y la constitución de Valente y Valentiniano equiparó la exposición al homicidio. La venta, declarada crimen en constituciones de Caracalla y Dioclesano, y considerada excepcionalmente lícita se trata de un recién nacido por otra constitución de Constantino, fue permitida por Justiniano solamente en casos de extrema pobreza".⁸

La *noxae deditio* del hijo también fue abolida por Justiniano. En conclusión, en su origen, la *patria potestas* no se estableció con el fin de proteger al hijo; duraba toda la vida de éste y la ejercía el ascendiente de más edad. En el derecho antiguo, los efectos recaían sobre el hijo de familia, que se aproximaba a la situación del esclavo, sin derecho al patrimonio alguno, por lo cual siempre se le consideraba *Alieni juris*. En el derecho clásico y en el bajo imperio, se limitaron los poderes del *paterfamilias* sobre el hijo.

"En el aspecto patrimonial, desde puntos de vista del *ius civile*, la *patria potestas* implica: 1º, que el único titular de derechos reales y de derechos de crédito en la familia romana, es el *pater*; el *filius, nihil suum habere potest*; 2º, que el hijo es capaz, sin embargo, de realizar negocios jurídicos, los cuales no podrán ser de enajenación o gravamen, por que el hijo no tiene la propiedad y derechos reales, y *nemo dat quod non habet*; pero podrán ser de los que sirvan para adquirir para el *pater* derechos reales o de crédito o para quedar el propio hijo obligado como deudor; 3º, que data la imposibilidad legal de que el hijo sea titular de derechos patrimoniales, la aludida capacidad de realización de negocios jurídicos no le sirve, por tanto, más que para ser igual que el esclavo un instrumento de adquisición de su *pater*, ya que para éste son, automáticamente, cuantos derechos de índole patrimonial se adquiriera en virtud de actos del hijo; 4º, que, en cambio, cuando por dichos actos el hijo resultaba obligado, el *pater* no recogía la deuda contraída por el *filius*, y era éste el que quedaba civilmente deudor, aunque la responsabilidad fuese

⁸ *Ibidem*. p. 705.

probablemente ilusoria, dadas las dificultades que a la posibilidad de su persecución judicial se presentaban".⁹

Tales eran las consecuencias de la patria potestas en el viejo *ius civile*. Pero se fueron modificando en dos direcciones: a) haciendo al *pater*, responsable de las deudas del hijo, en ciertas condiciones (doctrina de las llamadas acciones *adiecticiae qualitatis*); b) reconociendo el hijo, en medida cada vez más amplia, la titularidad de derechos patrimoniales (doctrina de los peculios).

Acciones *adiecticiae qualitatis*.- estas acciones, cuyo nombre se remonta a la glosa medieval, fueron ya aludidas al tratar de la condición de los esclavos. Estos, al igual que los hijos del *pater*, pudiendo también, con arreglo *alius civile*, hacer al dominus acreedor, pero no deudor. A unos y otros se les aplicó el sistema de las acciones *adiecticiae qualitatis*, con las que el pretor corrigió la citada anomalía.

Para ello prometía en su Edicto las siguientes acciones, ejercitables contra el *pater* por aquellos que resulta ser acreedores en negocios celebrados por el *filius* o, en idéntica hipótesis, con el esclavo:

a) *Actio quod iussu*, si el *pater* manifestó expresamente su voluntad de que el *filius* llevase a cabo el acto.

b) *Actio exercitoria*, si el negocio lo celebró el *filius* como *magister navis*, o capitán de una nave, puesto para el que fue designado por el *pater* armador.

c) *Actio institutoria*, si el *pater* puso al hijo al frente de un comercio o industria y con tal calidad (*institor*) realizó el acto creador de la deuda.

⁹ *Ibidem*. p. 706.

d) *Actio de peculio*, cuando el *pater* hubiese desglosado una porción de su patrimonio, entregándosela al *filius* como *peculium* para que la administre y negocié, los acreedores pueden cobrarse hasta donde alcance el activo de ese *peculium*, una vez liquidado y hecha deducción de lo que con él hubiera de pagarse, incluso la devolución al *pater* de la suma con la cual le constituyó.

e) *Actio tributaria*, si el *pater* constituyó el *peculio* con 100 y sólo hay 100 en el *pater* los retraerá el primero, y el acreedor nada cobrará. Había, sin embargo, un caso en que esto no se permitía: cuando a sabiendas del *pater*, el *filius* destino el *peculio* a ejercer el comercio. En tal caso se hacía un concurso de acreedores, entre los cuales se contaba el *pater*, obrando todos los que pudieran a prorrata. La *actio* se denominaba entonces *actio tributaria*.

f) *Actio in rem verso*, por la cual se demandaba al *pater* hasta la medida de la ganancia que vino a aumentar su patrimonio (*actio in rem verso*) como resultado del negocio del *filius*.

Se designan con esta denominación ciertas masas de bienes sobre las reconocieron al *filiusfamilias* facultades variables según las épocas y las clases de *peculio*, distinguiéndose cuatro: el *peculio profecticio*, el *castrense*, el *cuasi castrense* y el *adventicio*. Este último sin embargo no fue considerado *peculio* por los romanos: le bautizaron así por analogía los comentaristas medievales, metodizando la exposición de esta materia.

Peculio profecticio, es el más antiguo, y podían tenerlo también los esclavos estaba constituido por aquellos bienes que el *paterfamilias* dejaba al *filiusfamilia*. El cual los administraba, y frecuentemente los dedicaba al ejercicio de comercio o de alguna industria. Propietario del *peculio profecticio* es siempre el *pater*. el hijo tiene solamente facultades de disfrute y administración, revocables en todo momento; no

puede enajenar los bienes en que consista el peculio, y si el hijo muere, dicha masa de bienes revierte automáticamente al resto de la masa patrimonial del *pater*.

Peculio castrense, surge en virtud de disposiciones dictadas por Augusto y sus sucesores, y estaba constituido por los bienes adquiridos por el *filiusfamilias* en el ejército. Además del disfrute de tales bienes, que comenzó reconociendo al hijo la facultad de disponer de ellos por testamento, admitiéndose más tarde que pudiera enajenarlos por actos *Intervivos*.

El origen castrense de la adquisición fue también interpretado por la jurisprudencia con gran amplitud, incluyéndose, no sólo el botín de guerra sino las herencias y legados dejados por los camaradas, y los donativos de amigos y parientes al partir para la campaña. Con todo, los bienes no pierden el carácter de peculio, porque si el hijo no dispuso de ellos ni por actos *intervivos* ni por testamento o donación *mortis causa*, no son objeto de herencia abintestato, sino que pasarán al *pater* automáticamente: *iure peculii non iure successioni*.

Peculio cuasi castrense, aparece en el bajo imperio como una consecuencia de la burocracia a sueldo del estado, el *filiusfamilias* funcionario de la corte, en época de Constantino, y más tarde, por sucesivas ampliaciones, todos los empleados remunerados y el clero Cristiano, fueron asimilados, en cuanto a los bienes adquiridos como resultado de su función al *filiusfamilias* militar.

El llamado peculio adventicio, se inicia también con Constantino, el cual estableció que los *bona materna*, es decir los bienes que el hijo heredan de su madre no siguiesen el régimen general de absorción por el patrimonio paterno que, como dijimos, tenía lugar respecto de todas las adquisiciones del *filiusfamilias*, sino que fuesen reservados al hijo, o sea que el padre no tuviese en ellos más que el usufructo y la administración, perteneciendo la propiedad al hijo.

Abierta la brecha, la capacidad adquisitiva del *filiusfamilias* se ensancha cada vez más. No sólo se comprenden en los *bona materna*, además de la herencia, los legados y donaciones nupciales, sino que da el mismo régimen a los bienes recibidos en la misma manera descendientes maternos, y por último, Justiniano invierte radicalmente el sistema primitivo declarando propiedad del hijo, con meras facultades de administración y disfrute a favor del padre, todo los bienes de aquél que adquiriese por cualquier modo y de cualquier procedencia, con dos únicas excepciones: los adquiridos *ex re patris* o sea, adquiridos con dinero del padre o adquiridos mediante un equivalente a costa del padre, y los adquiridos o entregados por un tercero por gratitud o consideración al padre.

Los bienes adventicio no son, por lo tanto, un peculio en el sentido antiguo, sino un verdadero patrimonio, porque, muerto el hijo, nunca revierten al *pater iure peculii*, sino que son objeto de la sucesión testamentaria o al abintestato del hijo.

"Los efectos primitivos de la *manus*, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, son idénticos a los que en la época antigua producía la adopción, la mujer sale de su familia anterior, quedando rotos todos sus lazos agnaticios que la obra unían a la misma, y entra en la familia de su marido, en situación idéntica a la de una hija, si éste es *paterfamilias*; hoy la situación de una nieta si el marido es un *alieni iuris*. Si la mujer que le sometía a la *manus* era antes *sui iuris* la *conventio in manus* se asimila a la *arrogatio*, y el patrimonio que tuviera es absorbido, igual que el del arrogado, por el *paterfamilias* titular de la *manus*".¹⁰

Del viejo edificio de la familia civil romana, la *manus* es la primera a la que se desmorona. Abolido el *usus* y reducida a la *confarreatio* al efecto de poder aspirar los hijos a cargos sacerdotales, la *coemptio* debió ya utilizarse en la época clásica, en el derecho Justiniano no queda rastro de tal poder familiar.

¹⁰ SANCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. Derecho Civil (parte general, personas y familia). Editorial Porrúa. México 1998. p. 500.

FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

Las fuentes de la patria potestad fueron: las justas nupcias, la legitimación y la adopción.

JUSTAS NUPCIAS.

“Recibía el nombre de matrimonio o nupcias en general, la Unión del hombre y la mujer que deseaban establecer entre ellos una comunidad indivisible de existencia. Así, se definió el matrimonio como la Unión de un hombre y una mujer con el objeto de formar una sociedad indivisible”.¹¹

Era también conocida como el matrimonio de la Unión del hombre y la mujer, y era una asociación de toda la vida, que implica la comunidad de intereses en lo humano y lo divino, es decir, intereses económicos y religiosos.

Desde el punto de vista etimológico, el término matrimonio proviene de *matris* (madre) y *monos, monere* (oficio, ocupación o protección); o bien, de *mater* (madre) y *monus* (uno), o sea, una sola madre.

MANUS.

“Esta institución significó primeramente el poder del hombre en sentido genérico, pero su significado evolucionó para llegar a ser de sujeción, supeditación, subordinación de la mujer al marido por las ceremonias o formas llamadas *confarreatio, coemptio y usus*”.¹²

El matrimonio era la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, así como procrear y educar a los hijos, y entre ambos cónyuges se constituyó una sociedad íntima, indisoluble y perpetua; de ahí que los romanos llamaran *affectio maritalis* a esa intención constructora del matrimonio.

¹¹ MORALES, José Ignacio. Op. Cit. p. 171.

¹² Ídem.

Monogámica en extremo fue la forma constitutiva del matrimonio romano; pero, en virtud del poder que el hombre adquirió desde la fundación de la ciudad (imperativo, arbitrario y despótico, proveniente de un régimen dictatorial y ególatra), la mujer fue sometida a él, por lo que dicho poder sobre ella se conoció como *manus*.

Ninguna forma jurídica establecía la celebración del matrimonio; sin embargo, el acto en sí era revestido de ceremonias, ritos y fiestas que evolucionaron con las costumbres, tan disímbolas que se mezclaron, provenientes de distintos pueblos.

El matrimonio romano consistía en vivir juntos un hombre y una mujer con la intención marital; si no se daban estas circunstancias, el matrimonio no existía.

La voluntad permanente, duradera, interrumpida, que constituye la *afectio maritalis* da valor y existencia al matrimonio romano, de ahí que se concluya que sin la cual habitación y la intención marital no existió matrimonio.

La comunidad debida se extendía para ambos al domicilio y la posición social; en efecto, el hombre tomaba por esposa una mujer, le daba el papel de compañera, a quien asociaba tanto su posición social como su rango; de aquí surgía la diferencia marcada entre el matrimonio legítimo o justas nupcias además del concubinato, que era una unión ilícita, por medio de la cual la mujer se unía a un hombre, sin entender que se asociaba a su posición y a su rango. El concubinato era el matrimonio reconocido por el derecho de gentes; unión que, sin tener el carácter de matrimonio legítimo, era tolerada por la ley como regulada por ella; además, como las justas nupcias, sólo se ha llevado a cabo entre personas libres. Es decir, fue más bien una concesión por las costumbres degeneradas en el imperio y su finalidad aceptada: aumentar la población.

Constantino, el emperador cristiano, atacó al concubinato al prohibir al padre dejar instituidos herederos o dejar bienes a los hijos naturales; además, prohibió que

las personas ilustres tuvieran concubinato a efecto de que esto se aplicará a las clases menos pudientes; sin embargo, Justino justificó el concubinato al considerarlo Unión lícita.

Las justas nupcias o el matrimonio legítimo producían efectos civiles: daban al esposo el título de *vir* y a la mujer el de *uxor*, además, los hijos nacidos dentro de él seguían la condición que el padre tenía en el momento de la Concepción y eran elementos de la familia.

La absoluta comunión de vida entre el hombre y la mujer constituyen el matrimonio, considerada tal comunión como la base sólida en que descansaba dicha institución. Al derecho correspondía regular las relaciones que económicamente se establecían entre los cónyuges, parte secundaria del matrimonio, ya que, como se ve, esta institución monogámica por excelencia y con un respeto hacia la mujer dentro del hogar era la base moral de la familia; sin embargo, en la evolución de esta institución, los romanos no siempre tuvieron el mismo concepto, ni las relaciones conyugales se desarrollaron siempre dentro de la misma igualdad, pues en un principio el hombre imponía su poder sobre la persona y bienes de la mujer (*manus*). No obstante, la *manus* desapareció paulatinamente y dejó que el matrimonio fuera libre, y más tarde permitió que la mujer permaneciera en las condiciones que guardaba antes de contraer matrimonio.

El marido podría adquirir la *manus* por medio de la *confarreatio*, la *coemptio* o el *usus*.

CONFARREATIO.

"Era la forma más antigua de la ceremonia o solemnidad tradicional que acompañaba al matrimonio, fundado este principalmente en el consentimiento de las partes. Dicha solemnidad o ceremonia consistía en la presencia de los futuros cónyuges ante el pontífice máximo, quien se hacía acompañar del *flamín dialis*, así

como de otros sacerdotes y diez testigos; los contrayentes ofrecían una torta o pan de harina, lo cual constituía un sacrificio ante el dios Júpiter; en seguida pronunciaban palabras alusivas al acto solemne y luego se colocaban juntos, cubiertos por la piel de una res sacrificada con este motivo y permaneciendo sentados hasta el fin de la ceremonia¹³. Esta solemnidad cayó en desuso hasta quedar en la época de tiberio (años 42 antes de Jesucristo a 37 después de Jesucristo) como ceremonia propia para el matrimonio de los sacerdotes, pues de aquí se desprendía que los hijos de éstos, y que también celebran el matrimonio *confarreado*, podrían adquirir la calidad de sacerdotes.

COEMPTIO.

Era una ceremonia común en muchos de los pueblos indoeuropeos, cuyo inicio fue incierto, pero de conocida aplicación. "Consistía en una *mancipatio* simbólica de la esposa: el futuro esposo golpeaba con una moneda de cobre la balanza que portaban el *libripens*, ante cinco testigos moneda que entregaba al padre o tutor de la mujer, que en dicha ceremonia aparece como vendedor de ella, y enseguida el hombre preguntaba a la mujer si era su voluntad formar parte de su familia y ella a su vez le formulaba la misma pregunta¹⁴. Igual que la *confarreatio*, dada la evolución familiar romana, cayó en desuso.

USUS.

En la historia romana, una forma menos solemne de adquirir la *manus* era el *usus*. La convivencia continuada durante un año con la mujer se asemejó a la posesión continuada por un año sobre los muebles (*usucapión*), pero indispensable que en la convivencia interviniera la capacidad, connubio y, sobre todo, el consentimiento.

¹³ Íbidem. p. 172.

¹⁴ MORINEAU IDUARTE, Marta y Ramón Iglesias González. Op. Cit. p. 65.

Era necesario que se cumplieran los requisitos para la celebración, esto es: capacidad para contraer matrimonio, consentimiento mutuo y connubio.

El poder marital adquirido mediante estas ceremonias, llamado *manus*, hacía que la mujer recibiera el nombre de *uxor* y el marido el de *vir*.

Por la dependencia que se sujetaba, la mujer entraba a formar parte de la familia del marido en calidad de hija, en cuyo caso adquiría los sacra del marido, el derecho a ser tratada como hija en la sucesión hereditaria, colocada como hermana de sus hijos; a su vez, el marido adquiría lo que constituía la dote, así como el derecho de corregir a la mujer, matarla o emanciparla.

El absolutismo y rigor del marido por la *manus* se modificó con la evolución social y la tendencia a una forma más liberal del matrimonio sin sujeción a las ceremonias para tratar de impedir, sobre todo en el *usus*, que el marido adquiriera la *manus*, que lograba la mujer al ausentarse del lugar durante tres noches consecutivas cada año para dejar por completo, durante los dos primeros siglos del imperio, paso franca la forma libre de matrimonio, en el que ya no aparece la *manus* como producto de la solemnidad.

EL CONCUBINATO.

"Era una unión prohibida, considerada como el comercio ilícito de un hombre y una mujer sin que hubiera matrimonio entre ellos; y aún cuando se llevó a cabo entre ciudadanos romanos, no producía efectos civiles: en dicho caso, los hijos seguían la condición de la madre pues no entraban a la potestad del padre; eran *sui juris*, privados de los derechos que producía el ser miembro de la familia. Tenían un padre reconocido, pero en relación con el recibían el título de hijos naturales, en oposición a la de hijos legítimos, que se aplica a los hijos producto de las justas nupcias, hijos que formaban parte de la familia del padre. A su vez los hijos naturales se

diferenciaban de los espurios (*spurii o vulgo conceptii*) en que eran hijos sin padre conocido, porque nacían de una unión pasajera llamada *stuprum*".¹⁵

Las condiciones exigidas por el derecho civil para la celebración de las justas nupcias eran las siguientes:

a) Pubertad de los contrayentes.

b) Consentimiento de los contrayentes y el de las personas bajo cuya potestad estaban o debían estar los hijos que nacieran del matrimonio.

La pubertad se había fijado en la mujer a los doce años de edad y en el hombre a los catorce. La razón de esto era el hecho de que antes de cumplir con las edades mencionadas, el impúber era físicamente incapaz de engendrar, por lo que no cumplía el objeto principal del matrimonio, o sea la procreación.

El consentimiento debía proceder a las nupcias, pues de lo contrario, estas no tendrían existencia legal. Dicho consentimiento podía ser tácito o expreso; el primero se daba cuando el ascendiente no se oponía al matrimonio, y era válido cuando se daban en error, sin dolo y sin violencia.

ESPONSALES.

Era una forma de contrato mediante el cual se pactaba la celebración futura del matrimonio (*sponsalia*): con la única diferencia de que podía contraer esponsales los impúberes y de que el consentimiento no requería de forma especial, pues podía otorgarlo un representante o desposarla el padre sin consentimiento de la ley. Los requisitos para los esponsales eran los mismos para el matrimonio.

¹⁵ *Ibidem.* p. 73.

Los esponsales no daban origen para compeler o constreñir a ninguna acción la celebración del matrimonio que se promete; sin embargo, produce efectos semejantes a los del matrimonio, pues impedía a otros esponsales y otras nupcias, asegurando en esta forma el carácter de matrimonio y la unión subsiguiente.

CONNUBIUM.

En un principio, el *connubium* sólo existió entre los ciudadanos romanos, pues los latinos y los peregrinos no lo tenían, pero lo adquirían en virtud de una disposición particular (*rescripto*). En efecto, el *connubium* era la capacidad legal para contraer el legítimo matrimonio y obtener los derechos que se derivan de él, como la patria potestad y el parentesco civil.

Antes de que estuvieran en vigor las leyes de *plautia papiria* y *silvani et carbonia*, llamadas así por haber sido propuestas por los tributos *M. Plautius Silvanus* y *C. Papirius Carbo*, se concedía la ciudadanía romana a aquellos que habían sido maltratados después de defender obstinadamente; sin embargo, mediante estas leyes se concedió el derecho de Ciudad a todos aquellos que habitan el territorio llamado Lacio; sus habitantes gozaban de un estado intermedio entre los ciudadanos y los peregrinos y su situación les otorgaba el *jus commercii*, pero no el *jus connubium*; mejor dicho, sólo les daba algunos derechos civiles a los habitantes de las colonias latinas, por haber permanecido fieles a Roma. Sin embargo, aun entre los ciudadanos, no todos gozaban siempre del *connubium*, pues había impedimentos derivados de las relaciones de parentesco, de consanguinidad y de afinidad o de otras causas particulares.

PARENTESCO.

“Es el lazo de unión que existe entre las personas que descienden unas de otras y de un tronco común, unidas por la sangre (*cognati*), de ahí que también se le

llame parentesco por cognación".¹⁶

JUS SANGUINIS (DERECHO DE SANGRE).

Expresa que la ley que ha de aplicarse al extranjero es la de sus padres o causantes, o sea la del país de donde procede, y no la del lugar donde se encuentra. Pero también hay un lazo de derecho que unen entre sí a los miembros de la misma familia civil que pertenece en ella mientras no sale de su seno, en cuyo caso recibe el nombre de *agnati* o parentesco por agnación.

El parentesco forma lo que se llama línea y grado de parentesco. En consecuencia, se puede señalar las consideraciones siguientes:

Línea. Es la serie de personas vinculadas entre sí, nexo que permite denominarlas parientes. Si descienden unas de otras, como el padre, el hijo y nieto, la línea se llama recta. Cuando la serie de parientes tienen un autor común, pero no descienden unos de otros, recibe el nombre de línea colateral u oblicua, como el hermano, la hermana, el primo o el tío.

En línea recta. Los grados se cuentan por las generaciones que hay; así, del padre al hijo hay una (un grado), mientras que en el abuelo y el nieto hay dos (dos grados).

En línea colateral. Son parientes los que descienden del autor común, pero por una línea diferente que tiene sus grados, como el tío y el sobrino, colocados el primero en el primer grado y el segundo en el segundo grado en relación con el autor común; por tanto, ambos están colocados entre sí en tercer grado.

¹⁶ HERNÁNDEZ GÓMEZ, Piedrahita. Derecho de Familia. Editorial Temis. Bogotá-Colombia 1992. p. 36.

El parentesco en línea recta hasta el infinito de personas consideradas como ascendientes o descendientes, unidas o no por lazos consanguíneos, impedía que estas celebraran entre sí matrimonio legítimo. Asimismo, existía impedimento legal para contraer *justas nupcias* en el caso de la adopción que daba lugar a un parentesco civil; por tanto, el padre que adoptaba una mujer como su hija o como su nieta no podía contraer matrimonio con ella, aun cuando por la emancipación la mujer hubiera salido ya de la patria potestad.

En línea colateral, el parentesco también producía impedimentos, pero menos extensos a los de la línea recta, resultado del parentesco civil, impedimentos que podían cesar si desaparecía el parentesco civil; por ejemplo: la prohibición establecida para contraer matrimonio entre hermano y hermana.

El impedimento entre colaterales quedó establecido terminantemente para aquellos parientes colocados en primer grado en relación con el autor común, pero a partir del segundo grado ya no había impedimento.

PARENTESCOS CIVILES.

Originaba los mismos impedimentos que el parentesco natural, sólo que en razón de las personas entre quienes se formaba dicho parentesco, pues un hombre podía casarse con la hija de su hermana adoptiva, ya que el lazo familiar entre el y su hermano no se extendía a los hijos que ella pudiera tener, pues tendría que formar parte de la familia de su padre y no la de su madre, que en este caso sería la hermana.

Es también aquel que resulta de la adopción mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre y de hijo legítimo.

PARENTESCO POR AFINIDAD.

Era un lazo que tenía a un cónyuge con los parientes del otro y en ocasiones se extendía entre los parientes de ambos cónyuges. Este parentesco impedía el matrimonio entre el marido y los ascendientes o descendientes de su mujer o entre la mujer y los ascendientes o descendientes del marido; por ejemplo, al marido le estaba prohibido casarse con la hija de su primera mujer o con su nuera, así como con la madre de su mujer o con su madrastra; sin embargo podía casarse con la hija de su madrastra que hubiera tenido en su primer matrimonio aunque del matrimonio de ella con su padre hubiera nacido un hijo, en cuyo caso sería hermano del marido consanguíneo y hermano uterino de aquélla, con quien podía casarse.

Este parentesco se clasifica en legítimo e ilegítimo.

El parentesco por afinidad legítima es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así, un varón está en primer grado de afinidad legítimo en línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer.

Para que esta afinidad se presente, consideramos que el matrimonio debe ser legítimo y no estar viciado de nulidad.

La afinidad ilegítima es la existente entre una de las personas que no ha contraído matrimonio y se han conocido carnalmente y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra. La afinidad ilegítima resulta, en primer

lugar, del concubinato y en segundo lugar de los famosos matrimonios que contraen los colombianos.

LEGITIMACIÓN.

"La legitimación era un acto en virtud del cual un hijo nacido de concubinato adquiría la calidad, la condición y los efectos de un hijo legítimo, es decir, los hijos que no nacían en la familia de su padre podían formar parte de ella posteriormente por la legitimación".¹⁷

Antes del imperio de Justiniano, la legitimación se verificaba en dos formas matrimonios subsiguientes y por la oblación a la curia; sin embargo, Justiniano agregó otra forma: Por rescripto del príncipe.

Los hijos de concubinato podían ser legitimados, porque en ese caso no había impedimento alguno para celebrar las *justas nupcias* o el legítimo matrimonio, solamente que ellos no cumplían requisitos que el derecho civil había señalado para la celebración del matrimonio legítimo

No podían ser legitimados los hijos nacidos de adulterio, del incesto o de una unión pasajera o ilícita, que no tenían padre legítimo o padre conocido según la ley.

La legitimación por subsiguiente matrimonio se lleva a cabo cuando un hombre tenía hijos con una concubina y posteriormente celebraba las *justas nupcias*, lo cual transformaba al concubinato en matrimonio legítimo. Esta legitimación fue establecida en Roma en el año 335 A de C.

La legitimación antes mencionada debía reunir los requisitos siguientes:

¹⁷ MORALES, José Ignacio. Op. Cit. p. 179.

a) Que el matrimonio entre el padre y la madre, en el momento de la Concepción, no estuviera prohibido o impedido por una ley.

b) Que se levantará un acta en la que esté constituida la dote o, simplemente, se expresara con claridad el deseo de transformar el concubinato en legítimo matrimonio.

c) Que los hijos aceptaran la legitimación, pues no podían ser sometidos contra su voluntad a la patria potestad.

LEGITIMACIÓN POR OBLACIÓN A LA CURIA.

La curia estaba formada por el senado de las ciudades municipales, es decir, las que habían obtenido el derecho de ciudad romana y el privilegio de gobernarse en forma autónoma a través de instituciones similares a las de Roma; por ello, la curia era un pequeño senado, los *decuriones*, sus senadores, y los curiales, los patricios de esas municipalidades. Los *decuriones* formaban una orden que gozaba de privilegios, pero a la vez estaban sometidos a obligaciones onerosas, como responder del cobro de todos los impuestos. Por lo gravoso de las obligaciones, en determinadas épocas del imperio, la mayoría rehuía estos cargos, sin importarles el honor que daba el cargo. En atención a ello, los emperadores Valentiniano y Teodosio decretaron que un *decurión* o un ciudadano que únicamente tenía hijos naturales podía legitimarlos por el solo hecho de ofrecerlos a la curia, es decir, si admitiera estos hijos en el orden de los *decuriones*, o también se estipuló que pudiera legitimar una hija natural si la casaba con un *decurión*.

LEGITIMACIÓN POR RESCRIPTO DEL PRÍNCIPE.

En este tipo de legitimación se adquiría al obtener un rescripto del emperador, en el que con toda claridad se concedía el privilegio de la legitimación, siempre y cuando el padre no tuviera algún hijo legítimo, pero, a la vez, era imposible que

contrajera matrimonio legítimo con la madre del hijo natural, bien por haber muerto está o por un impedimento grave.

El rescripto aludido para la legitimación lo podía solicitar el padre o los hijos, en el caso de que muerto aquél, en su testamento manifestara su voluntad de legitimarlos. El efecto del rescripto de legitimación era constituir a los hijos en los herederos de su padre, lo cual los colocaba en la situación de hijos legítimos.

ADOPCIÓN.

“La adopción es un acto en virtud del cual pasan a formar parte de la familia los hijos nacidos de un extraño a ella y por el que un ciudadano adquiere la patria potestad por efecto del derecho *civile*, independientemente de los vínculos consanguíneos. Las personas que entran en la familia en esta forma y sobre las cuales constituye la patria potestad se les denomina hijos adoptivos y, a partir de entonces, toman el nombre de la familia del adoptante”.¹⁸

Hay 2 clases de adopción: la adopción propiamente dicha, aplicada a los hijos de familia a quienes se hace pasar de la patria potestad de un padre a la patria potestad de otro, y la adrogación, por la que un individuo que no depende de nadie. (*Sui iuris*, o sea un padre de familia) se somete a la patria potestad del otro.

MANCIPACIÓN.

La adopción propiamente dicha se lleva a cabo por la venta *solemne mancipatio* seguida de la *cessió in jure*.

La mancipación, que debía repetirse tres veces si se trataba de un hijo varón de primer grado, tenía por objeto liberar al hijo de la patria potestad y no se le atribuía la calidad de hijo de familia del comprador; en cambio, la *cessió in jure* no era más que la presentación imaginaria de un proceso y consistía en que el

¹⁸ Íbidem. p. 180.

adquirente que deseaba adoptar reclamaba al hijo como suyo; era una reivindicación simulada, por el verdadero padre no contradecía y el magistrado hacía la declaración de que el hijo pertenecía al adoptante .

Posteriormente al imperar Justiniano se acabaron esas formalidades y la adopción se verificaba por la simple declaración del magistrado, mejor dicho, por la simple declaración que hacía ante el magistrado competente tanto el padre natural como el adoptante en su presencia, desde luego sin contradicción del adoptado. Los efectos de esta forma de adopción era: que el adoptado salía de la familia de su padre natural y pasaba a formar parte de la del adoptante; perdía sus derechos de sucesión del padre natural sin tener seguridad de conservar los derechos que adquiría a la herencia de adoptante, porque éste lo podría desheredar o emancipar. para remediar esta , para dar seguridad al adoptado, Justiniano estableció que cuando la adopción la hiciera un extraño, mejor dicho cuando la hiciera alguien que no fuera ascendiente del adoptado, éste debía pertenecer bajo la potestad y en la familia de su padre natural, a fin de conservar en ella y sus derechos de sucesión y que fuera considerado hijo del adoptante con derecho a sucederle, aunque fuera sólo ab intestato , (cuando no testara , pero sin tener acción alguna para combatir el testamento del padre adoptivo).

LA ADROGACIÓN.

Era una especie de adopción que antiguamente se practicaba, fundada en la ley *pópuli autoritate*, y se llamaba así porque se preguntaba al adrogante si admitía como hijo aquel a quien se proponía adoptar y al adrogado se le preguntaba sí daba su autorización. En el imperio, la voluntad del pueblo fue reemplazada por la del emperador, quien la expresaba en un rescripto.

Efectos de la adrogación.

Los defectos de la adrogación eran los siguientes:

a) Hacer entrar bajo la patria potestad del adrogante no sólo al adrogado, sino también a todos los hijos naturales o adoptivos que el que tenía bajo su patria potestad.

b) Que el adrogante adquiría todo los bienes del adrogado.

Como la adrogación se lleva a cabo sobre personas *sui juri*, sólo en algunas ocasiones podrían ser adrogada las personas *alieni iuris* que eran las que se daban en la adopción propiamente dicha.

En el derecho antiguo, las mujeres y los impúberes que siempre podían ser adoptados no podían darse en adrogación. En la época de Justiniano, se permitió la adrogación de las mujeres y de los impúberes, pero estos últimos con sujeción a determinadas reglas, a saber: la edad del adoptante; causa honesta de la adopción; ventajas para el impúber; obligación del adrogante de restituir al adrogado los bienes que recibía de él mismo si lo emancipaba o lo desheredaba, o a las personas a quienes hubiera habido en adrogación en caso de que el adrogado muriera antes de la pubertad; el aseguramiento de esta restitución de bienes a través de un fiador, en el caso de que lo emancipara sin justa causa o que le desheredara.

Para poder adrogar, el adoptante debía tener dieciocho años más que el adrogado, o 36 años más y el adrogado iba a ser tomado como nieto. Por otra parte, sólo los incapaces de contraer justas nupcias no podrían adoptar, por ejemplo: los castrados.

Según el derecho antiguo, las mujeres no tenían potestad sobre sus hijos naturales; sin embargo, se permitió reemplazar por adopción de los hijos naturales que hubieran perdido.

El esclavo sólo puede ser adoptado por su dueño, en cuyo caso la adopción produciría para este los efectos de la manumisión, pues se consideraba que si el mismo Justiniano declaró que bastaba dar públicamente de trató de hijo a un esclavo en un acto público para que éste adquiriera su libertad, con mayor razón si lo adoptaba, el efecto inmediato que produciría era la manumisión.

FORMAS DE DISOLVER LA PATRIA POTESTAD.

Independientemente de toda voluntad, la patria potestad se disolvía de las formas siguientes:

- a) Si acaecía la muerte del padre o del hijo de familia.
- b) Por la pérdida de la libertad o de los derechos de ciudad, bien que los sufriera el padre o el hijo de familia.
- c) Por llegar el hijo a obtener ciertas dignidades con la voluntad del padre y de él mismo.
- d) Por la emancipación.
- e) Por la adopción.

La muerte del padre de familia libertaba o hacía salir de su potestad a todos los hijos sometidos a ella; convirtiéndose en dueños de sí mismos (*sui iuris*) y, a la vez, en cabeza de una familia particular. Por otro lado, la muerte del hijo de familia hacía cesar la patria potestad con respecto de él mismo.

Si la patria potestad la ejercitaba el abuelo, sus nietos, a la muerte de éste, recaían en la potestad del padre, siempre que éste hallara aun bajo la potestad del difunto; por tanto, los nietos no se convertían en *sui iuris*, sino cuando su padre, a la muerte del abuelo, ya hubiera fallecido o salido de la familia.

La pérdida de la libertad llevaba consigo la de todos los derechos civiles, y al considerar que la patria potestad en el número de éstos, tenía que seguir la suerte de lo principal.

Al perderse la cualidad del ciudadano, la persona se consideraba muerta para los derechos civiles, por cuya razón al perder el padre o el hijo los derechos de ciudad, se disolvía la patria potestad. Esto sucedía en los casos siguientes: cuando un ciudadano abandonada Roma sin ánimo de volver ya había admitido se le recibiera como ciudadano de otra ciudad; los que iban a fundar colonias en el lacio o el las provincias y se convertían en latinos coloniarum; cuando un ciudadano se le prohibía usar el agua o el fuego, obligándole en esa situación a salir de Roma, pues al privarse de esos elementos vitales no tenía otro recurso que expatriarse.

El deportado podía ser llamado por el príncipe, en cuyo caso recobraba los derechos de ciudad sólo para lo futuro, pero sin restablecer los derechos perdidos con la deportación, a menos que por una disposición expresa del príncipe se le concediera la recuperación completa de su antiguo estado; por ende, recuperaba también la patria potestad, que había perdido.

Durante el imperio de Constantino, a ciertos personajes eminentes que el emperador escogía como sus consejeros particulares, se les dio el título de patricios, a quienes por esta situación se les liberaba de la patria potestad; pero Justiniano alejó la dignidad de oficio del cónsul y a todas las demás que dispensaba de las cargas de la curia.

Antes de Justiniano, sólo la dignidad de *flamín* o de *vestal* libraban de la patria potestad.

La emancipación era un acto solemnemente ante el cual un padre de familia renunciaba a la potestad tenida sobre el hijo varón para que éste se convirtiera en

sui iuris. En el proceso evolutivo de Roma se distinguen tres formas de emancipación, a saber:

Primera: La emancipación antigua, que consistía en llevar a cabo una o muchas mancipaciones, es decir, por medio de la mancipación, el padre vendía a su hijo a sus a un tercero y convenía con el comprador que este adquiriría una especie de potestad (dominica) llamada de mancipium; pero si lo obligaba a manumitirlo *per vindicta*, la forma se llamaba *contracta fiducia*.

Una vez realizada la manumisión, el hijo recaía nuevamente bajo la patria potestad del paterfamilias, pero era vuelto a vender y manumitido por el comprador por segunda vez, para que por tercera venta se extinguiera definitivamente el derecho del padre; por la tercera manumisión hecha por el comprador, el hijo se convertía en *sui iuris*, pues no se encontraba ya sometido a la patria potestad de nadie.

Segunda: La *emancipación Anastasiana*, que consistía en obtener del emperador un rescripto (mediante el cual se autorizaba la emancipación) y en hacerla insinuar por un magistrado en quien estaba depositada. Este procedimiento se estableció para emancipar a un hijo ausente, que no puede llevarse a cabo por el procedimiento de la emancipación antigua, ya que por la forma de emancipación, habría que tenerse con la mano, es decir presente, el objeto que se vendía.

Tercera: La emancipación autorizada por Justiniano, consistente o resultante en una simple declaración hecha por el padre de familia ante el magistrado.

El emancipado en estas condiciones se consideraba manumitido, sujeto al patronato del manumisor y, por tanto, por ingratitud podía perder el beneficio de la emancipación la adopción se podía considerar en ciertos casos como un medio para

disolver la patria potestad como cuando el adoptado pasaba de la potestad de su padre a la del adoptante o cuando el adoptante era ascendiente del adoptado.

Existían pues otros casos en que podía disolverse la patria potestad por ejemplo: si el impúber dado en adrogación quisiera hacerse emancipar cuando llegaba la pubertad, pues con ello demostraba que la adrogación le era perjudicial; cuando los hijos eran maltratados por sus padres, o cuando la hija probaba que los padres la prostituían.

1.2. FRANCIA.

En el sur se había conservado, por lo menos en su espíritu general, la antigua "patria potestas" del derecho romano. Es cierto que las constituciones de los emperadores y más tarde la jurisprudencia de los parlamentos las habían disminuido mucho, y que las costumbres las atenuaron aún más en su rigor; pero las reglas primitivas habían sucedido en algunos puntos esenciales:

1º La patria potestad nunca pertenecía a la madre;

2º Se prolongaba indefinidamente, cualquiera que fuese la edad del hijo;

3º El hijo no podía, en principio, adquirir por su cuenta: salvo los peculios todo pertenecía al padre, correspondiendo a éste el goce de los bienes cuya propiedad era del hijo;

4º El hijo era incapaz de celebrar el contrato de mutuo (senadoconsulto Macedoniano) y de testar;

La atenuación más notable que se le impuso fue la multiplicación de la emancipación tácita, principalmente por matrimonio, que liberaban a la mayor parte de los hijos de familia de la sujeción paterna. A pesar del tiempo transcurrido y de las reformas operadas, en nada había cambiado el espíritu de la institución continuaba

siendo una especie de poder doméstico, establecido, sobre todo, en interés del padre más que en el del hijo.

En Francia en sus legislaciones de Derecho Escrito, con antecedentes romanos, la patria potestad tiene un carácter favorable al padre. En cambio, en aquellas legislaciones de Derecho Consuetudinario, ella se funda en el interés de quines le están sometidos. Al repudiar igualmente los principios de derecho escrito como aquellos del consuetudinario, el derecho intermedio no deja a los padres más que una sombra de autoridad sobre los hijos menores y les reitera toda especie de potestad sobre aquellos que han adquirido la mayoría.

En algunas modificaciones que se le han hecho al Código Civil este ha seguido los pasos del derecho consuetudinario. Con todo esto no se le ha restituido a la potestad paterna la amplitud y la energía que ella tenía bajo el antiguo derecho. Para Aubry y Rau "le reprochaban demostrar demasiada desconfianza en cuanto al respeto hacia los padres, espacialmente en no haber suficientemente retirado la edad de la mayoría; el haber elevado ampliamente la guarda de los niños; de haber hecho cesar el usufructo legal de los padres y sobre todo, el haber permitido a los muchachos el dejar la casa paterna para alistarse al servicio militar".¹⁹

"Las provincias consuetudinarias tenían tradiciones muy diferentes: la idea de una protección debida al hijo dominaba en ellas en la organización de la patria potestad. La madre estaba investida de ella al mismo tiempo que el padre y, sobre todo, esta potestad era esencialmente temporal; cesaba pronto. Tan considerables eran estas diferencias que asombraban a todo el mundo; por ello se tenía como regla que no existe el derecho de patria potestad. No significaba esto que los padres careciesen de poder sobre la persona y bienes de sus hijos, sino que la patria

¹⁹ MAGALLÓN IBARRA, José Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Editorial Porrúa. 2ª. Edición. México 2001. p. 566.

potestad admitida en el Norte de Francia no era la "patria potestas" del derecho romano".²⁰

En el orden de los atributos de la patria potestad, ya incluyendo en su titularidad a la madre, se dan los siguientes nueve derechos y obligaciones:

1. El derecho a la guarda y las obligaciones correlativas de la educación y del mantenimiento.
2. El derecho de corrección.
3. El disfrute legal de los bienes del hijo.
4. La administración legal.
5. El derecho de tutela legal.
6. El derecho de consentir el matrimonio como la adopción.
7. El derecho de emancipar al hijo.
8. El derecho del padre o madre supérstite para designar un tutor testamentario.
9. El derecho para reclamar la nacionalidad francesa para el hijo de menos de 16 años, y de autorizar de que el hijo la reclame entre los 16 y 18 años.

En la concepción del Derecho Francés, los derechos de la patria potestad son atribuidos al padre y a la madre para satisfacer el deber de educación, de protección y de manutención que ellos tienen en consideración de sus hijos. La idea es verdad y la institución de la caducidad de la potestad paterna la ha subrayado. Es por tanto inexacto el pretender que se falle en considerar estos derechos únicamente como una función, y el negarle todo carácter de derechos subjetivos, es decir, de prerrogativas atribuidas a los padres. Este carácter no se encuentra únicamente en el derecho de disfrute legal, en donde él está patente, aún cuando no parezca un derecho esencial. El se hace visible también y sobre todo, en el derecho de escoger

²⁰ PIUG BRUTAU, José. Compendio de Derecho Civil. Volumen IV. Editorial Bosch casa editorial. Barcelona 1990. p. 234.

la orientación moral, intelectual y profesional que le será dada al hijo. Negar que el padre tenga, a título de prerrogativa, la libertad de esa elección es admitir que aquella perteneciera a los poderes públicos, que pudieran imponerle su voluntad a este respecto.

Otro carácter separaba también las dos partes de Francia: el poder de los padres había conservado en el norte un aspecto totalmente familiar y de puro hecho, no era objeto de reglas jurídicas, como la patria potestad romana. Las costumbres no se ocupaban de ella; todo dependía de la práctica. Sólo a partir del siglo XVI se encuentran algunos textos de ordenanzas que se oponen al matrimonio de los hijos o a la profesión de órdenes religiosas sin el consentimiento de los padres.

Por una consecuencia natural de este carácter extrajurídico de la patria potestad consuetudinaria, ella sólo ocupa un lugar secundario en las obras de los antiguos jurisconsultos.

"La patria potestad no fue abolida durante la Revolución, como se dice frecuentemente. La asamblea legislativa dispuso simplemente que la patria potestad no se extendía a los mayores y que los menores serían los únicos sometidos a ella. Al suprimir la persistencia ilimitada del derecho del padre, la asamblea sólo consagró el resultado a que casi había llegado el derecho con el desarrollo de las emancipaciones tácitas. Por tanto, la reforma no es muy grave y el mismo Lamoignon la había provocado con sus votos. Son erróneas, pues, las lamentaciones por la pérdida de esta "realeza doméstica", que siguió en algunos días de distancia a la pérdida de la monarquía francesa".²¹

Al redactarse el código civil se reanimó la lucha entre las ideas del Sur y las del norte, entablándose el del consejo de estado bajo la reforma de una cuestión de palabras: Maleville quería conservar la palabra potestad, en tanto que Berlier prefería

²¹ Íbidem. p. 235.

la de autoridad. Ambos triunfaron; el título noveno se titula: de la patria potestad, pero el artículo 372, único que establece el principio, sólo habla de autoridad. En el fondo la ventaja quedó en favor de las tradiciones consuetudinarias las reglas del código no son sino las expuestas por Pothier en su *Traite des Personnes*.

Después de la promulgación del código, se produjo más de una tentativa de reacción en favor de la patria potestad. Señalemos sobre todo el *essai sur la puissance paternelle* de Christian de Póly (París 1820, dos volúmenes.) y los esfuerzos prolongados de Le Play para crear una corriente de opinión (sobre todo la libertad de testar). Este último logró fundar la escuela cuyo ardor no ha disminuido. Pero ¿No es una "pueril inexperiencia pretender hacer artificialmente el pasado" y no es esto "desconocer la fuerza irresistible de los fenómenos históricos"?

Desde 1851 el derecho francés se enriqueció con cierto número de leyes nuevas, impregnadas todas en una profunda fe en los derechos de los menores. Ley del 28 de mayo de 1851 sobre el contrato de aprendizaje; ley del 19 de mayo de 1874 sobre el trabajo industrial de los empleados en ocupaciones ambulantes; ley del 23 de diciembre de 1874 sobre la protección de los menores en su primera edad; ley de 28 de marzo de 1882 sobre la instrucción obligatoria; ley del 20 octubre de 1886 sobre la instrucción laica; ley del 24 de julio de 1889 sobre la protección de los menores maltratados o moralmente abandonados; ley del 2 de noviembre de 1892, que sustituye la de 1874 sobre el trabajo de los menores; ley del 19-21 de abril de 1898 sobre la represión de las vías de hecho y atentados cometidos contra los menores; ley de altos árboles de 1907 sobre la protección de los hijos naturales; ley de 27 de julio de 1917 sobre los pupilos de la nación; ley del 15 de noviembre de 1921 sobre la pérdida de la patria potestad. Y en esta lista no se han comprendido los numerosos textos de orden puramente administrativo, decretos y leyes, que ha organizado el servicio de los menores asistidos.

Los redactores de la ley colocaron, al iniciar el título de la patria potestad, el artículo 371 según el cual los hijos cualquiera que sea su edad deben honrar y respetar a sus ascendientes este artículo es solamente un precepto de moral, cuyo objeto simplemente ha sido recordar que la supresión de la patria potestad a partir de la mayoría de edad del hijo no lo libera de sus deberes para con sus padres; en consecuencia, la parte capital de este artículo esta constituida por las palabras en cualquiera que sea su edad de acto no resulta ninguna consecuencia jurídica; no se impide al hijo intentar contra sus padres una acción que deshonre, acusarlos de robo, por ejemplo. Tampoco se les impide, cuando sea su acreedor, el ejercicio de sus derechos contra ellos incluyendo el embargo y remate a todos sus bienes.

"La potestad en el derecho francés ha acentuado el principio de la autoridad paterna en la familia legítima. El Código Civil de 1804 otorga al padre el ejercicio de la patria potestad tanto que este poder se extiende a la mayoría de edad del hijo a partir de la ley del 22 septiembre de 1942, la patria potestad concedida en el Código Civil, como un poder o autoridad del padre, se transforma en una potestad que debe ser ejercida en interés común del patrimonio y de los hijos. Adquiere así la patria potestad el carácter de una función temporal, ejercida en interés del grupo familiar legítimo. También la ley del 22 de mayo de 1946, proclama la idea de que los tribunales pueden privar de ejercitar la patria potestad al padre o a la madre que por su conducta, o su salud puedan comprometer la formación adecuada de los hijos a partir de esta ley de 1946, se acentúa la dirección del derecho francés hacia una mayor intervención de los tribunales en el ejercicio de la patria potestad y en el control de la misma".²²

Marcelo Planiol definía la patria potestad "como el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus

²² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso Parte General, Personas, Familia. Editorial Porrúa. 21ª. Edición. México 2002. p. 692-693.

hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales²³. El resumen de esas obligaciones lo encuentra en una sola frase: la educación del hijo.

El mismo autor parisino agrega que, la expresión patria potestad nunca ha sido exacta en derecho francés, porque lo que corresponde a los padres es más bien una tutela es de decir, una carga, más que una potestad. Además de que ella ya no pertenece solamente al padre, como la romana, sino que también la ejercita la madre a falta de aquél.

Lo que en la legislación francesa se llamaba la caducidad de la patria potestad, corresponde a nuestro concepto de la pérdida de la misma y en un principio, afectaba a los padres culpables de haber excitado o favorecido habitualmente el libertinaje de sus hijos. Sin embargo, Planiol califica como insuficiente esta medida, pues el legislador había olvidado que numerosos padres se mostraban indignos de la confianza de la ley, ya que maltrataban o abandonaban a sus hijos, o bien los dedicaban al robo, mendicidad o prostitución.

Henri, León y Jean Mazeaud ubican la patria potestad a dentro de las relaciones jurídicas entre padres e hijos y las califica como vínculos de autoridad sobre la persona de ellos; señalando además, que de acuerdo con el artículo 213 del Código Civil Francés, esa autoridad se ejerce en interés común del matrimonio y de los hijos.

Ambroise Colin y Henri Capitant explican que "la patria potestad constituye un poder de protección, y las prerrogativas que confieren al padre y a la madre sobre la personalidad y los bienes de su hijo no son más que el reverso de los deberes y de la responsabilidad que les impone el hecho de la procreación. No sin intención emplean

²³ MAGALLÓN IBARRA, José Mario. Op. Cit. p. 567.

los redactores del código la palabra autoridad con preferencia a la de potestad que no se encuentra más que en la rúbrica del título consagrado a la institución".²⁴

Los mismos autores en cita agregan la patria potestad no comprende solamente los derechos, es decir, el derecho de guarda, el derecho de corrección, así como el usufructo legal de los padres, sino, además, una serie de derechos esparcidos por otras partes de nuestro código, por ejemplo: el derecho de consentir el matrimonio del hijo, de emanciparlo, de consentir su adopción por otra persona, el derecho de administrar su patrimonio. La expresión de patria potestad tiene, por lo tanto dos sentidos uno amplio y otro estricto... los derechos correspondientes a los padres tienen como reverso cargas y obligaciones. Así, a los derechos de guarda y de corrección sobre la persona del hijo corresponde en los deberes de alimentación y de educación.

1.3. ESPAÑA.

El elemento ibérico o primitivo y el germánico hubieron de luchar durante mucho tiempo, en el derecho de familia español, con el elemento romano.

La familia trunca o gentilicia se considera como una de las instituciones del primitivo derecho español (iberocelta) y si bien la influencia romana se ejerció en el sentido de disolver la organización gentilicia indígena desarrollando el individualismo en el orden de las relaciones familiares, siglos después de influencia germánica significó una reacción contra el individualismo romano, y un retroceso hacia el tipo familiar originario. Hinojosa ha advertido que la familia hispánica de la alta edad media [muestra su procedencia de la Sippe germánica en el sentimiento de recíproca cohesión que la anima] el sentimiento se revela en el deber de vengar el homicidio y las ofensas graves de cualquier miembro de la misma, y el de ser conjugadores

²⁴ *Ibidem.* p. 568.

recíprocamente, así como en protección general sobre huérfanos menores de edad, mujeres viudas y solteras.

Mas desde los comienzos del siglo XIII, época de la recepción del derecho romano en nuestra patria se debilita mucho la influencia del derecho germánico en la esfera de las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges y penetran muchas instituciones del derecho Justiniano, en grado desigual según las diversas regiones (superlativo, en Cataluña; menor, pero muy intensa todavía, en León y Castilla; menos marcado, en Aragón, y apenas perceptible, en Portugal, Navarra y Vizcaya).

Destacadísima, sobre todo, ha sido en el derecho español la acción del elemento cristiano, que ejerció un influjo decisivo en orden al matrimonio y otras instituciones del derecho de familia.

El derecho de familia en el código civil de 1889 nos muestra una regulación complementaria del matrimonio civil, inspirada también, por lo general, en la del derecho canónico; la concesión de la patria potestad a la madre, siquiera fuera con carácter subsidiario, y la reglamentación del régimen económico del matrimonio, especialmente en lo que se refiere a la libertad de estipulación y al reconocimiento de la sociedad de gananciales como régimen legal en defecto de pacto.

"El derecho de familia en la legislación de la segunda República.- la segunda República planeó radicales reformas en el derecho de familia. La constitución de 1931 proclamó, en primer término, que la familia está bajo la salvaguardia especial del estado y anuncia notables modificaciones, la principal (de las cuales se concretaba en la fórmula de que el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos. Dicha constitución introdujo por primera vez el principio de la disolubilidad del matrimonio, estableció en el artículo 2º el divorcio por mutuo disenso

o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa)".²⁵

Tendió también a igualar a los hijos habidos fuera de matrimonio con los nacidos en él, y a borrar toda constancia en el registro civil de la condición de hijo legítimo o ilegítimo, finalmente se prometía que las leyes civiles regularían la investigación de la paternidad.

El derecho de familia en la constitución de 1978, una norma dedicada esencialmente a la familia es la del artículo 39, incluida en el capítulo relativo a (los principios rectores de la política social y económica), en el segundo apartado este artículo refiere que (los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad). El apartado 3 por su parte contemplando también el interés de los hijos señala que (los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda); el apartado 4 dice que (los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos).

"La ley 11/ 1981, 13 de mayo publicada en el B.O.E. Del 19, ha llevado a cabo una profunda modificación del código civil: a) en materia de filiación (con la total reforma del título V, del libro 1, artículos 108 a 114); b) en materia de patria potestad (con la total reforma del título III del libro cuarto, artículos 1315 a 1444) y d) en otras materias".²⁶

"Roma depositó el derecho de la patria potestad en el padre con exclusión de la madre; los hijos, si tenía edad para ser emancipados, gozaban sólo con la muerte

²⁵ CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo V. Volumen I. Editorial Reus. 10ª Edición. Madrid 1983. p. 89.

²⁶ *Íbidem*. p. 99.

del padre todos los derechos de la libertad; sino la tenían, era desde luego reputados por pupilos. Los godos, al principio de su establecimiento en España, adoptaron esta máxima; pero Chindasvinto la corrigió por esta ley, la cual, considerando que la madre no cede al padre en amor hacia sus hijos, sólo considera a estos huérfanos cuando sean menores de quince años y hayan perdido el uno y el otro. Esta explicación de Mariana; en cuyo precedente se apoya el autor de las concordancias para decir que el fuero juzgo, más humano y más moral que el derecho romano, concedió la patria potestad y todas sus ventajas a la madre".²⁷

En cuanto a los efectos de la paternidad no los desatendió el fuero juzgo; pero previendo las funestas consecuencias de abandonar la vida de los hijos a los excesos de un padre irritado o codicioso, no concedió la facultad de venderlos, darlos o empeñarnos; matar un hijo, según las jurisprudencia gótica, era delito capital; el contrato de compra y venta de alguno hijo era nulo; el comprador no adquiría derechos sobre el y perdía el precio entregado.

"Los fueros municipales, fueron observados constantemente en Castilla; la potestad de la madre está quizá mejor definida, ya que el fuero de Cuenca nos dice que es en Palencia, donde se da una igualdad para el padre y para la madre el de tener derecho de emancipar a los hijos, y éste consta que muerto el padre quedaban los hijos bajo la potestad de la madre. Nada más lejos del propósito de nuestros mayores que otorga a los padres facultad de matar o vender a sus hijos, pues ni aún siquiera les permitían emanciparlos, ni ponerlos en rehenes por su misma persona ni maltratarlos, herirlos, ni golpearlos gravemente; en cuyo caso podían los hijos querellarse de sus padres y demandarlos ante el magistrado como se colige de una ley del fuero de Burgos".²⁸

²⁷ GUTIERREZ FERNANDEZ, Benito. Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tomo I. Editorial Lexnova. Madrid 1862. p. 505-506.

²⁸ *Íbidem*. p. 507.

Los antiguos españoles hallaron recursos igualmente prudentes que eficaces para inspirar a los hijos sentimientos de obediencia y avivar el cariño de los padres en el cumplimiento de los deberes que le unen con familia.

“En el fuero real, lo que sería la patria potestad en este fuero se conoce por la ley segunda, título séptimo, libro tercero; en la cual trata de la guarda de los huérfanos podrían, según costumbre de aquellos tiempos, conceder a la madre más que la tutela, la autoridad paterna”.²⁹

En el fuero Viejo en su ley primera, título IV, libro cuarto nos dice que hasta que el padre o madre mueran no tiene lugar la tutela legítima, la de los parientes, claro es que el cónyuge supérstite conserva la patria potestad.

Estas son las principales disposiciones acerca de una institución que afortunadamente tiene por legislador a la naturaleza, por consejero y por juez las inspiraciones del amor paterno.

Esta institución, tomó en Roma un carácter esencialmente civil, y tuvo bajo el aspecto político, religioso y privado, una influencia que no alcanzó jamás en otro pueblo la familia permaneció unida no en virtud del matrimonio, sino por el vínculo del poder: esta palabra en su sentido genérico representa al padre como soberano en la familia, padre señor de sus hijos y de sus bienes. Al confundirse con la legislación el derecho natural y el de gentes, éste poder antes discrecional quedó encerrado dentro de sus justos límites.

La patria potestad en su acepción jurídica, puede considerarse como el conjunto de condiciones deducidas de la naturaleza, y conformes con el sentimiento de familia que la ley garantiza al padre, para que supliendo la incapacidad de sus

²⁹ Íbidem. p. 508.

hijos legítimos, los críe y los eduque, cuide de sus bienes y derechos, salga a su defensa, y tenga su representación.

El patriarcado, que se dilataba por toda una descendencia, carece entre nosotros de objeto: la ley de partidas no pudo menos de copiarla; pero la de Toro, más racional y más práctica, no podía tener ligado con los deberes de dependencia filial, al mismo a quien declaraba por el matrimonio cabeza y jefe de la nueva familia. La patria potestad recaer sobre los hijos legítimos: nadie más que los padres reconocidos por justas nupcias pueden honrarse con el título de paternidad.

El derecho del padre sobre el hijo es sui generis, no es personal ni real. Kant, le llama derecho personal de una especie real; el que proviene de la generación y corresponde al autor sobre la cosa producida. Por dicho de esta facultad no puede destruir, antes bien está obligado a conservar a su hijo, que es una persona, un ser dotado de libertad, un ciudadano; pero si no le puede matar, tiene sobre el algunos derechos: en caso de grave urgencia puede, como dice esta ley, venderle, para que no mueran los dos, comprar con su libertad su vida. Esta ley, refleja toda entera la firmeza española. Y con efecto, autorizar a un padre para que mate a su hijo primero que rendir el castillo del señor, es un rasgo de crueldad sublime, que no se recuerda sin orgullo en la patria Guzmán el Bueno.

La ley de partidas, no da al padre derecho de vida y muerte sobre sus hijos. Vendido por necesidad de hambre, el hijo se liberaba de la esclavitud, dando el precio u otro por el.

La ley 10 nos dice que el padre, en su papel de árbitro establece el domicilio donde convenga más a sus intereses, lo es para retener en el a sus hijos, de cuya conducta, de cuyos extravíos, es cuando menos moralmente responsable. El proyecto de código conserva el pensamiento de la ley, aunque traducido en otros términos: el hijo no podrá dejar la casa paterna sin permiso de su padre mientras

estuviere en la patria potestad. Al hijo no se le priva de abandonar la casa paterna para ejercer una profesión honrosa, dedicarse a una industria o procurarse la subsistencia; distinto es el daño que teme la ley y el que se propone evitar; la sociedad está interesada en que no se mortifique que el amor del padre haciéndole devorar sin remedio las disipaciones de otro hijo pródigo.

Para eso le ha adornado cierta investidura: no sólo le reconoce su autoridad, sino que le proporcionan medios de ejercerla. Sino es hoy un juez que pronuncie la sentencia de muerte contra su hijo, es el superior que tiene derecho de castigarle y corregirle.

La disolución de la patria potestad.

La patria potestad es un poder de protección: prolongarla indefinidamente limitaría sin necesidad de los auxilios naturales y legítimos de un hijo. Considerándolo así el legislador, ha previsto los casos en que puede cesar o por acto voluntario o por acto forzoso.

En el fuero juzgo en la ley 5ª, título tercero, libro cuarto, y en la primera ley, título cuarto, del mismo libro, dice aunque al parecer tan indirectas, se ha creído hallar un vestigio de emancipación: en la primera porque priva de la autoridad de la patria potestad a la madre que contrae segundas nupcias; en la segunda porque castiga con esa pena a los padres que exponen a los hijos.

En los fueros municipales en éstos se conoció la emancipación ya que no admite duda, pues varios de ellos emplean la palabra desafiar o desafijar. Mandamos, dice el fuero de Plasencia, que el padre o madre no pueden desafiar a sus hijos sanos o locos hasta que les den casamiento.

El casamiento constituía pues, una forma de emancipación usada por los fueros municipales.

En el fuero Real, en la ley primera, título 23º, libro cuarto, que coincide con la del fuero juzgo, declarando indignos de la patria potestad a los padres que abandonaran a sus hijos.

Las demás leyes se limitan a castigar este atentado, considerándole bajo el punto de vista de la penalidad.

“En las leyes de partida en el título XVIII de la cuarta partida, no dice que son cuatro las formas de disolución de la patria potestad, dichas causas son: una es por muerte natural; la segunda es por juicio que se ha dado en razón de destierro para siempre; la tercera es por dignidad a que pasase el hijo; y la cuarta es cuando el padre sacase a su hijo de su poder a placer, lo cual sería la emancipación”.³⁰

“En la España medieval encontramos que en el fuero juzgo se percibe claramente una influencia germánica respecto de la organización de la patria potestad. En este cuerpo de leyes, la influencia del derecho romano, se vio oscurecida por el derecho germánico”.³¹

No obstante que las partidas acogieron para España el derecho romano, y que en este cuerpo de leyes la patria potestad se denominaba *officium virile* y se constituye como un poder absoluto y perpetuo en favor del padre, si percibe respecto del ejercicio de la patria potestad, la influencia de ciertas ideas cristianas que influyeron sobre esta institución ya desde el imperio romano (particularmente a partir de Constantino) en el sentido de que la patria potestad, debía ser ejercida con piedad paternal.

³⁰ Íbidem. p. 603-604.

³¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. p. 692.

Siguiendo la tradición del derecho romano, la patria potestad en el derecho español antiguo, sólo se concebía en la familia legítima. Durante este período, casi desaparece el concepto romano de patria potestad como derecho del pater y se transforma, a través del derecho consuetudinario, en un deber de protección hacia el hijo. Desde entonces, empezó a considerarse que la patria potestad tenía su fundamento no en el derecho positivo, sino en del derecho natural.

Una huella perceptible de estas características de la patria potestad, que tomaron su origen en el derecho consuetudinario, aparece en los fueros españoles. El derecho foral aragonés, es ejemplo de cómo la patria potestad era considerada desde la edad media, no como autoridad, sino como una institución protectora de los menores hijos.

"Es bien reconocido el principio del derecho aragonés en materia de poder paterno, formulado como axioma en las observaciones de la justicia Martín Días Dany: *Item de consuetudine regni non habemos patriam potestatem*. Basados en este texto, numerosos autores han negado la existencia de la patria potestad en Aragón; pero no han faltado otros que han puesto de relieve lo que realmente expresa aquella frase es, no que en Aragón no exista la patria potestad, sino que no se haya organizada con arreglo a los principios romanos, interpretación que ha admitido también la jurisprudencia".³²

Continuando con esta tradición aragonesa, un proyecto residente en materia de familia ha prescindido de dominar a la institución "patria potestad" y se habla en cambio del "deber de crianza y educación de los hijos" y de la atribución de la autoridad familiar adecuada para cumplirla.

"En Castilla se impone, a través de las partidas, la doctrina romanista. La patria potestad no se acaba porque el hijo llegue a la mayoría de edad. Pero este

³² Ídem.

estado de sumisión se suaviza con la ampliación, en la práctica, de la doctrina de los peculios y con la admisión de la emancipación por matrimonio".³³

Piug Peña al referirse a los tiempos modernos, nos señala que "un principio general y rector de la institución domina en toda la materia y es que la patria potestad ha de concebirse y ejecutarse como una función que el estado reconoce en los padres respecto de los hijos en beneficio de éstos para proveer a su asistencia y protección en la medida reclamada por la necesidad de los mismos".³⁴

De la evolución resulta evidente que es anacrónico el término de patria potestad, porque actualmente ya no hay tal potestad; es decir no hay un poder sobre la persona o sobre la cosa, sino un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de los padres y que se ejerce en beneficio de los hijos. Más que una potestad o un poder, se trata de un servicio, del ejercicio de la autoridad de la que se excluye toda idea de autoritarismo.

En relación a la patria potestad de los hijos naturales, el derecho de los pueblos antiguos, no atribuía la patria potestad del padre natural. "Ello obedecía, según Fustel de Coulanges, al carácter religioso de la autoridad paterna: tendiendo esta por principio el culto doméstico, el hijo nacido de concubinato no podía colocarse bajo la autoridad del padre; entre el padre y el no existía comunidad religiosa: nada, pues, confería al primero la autoridad que obligaba al segundo a la obediencia; por sí sola la paternidad no daban ningún derecho al padre".³⁵

³³ PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Gráficas Iberoamericanas. Madrid 1989. p. 510.

³⁴ CHAVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 4ª. Edición. Editorial Porrúa. México 2001. p. 268.

³⁵ *Ibidem*. p. 269.

1.4. MÉXICO

Por lo que respecta a este punto retomaremos el Código Civil de 1870, el Código Civil de 1884, la Ley de Relaciones Familiares de 1917 y para concluir el Código de 1928.

1.4.1. CÓDIGO CIVIL DE 1870.

El 15 de enero de 1870, la comisión integrada por los señores licenciados Mariano Yáñez, José María la fragua, Isidro A. Montiel y Duarte y Rafael Donde, envió al ministerio de justicia e instrucción pública su trabajo realizado respecto de un proyecto del código civil promulgado el 8 de diciembre siguiente y cuya vigencia fue a partir del 1° de mayo de 1871, bajo la denominación del Código Civil para el Distrito Federal y territorio de la Baja California. Con este ordenamiento concluyo la época correspondiente al proceso codificador iniciado poco menos de 50 años antes.

La fuente que se suele señalar como directa de este código de 70, es el proyecto citado de don Justo Sierra el que a su vez, como dijimos, tuvo como fuentes en primerísimo término al Código Napoleón, a los principios de derecho romano y a los códigos de Cerdeña, Austria, Holanda y Portugal, así como el proyecto de García Goyena.

"El código de 1870 fue adoptado sin modificaciones: Guanajuato, el 20 de abril de 1871; Puebla, el 19 de mayo del mismo año; Durango, el día 7 de mayo de 1873; Guerrero, el 13 de junio de 1872; San Luis Potosí, el 11 de diciembre de 1871, y Zacatecas el 2 de diciembre de 1872. Con ligeras modificaciones: Chiapas, el 1 de marzo de 1872; Morelos, el 28 de julio de 1871; Querétaro, el 16 setiembre de 1872; Sinaloa, el 1 de enero de 1874; Tamaulipas, el 27 de junio de 1871; Sonora, el 11 de

diciembre de 1871. Con numerosas modificaciones: Campeche (no hay fecha de adopción); Tlaxcala lo adoptó y luego suspendió su vigencia".³⁶

El contenido de este ordenamiento lo integran 4126 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, sus efectos, con las reglas generales de su aplicación". El libro primero comprende los artículos 22 al 737; 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 al registro civil; también se refiere a las personas morales. Respecto de instituciones de derecho familiar contiene regulación destinada al matrimonio, al parentesco, a los alimentos, al divorcio sólo por separación y no con ruptura del vínculo matrimonial; a la paternidad y filiación, a la menor edad, a la patria potestad, a la tutela y curatela, a la restitución integral y a la emancipación y mayor edad y a la ausencia. Curiosamente no contiene alusión alguna a la adopción.

El libro Segundo "de los bienes, la propiedad y sus modificaciones" (artículos del 778 al 1387), contiene una clasificación de aquéllos y destina también títulos a la propiedad, a la posesión, al usufructo, al uso y la habitación; a las servidumbres, a la prescripción y al trabajo con inclusión en éste de la propiedad literaria.

En el libro tercero, "de los contratos", que se indica con el artículo 1388 y concluye en el 3363, regula la teoría general de los contratos y de las obligaciones, la ejecución de aquéllos y la extinción rescisión y nulidad de éstas. Por último el libro cuarto, "de las sucesiones", en los artículos 3364 al 4126, prevé la situación testamentaria y la sucesión legítima, con una serie además de instituciones de derecho sucesorio aplicables a ambas sucesiones.

³⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. Editorial Porrúa. México 2000. p. 63-64.

"El código de 1870 es en realidad el primer monumento legislador con que contó México en materia civil; aunque inspirado en el derecho romano, en el antiguo derecho español, en el Código Napoleón, en los que le habían tomado por un modelo y en los proyectos extranjeros y nacionales que se habían elaborado con anterioridad, tiene una evidente autonomía que le da propia y evidente personalidad; a pesar de ello, no pretende romper con las tradiciones jurídicas en que se habían formado nuestros juristas y por el contrario procura facilitar la transición entre el antiguo derecho y el que se estimó más propio para regir los aparte de entonces; con sabia prudencia, recogen los materiales que emplea y no es una ley más, sino genuina codificación de aquellas cuyos principios debían aplicarse de ahí en adelante, por lo que no crea desorden, sino que establece un verdadero orden; y todo ello se evidencia por la vida fecunda que ha tenido, no sólo en el distrito federal y en la baja California, sino en toda la República, pues no muere con el código de 1884, antes bien renace en ese su hijo y sigue viviendo en el de 1928..."³⁷

"En el código de 1870 se considera la patria potestad con relación a las personas; reconociendo que los principios de justicia son los adecuados para conservar en bien de la sociedad las relaciones de padres e hijos. En ese terreno se realizó una notable aportación, ya que el código de las partidas y los posteriores de España (siguiendo literalmente las leyes romanas) habían quitado a la madre la potestad que el fuero juzgo le concedía. Sin embargo, la sociedad (cuando este cuerpo de leyes entró en vigor) ya había depuesto la antigua prevención contra las mujeres. Así el legislador de 1870 podía decir que la distinta educación modifica, si no desnaturaliza, los elementos morales de la mujer, y que como al tratarse de la vida doméstica la mujer tiene tanta o más inteligencia que el hombre, el cuidado de los hijos es tanto más eficaz, cuanto más vivo es el sentimiento. No era posible ya (entonces) negara una madre el ejercicio del más sagrado de los derechos".³⁸

³⁷ Íbidem. p. 65.

³⁸ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit. p. 570.

El otro aspecto, la primera legislación civil del distrito federal no se contentó con ese paso, sino que dando otro, amplió la patria potestad a los abuelos y abuelas. Contra los primeros, sólo podía alegarse la edad; pero como se les conoce la facultad de renunciar a la patria potestad, es prudente creer que el abuelo que no se considera ya capaz de ejercer aquel derecho, lo renunciara en bien de sus descendientes. Respecto de las abuelas operan las mismas razones que respecto de la madre y concurren las mismas circunstancias que los abuelos el pensamiento dominante en esta materia y en la de sucesiones, fue no introducir en los negocios domésticos a personas extrañas, sino cuando no se puede evitar; y como en ambas deben intervenir el ministerio público, cree que tienen los menores las suficientes garantías.

En el capítulo final del código de 1870 se regulan los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad. Estas disposiciones son de derecho común, a excepción de la que concede a los padres de familia la facultad de nombrar consultores a la madre y abuela. Este código y el subsiguiente de 1884 sólo tuvieron cambio en razón de pequeñas modificaciones de origen exclusivamente gramatical.

1.4.2. CÓDIGO CIVIL DE 1884.

Pasados unos años a partir de la vigencia del Código Civil del 70, consideró procedente su revisión. Ello motivó la elaboración de un nuevo Código Civil que es el Código Civil para el Distrito Federal y territorio de la Baja California, publicado el 31 de marzo de 1884 y con vigencia a partir del 1 de junio siguiente. Lo componen 3823 artículos, y los mismos título preliminar y cuatro libros que su antecesor; sustancialmente tiene igual contenido y la única diferencia es que abole la "legítima" del derecho sucesorio; la cambia por una libre testamentación; así mediante el otorgamiento de testamento podía disponerse de todos los bienes del testador que pasaban a los herederos por el instituidos.

"La vigencia del código de 84 se desplazó desde entonces hasta el 30 de septiembre de 1932, al día siguiente del código civil actual entró en vigor. Durante esos años, aquél sufrió otras derogaciones de trascendencia; la primera en el año de 1914, cuando el 29 de diciembre de ese año se publicó la conocida ley del divorcio vincular, que como su denominación lo indica, admitió y estableció por primera vez en México el divorcio que disuelve el vínculo conyugal y permitió por ello a los divorciados contraer 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 de 84 en todo lo relacionado al derecho de familia".³⁹

"En este segundo cuerpo de leyes se confirma que el poder paterno está fundado en la naturaleza, que sabiamente puso en el corazón de sus padres un amor infinito hacia los hijos, el cual los hace procurar en todo su felicidad, defenderlos de todos los peligros y enseñarles todas aquellas virtudes que pueden conducirlos al bienestar privado y al respeto público esta enseñanza requiere, por parte del hijo, obediencia; y de parte del padre, autoridad para hacer cumplir sus mandatos; y como ambas cosas están íntimamente grabadas en el corazón humano, se dice que la autoridad del padre sobre el hijo está basada en la naturaleza".⁴⁰

En este ordenamiento del siglo XIX, la patria potestad se divide en onerosa y útil: La onerosa no es más que el conjunto de obligaciones que la naturaleza y la Ley imponen a los padres para con sus hijos; la útil es la reunión de derechos que la Ley concede a los padres respecto de algunos bienes de sus hijos menores no emancipados.

El poder de la madre y los ascendientes se ejerce sobre las mismas personas que tiene el padre bajo su potestad, porque siendo el objeto del legislador el que los

³⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Op. Cit. p. 65.

⁴⁰ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit. p. 571.

menores tengan siempre en la familia una autoridad protectora, no debía exceptuar de este beneficio a ninguno de ellos así, muerto el padre, la madre en su caso, o los ascendientes, van recibiendo de su antecesor la patria potestad.

La naturaleza misma aconseja el honor y respeto que se deben a los padres, porque ellos son una consecuencia necesaria de la dirección paternal que recibe el hombre desde los primeros años de la vida; mas la ley ha querido consignar expresamente que, cualquiera que sea el estado, edad y condición de los hijos, éstos deben honrar y respetar á sus padres y demás ascendientes. Hay un principio ecuménico que no tiene fronteras ni cronología, pues ya lo encontramos en el libro del éxodo "honra a tu padre y a tu madre, para que se prolongue tu vida sobre la tierra que tu Dios te va a dar".

De acuerdo con lo anterior, los hijos tienen que mantener la reverencia debida a aquellas personas de quienes recibieron el ser. A la vez, estas tienen la obligación de educar a sus hijos convenientemente, para lo cual gozan de la facultad de corregirlos y castigarlos con templanza y con mesura. En razón de ello, los hijos que estuvieron bajo la patria potestad no podrán dejar la casa del que ejerce sin permiso de éste o decreto de la autoridad pública competente, ni pueden comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que ejerce aquel derecho.

Por otra parte, la misma ley se afana por hacer efectiva la educación de los hijos; comprendiendo que en algunas ocasiones no bastarán las templadas correcciones del padre para conseguir tan noble fin.

1.4.2. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Esta ley se expide el 9 de abril de 1917 por Venustiano Carranza, esta ley derogó al Código de 1884 en todo lo relacionado al Derecho de Familia.

Aquí se reglamenta claramente el Capítulo de la Patria Potestad, comprendida de sus artículos 238 al 269; dividiéndose en tres capítulos específicos: de la Patria Potestad misma, de los efectos de ella respecto de los bienes del hijo y de los modos de acabarse y suspenderse.

En estas disposiciones en el artículo 238, dice que los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

A la vez, en los siguientes artículos que van del 239 al 246 nos hace referencia a que: sujeta a esa autoridad a los hijos menores de edad –no emancipados- y los coloca en ella mientras existan algunos de los ascendientes a quienes corresponde según la ley, ese poder se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los legitimados, de los naturales y de los adoptivos.

En esta ley, en sus reglas se dispone que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre; por el abuelo y la abuela paternos y por el abuelo y la abuela maternos. Se especifica que solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entraran al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden antes señalado. Se agrega que mientras estuviera el hijo en la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad judicial competente.

Se disponen que los que tienen al hijo bajo su potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente; agregando la facultad de corregir y castigar en forma templada y mesuradamente. Se agrega que quien este sujeto a ella no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejercen aquel derecho.

En materia patrimonial en sus artículos que van del 247 al 258, se dispone que los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella; teniendo la administración legal de los bienes que les pertenecen. Se agrega que cuando se ejercite conjuntamente por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo; pero consultará en todos los negocios a su consorte, y requerirá su consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente. A la vez se considera que los que ejerzan la patria potestad tendrán sobre los bienes del hijo, mientras dura la administración, la mitad del usufructo de ellos.

Se prohíbe a los que ejercen la patria potestad enajenar o gravar en modo alguno los bienes inmuebles y muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa autorización de juez competente; reconociéndose que en todos los casos en quienes ejercen la patria potestad puedan tener un interés opuesto al de sus hijos menores, éstos serán representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso. En caso de que se conceda licencia para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, el juez tomará las medidas necesarias para asegurar que el producto de la venta se dedique al producto que se destina, y para que el resto se invierta adquiriendo un inmueble, o se imponga con segura hipoteca a favor del menor.

Con respecto a las formas en que se acaba y suspende la patria potestad hacen referencia los artículos del 259 al 269, y nos dice que se termina por muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; por la mayor edad del hijo, así como por su emancipación. Por otro lado dispone que se perderá cuando el que la ejerce era condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho. Se preceptúa también que se puede privar o en su caso modificar su ejercicio, si quien

la ejerce trata con excesiva severidad a los que están en ella, o no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptores.

En el aspecto de la suspensión, ésta opera por incapacidad declarada judicialmente; por la ausencia declarada en forma o por sentencia condenatoria que la imponga.

Se contempla la nueva posibilidad de que los abuelos y abuelas puedan siempre renunciar al ejercicio de la patria potestad; agregándose que cuando ella suceda, el que la renuncio no pueda recuperarla. A la vez se ordena que la madre o abuela que pasa a segundas nupcias, pierde la patria potestad y si no hubiere persona en quien recaiga, se preverá a la tutela conforme a la ley; no pudiendo recaer ésta, en ningún caso, en el segundo marido. Sin embargo, en estos casos se anticipa que si la madre o abuela, volvieran a enviudar, recobrarán los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.

1.4.3. CÓDIGO CIVIL DE 1928.

Este Código fue expedido por el presidente de la República Mexicana Plutarco Elías Calles, por decretos de 7 de enero y 6 de diciembre de 1926 y 3 de enero de 1928, denominándosele "Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal", el cual entro en vigor el 1° de octubre de 1932. El cual reemplazo en toda la materia civil al Código Civil de 1984 y a la Ley de Relaciones Familiares.

En su libro primero, título octavo, se incluyen tres capítulos similares a los que contemplaba la Ley de Relaciones Familiares, desarrollados en los artículos del 411 al 448.

El artículo 411 de esta ley civil reiteraba el principio moral que impone a los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes; sometiendo a ella en los términos del artículo 412 a los hijos menores de edad no emancipados, mientras exista alguno de los ascendientes que deja de ejercerla conforme a la ley. A su vez, dispone que dicha función se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, de acuerdo con el artículo 413.

En su artículo 414, se refería que la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce por el padre y la madre; el abuelo y la abuela maternos; por el abuelo y la abuela maternos. Y a falta de padres, nos indica el artículo 418, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido, los demás ascendientes a que se refiere el artículo 414.

El artículo 422 da intervención a los Consejeros Locales de Tutela y al Ministerio Público como representante social, en caso de que los que detentan la patria potestad no eduquen convenientemente a los que están sujetos a ella y en general les da intervención en todos los asuntos de carácter familiar.

En virtud de que el hombre y la mujer tienen autoridad igual en el matrimonio, se establece de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a estos pertenezcan. Por otro lado en este código no se permite castigar a los hijos, sólo corregirlos y darles un buen ejemplo de conducta.

Cuando la patria potestad se ejerce por el padre y la madre o por el abuelo y la abuela simultáneamente, el administrador de los bienes no sería exclusivamente el varón, ahora será nombrado por mutuo acuerdo.

Se distinguen los bienes de los hijos en dos clases; los que adquieran por su trabajo y los que adquieran por cualquier otro título.

La abuela y la madre no pierden la patria potestad del menor por el hecho de volver a contraer nupcias.

Se marca específicamente los casos de renunciabilidad de la patria potestad y los casos en los que pueden excusar del ejercicio de ella, ya que anteriormente la Ley de Relaciones Familiares mencionaba que los abuelos y abuelas podían excusarse del ejercicio de la patria potestad sin importar la edad.

"El artículo 444 adiciona las causas de la pérdida de la patria potestad, siendo estas las siguientes:

I. Cuando el que la ejerza es condenado a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

II. En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.

III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la Ley Penal.

IV. Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses".

En nuestra legislación se ha dado una serie de transformaciones adecuadas a las necesidades de la época, es por ello que en la actualidad se tiene ya un sentido de conciencia en torno a lo que es la familia y como se ha dado su evolución, pero no obstante, que la crisis de valores que existe en nuestra sociedad, es realmente positivo comprobar que la familia sigue siendo el núcleo en donde todos y cada uno de los individuos que la componen , reconocen sus orígenes y aspiraciones

presentes y futuras, ya que si bien es cierto que la familia moderna ha perdido la extensión y la estabilidad que tuvo en el derecho romano o en la edad media, también es cierto que sigue siendo en nuestro país el núcleo principal de formación del hombre, por lo menos en su constitución moral, así como su fuente de obligaciones y derechos recíprocas entre los miembros que la componen.

Reafirmando lo anterior y al efecto de percatarnos de la evolución que se ha dado en nuestro país respecto de la familia es de particular importancia hacer notar la opinión que al respecto expresa el autor Ignacio Galindo Garfías: "Las relaciones familiares en épocas históricas más o menos recientes se consideraban como retributivas de derechos subjetivos creados en interés de su titular, y en la actualidad se han transformado en verdaderos deberes en función de la protección de las personas y de los bienes de los mismos de la familia, así ocurre hoy en día con la patria potestad, que se atribuye en nuestro derecho tanto el padre como la madre, pero cuyo ejercicio se impone como una verdadera función, en vista de los intereses superiores de la familia".⁴¹

La sociedad moderna en nuestro país acepta en su gran mayoría que la paternidad implica la misión de proteger y educar a los hijos, esta educación se lleva a cabo mediante derechos y obligaciones, mismo que recibe el nombre de potestad, es decir, ya no se menciona tanto como requisito, ejercerla al tener constituida legalmente a la familia a través del matrimonio civil, sino que por el hecho de ser padre o madre se puede gozar del ejercicio, obviamente con las limitaciones que la misma ley establece para tal efecto, el referido autor menciona: "todo exceso en el ejercicio de esta potestad constituye un abuso de poder que puede ser limitado y castigado por el estado".⁴²

⁴¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. p. 432.

⁴² Ibidem. p. 434.

El autor Gonzalo Fernando Flores opina: "a través del tiempo, se ha solidificado que la única fuente real de la patria potestad es y ha sido la familia, y lo que respecta a nuestra legislación es precisamente que se ha creado una serie de mecanismos para la protección de los intereses y funcionamiento de la misma por ello al revolucionar este grupo primario en cuanto a organización en beneficio de los hijos, se da también como resultado que el estado intervenga en defensa de la seguridad de los menores sujetos a la patria potestad, y dando un nuevo sentido a lo que antiguamente se consideraba como un poder absoluto de los padres sobre los hijos , en la actualidad la patria potestad se ejercerá como una función de la educación y protección del padre en beneficio de los hijos".⁴³

Al conocer la evolución que ha tenido la figura jurídica de la Patria Potestad, dentro de nuestros ordenamientos legales así como el de otros países y culturas, nos damos cuenta que ha tenido gran influencia para la conformación de nuestra legislación actual.

⁴³ FLORES GÓMEZ Gonzalo Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. Editorial Porrúa. México 1990. p. 120.

El autor Gonzalo Fernando Flores opina: "a través del tiempo, se ha solidificado que la única fuente real de la patria potestad es y ha sido la familia, y lo que respecta a nuestra legislación es precisamente que se ha creado una serie de mecanismos para la protección de los intereses y funcionamiento de la misma por ello al revolucionar este grupo primario en cuanto a organización en beneficio de los hijos, se da también como resultado que el estado intervenga en defensa de la seguridad de los menores sujetos a la patria potestad, y dando un nuevo sentido a lo que antiguamente se consideraba como un poder absoluto de los padres sobre los hijos , en la actualidad la patria potestad se ejercerá como una función de la educación y protección del padre en beneficio de los hijos".⁴³

Al conocer la evolución que ha tenido la figura jurídica de la Patria Potestad, dentro de nuestros ordenamientos legales así como el de otros países y culturas, nos damos cuenta que ha tenido gran influencia para la conformación de nuestra legislación actual.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

⁴³ FLORES GÓMEZ, Gonzalo Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. Editorial Porrúa. México 1990. p. 120.

CAPÍTULO II

LA PATRIA POTESTAD

2.1. CONCEPTO.

Con la finalidad de poder establecer una definición de lo que es la patria potestad analizaremos conceptos que algunos autores han elaborado, comenzando por conocer sus raíces etimológicas del término.

El vocablo "patria" proviene del latín "pater, patris, patrius", que significa padre. La palabra "potestad" proviene de "potestas" que significa potestad, dominio, poder, de donde se desprende como concepto etimológico "El poder del padre".

Ante el carácter actual de lo que es la institución este concepto carece de significado, de ahí que la mayoría de los autores coincidan en que esta tradicional denominación es impropia para el derecho moderno "...porque la institución de que se trata no es ya una potestad absorbente como la patria potestad romana, sino una autoridad tuitiva, y no corresponde exclusivamente al padre, puesto que la ejerce también la madre".⁴⁴

Esto es, la patria potestad ya no se desarrolla como un poder, sino como una serie de facultades y deberes que se cumplirán con los descendientes. Actualmente la patria potestad ya no es patria, porque además del padre también es ejercida por la madre, o se puede dar en algunos casos que esta sea exclusiva de ella, y en su caso puede ser ejercida por los ascendientes que la ley marca; ni es tampoco potestad, porque no otorga un poder, sino se manifiesta por una serie de facultades de quien la ejerce en la razón directa de los deberes que deben cumplirse con respecto a los descendientes.

⁴⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José. Op. Cit. p. 270.

Anteriormente encontramos manifestaciones a favor del cambio en la terminología, como ejemplo podemos citar las discusiones previas a la vigencia del Código Napoleónico, donde se propuso que el término patria potestad fuera sustituido por el de "La Autoridad de los y de las Madres". Otro caso es el Código de Familia ruso de 1918 donde se cambia también el nombre de patria potestad por el de "Derechos y Deberes Respectivos de los Hijos de los Padres". Pero los intentos de cambio en la legislación comparada no prosperaron, ya que la institución "patria potestad" sigue permaneciendo con la misma denominación.

Enseguida analizaremos algunas definiciones que han sido elaboradas en la doctrina extranjera:

Colin y Capitant definen a la patria potestad, diciendo que es "El conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida que su estado de minoridad lo requiere".⁴⁵

Su base de este concepto es que los derechos otorgados a los padres, como la guarda y corrección de los hijos, traen consigo cargas y obligaciones, como son la alimentación y la educación. Para estos autores, a los padres le es otorgado un poder de protección con prerrogativas sobre los hijos, con la finalidad de cumplir con los deberes que son impuestos a su responsabilidad por el hecho de ser padres; esto conlleva a que esta institución como señalan los autores se ejerza sobre los hijos menores no emancipados, para así aclarar que los hijos que siendo menores y contraen matrimonio y con esto alcanzan la emancipación, es decir, su salida de la patria potestad

Marcel Planiol la define como "El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para

⁴⁵ Íbidem. p. 72.

permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".⁴⁶ Para este autor es también tener esos derechos y facultades que los padres tienen para con los hijos, existe esta patria potestad porque existen estas obligaciones que son numerosas y para él se traducen en la educación del hijo, como lo mencionan los autores anteriormente citados.

Julien Bocannecase, citado por Jorge Mario Magallón, nos dice que "Es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios".⁴⁷

Este autor, nos dice que las obligaciones son tanto para los padres como para ascendientes y terceros, aquí toma en cuenta que no sólo es exclusivo ejercer la patria potestad a los padres sino que también se consideran a las demás personas que podrían ejercerla.

George Ripert y Jean Boulanger establecen que "Es el conjunto de poderes y derechos que la Ley acuerda a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos menores para que puedan cumplir con sus deberes paternos".⁴⁸

En opinión de estos autores, manejan que las obligaciones de la patria potestad corresponden a la educación del hijo, ya que los padres están obligados a dársela.

⁴⁶ PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. Derecho Civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México. 1996. p. 255.

⁴⁷ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op Cit. p. 525.

⁴⁸ RIPERT, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Tomo III. Delia García Daireaux. Paris. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1979. p. 291.

Llegando a la conclusión que la importancia de estas definiciones de patria potestad en la doctrina francesa es que los derechos que les son otorgados a los padres tienen como finalidad la satisfacción de los deberes de educación, protección y manutención de los hijos, aunque, considerando una serie de funciones a la patria potestad sería un error, ya que los padres adquieren prerrogativas o derechos subjetivos que les son otorgados para con los hijos, como son la libertad de elegir la orientación intelectual y profesional que les darán a sus hijos, cuyo límite es el beneficio de cada menor.

En segundo término conoceremos algunas definiciones de la doctrina española:

De Diego, citado por Chávez Asencio Manuel, la define como "El deber y derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de estos".⁴⁹

Este autor nos dice que la patria potestad busca proveer la asistencia y la protección de los hijos, respecto de las necesidades que tengan y no olvida los deberes y derechos que se debe dar a los hijos.

Piug Peña, citado por Castán Tobeñas, dice que es "Aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida reclamada por las necesidades de éstos".⁵⁰

Este autor coincide con el anterior ya que nos dice que los padres deben asumir la asistencia que los hijos requieran.

⁴⁹ CHAVÉZ ASENCIO, Manuel F. Op Cit. p. 266.

⁵⁰ CASTAN TOBEÑAS, José. Op Cit. p. 273.

Por su parte Castán Vázquez, citado por Castán Tobeñas, la conceptúa como "El conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar la prole".⁵¹

Este autor nos dice que los deberes y derechos son una función natural y deben tanto de proteger como de educar para que los hijos tengan una mejor educación.

D' Antonio, Daniel Hugo, nos dice que es "La institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos"⁵²

En estas definiciones en general encontramos a la patria potestad como parte del derecho natural, ya que es quien les confiere a los padres la responsabilidad de cuidar y formar a sus hijos, la cual es su deber y su derecho: pues por el hecho de haber dado la vida a sus hijos, los padres son los primeros que quieren y deben de preocuparse por ellos como un gesto inherente a su naturaleza paterna.

Por su parte los autores argentinos coinciden con estas ideas, pues según Eduardo B. Busso el derecho nada innova tratándose de la patria potestad, la cual se presenta como un hecho natural y social.

La jurisprudencia de este país ha señalado que el derecho de los padres de ejercer respecto a sus hijos, la autoridad y las obligaciones que les corresponden son consecuencia del vínculo establecido por la procreación y tal derecho y obligación tiene preeminencia en el mundo jurídico.

⁵¹ Ídem.

⁵² MENDEZ COSTA, María Josefa y Daniel Hugo D' Antonio. Derecho de Familia. Tomo III. Editorial Rubinzal-Culzoni. Argentina. 1996. p. 209.

En tercer lugar revisaremos las definiciones de algunos autores nacionales:

Peniche López Edgardo nos dice que "Es el poder que tienen los ascendientes sobre la persona y bienes de menor, en tanto alcanza la edad y discernimiento para conducirse y administrar sus derechos".⁵³

Para este autor la patria potestad ya no es de los padres sino corresponde a los ascendientes que consiste en un poder sobre los menores y sobre sus bienes que hasta que sean personas mayores de edad cuidaran y protegerán de ellos.

Ricardo Sánchez Márquez dice que "Es el conjunto de facultades, derechos, poderes y deberes que corresponden a los padres, abuelos o adoptantes, respecto de sus hijos, nietos o adoptados menores de edad o no emancipados y de sus bienes".⁵⁴

Como se puede apreciar, el autor pretende establecer en el concepto a todos los casos en que se ejerce la patria potestad.

Para Sara Montero Duahalt "Es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad".⁵⁵

Por su parte, la autora nos hace referencia como fuente de la institución a la filiación, pero para ella es la ley la que otorga e impone esas facultades y obligaciones a los padres.

⁵³ PENICHE LÓPEZ, Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa. México. 2002. p. 127.

⁵⁴ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. Op Cit. p. 499.

⁵⁵ MONTERO DUAHALT, Sara. Derecho de Familia. 4ª. Edición. Editorial Porrúa. México 1990. p. 339.

Rafael de Pina la define "Como el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria".⁵⁶

Este autor, es más general porque puede encuadrar todos los casos del ejercicio de la patria potestad que la ley prevé.

Ignacio Galindo Garfías nos dice que "La patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que estos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de estos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida que su estado de minoridad lo requiere".⁵⁷

Aquí la idea del autor es que estos deberes-poderes son impuestos a los ascendientes que la ejercen, por medio de la filiación que se ha establecido legalmente entre ellos y los menores, lo que conlleva es a otorgarles una autoridad con el único propósito de cumplir con la asistencia que deben a sus hijos.

Al haber analizado los conceptos de la doctrina, propongo la siguiente definición de patria potestad:

Es un conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres, abuelos, respecto de la persona y bienes de los hijos, para poderles dar la asistencia y la protección necesaria, proporcionarles una educación y por tanto una formación integral en tanto sean menores de edad no emancipados.

⁵⁶ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción, Personas, Familia. Volumen I. 19ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1995. p.375.

⁵⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op Cit. p. 689.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA.

En relación a la naturaleza jurídica podemos encontrar diferentes opiniones las cuales pueden ser:

a) Institución. Galindo Garfías citado por Manuel Chávez, señala que la patria potestad es "una institución establecida por el derecho, con la finalidad de asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación nacido establecida legalmente; ya se trate de nacidos de matrimonio, de hija nacida fuera de él, o de hijos adoptivos".⁵⁸

Por otro lado Piug Peña no señala que la patria potestad es una institución jurídica; "es decir, el trasuntó en la ley de la situación de hecho que surge a las relaciones paterno-filiales. La ley la disciplina, y de sus preceptos es posible deducir en todo en donde, por encima de la variedad de sus disposiciones, se descubre la armonía de la institución".⁵⁹

Es también señalada que la patria potestad es una institución necesaria para la cuestión de un grupo familiar que comprende tanto la familia conyugal como la originada por reconocimiento.

b) Derechos y deberes. De Pina dice que "la patria potestad se define como el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidos a quienes ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con lo que tales salvaguardarlas en la medida necesaria".⁶⁰

⁵⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. p. 269.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia. Volumen I. 19ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1995. p. 378.

Podemos decir que para lograr una finalidad punitiva que debe ser cumplida a la vez por el padre y la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes y de deberes impuestos a los ascendientes que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidarlos, dirigir su educación y procurar su existencia, en la medida que su estado de minoridad lo requiera.

Como un conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos mientras que éstos son menores y que no hayan sido emancipados esto es para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, también de la alimentación y educación a que éstos están obligados para con los hijos.

c) Poder. Desde este punto de vista se hace énfasis a una autoridad, y de ella se dice que contiene las relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. No hay una relación jurídica entre iguales, pues el padre y la madre ejercen una potestad diferente.

“La autoridad paterna está constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre, al objeto desde proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto en razón de que es muy joven y es una persona inexperta”.⁶¹

La patria potestad contiene relaciones jurídicas que están basadas en un reconocimiento de la autoridad paterna y por otro lado materno sobre los hijos menores, es decir, no se trata de relaciones cuyo objeto presuponga la igualdad jurídica de los sujetos por el contrato; los fines que satisfacen, implican que tanto el padre como la madre ejercen una potestad, o sea un poder.

Se trata de un poder reconocido por la ley, como un medio de actuar el cumplimiento de un deber. Este poder paterno o materno a los fines a los que desea

⁶¹ Chávez Asencio, Manuel. Op. Cit. p. 270.

llegar, no es una mera prerrogativa disponible del padre o de la madre. Ellos deben y están obligados a ejercerlo; y es más, están obligados a ejercerlos personalmente ya que este ejercicio es indelegable a terceros.

Por otro lado se habla de la relación de derecho-deber, y por tanto también se hace referencia a su función de cada uno de ellos, que implican diferentes actitudes, actividades que los padres deben llevar con los hijos esto es la consideración de cada quien.

También la potestad está constituida por un conjunto de poderes, necesarios para que los que ejerzan la patria potestad puedan hacer cumplir los deberes que les conciernen respecto a los hijos. Por tanto la facultad, la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad; no se encuentra como en otras figuras jurídicas, y no corresponden en el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder, se ha conferido para un cumplimiento de un deber.

d) Reconocimiento de la facultad natural. "Si se toma en cuenta que la filiación es un hecho natural, y que se hace referencia a la procreación por la cual alguien procrea a otro, y el que procrea tienen mayor edad, conocimientos y posibilidades, la patria potestad debe ser el reconocimiento de una facultad natural del procreador, que se ejerce mientras el procreado necesite la atención. Se trata de un reconocimiento de una facultad natural, no es que los padres tengan la propiedad sobre sus hijos, sino que deben de tener y les debe de nacer el querer ayudarlos".⁶²

e) Función. "La concepción moderna de la patria potestad la identifican como una función que ejerce el padre para protección de los hijos, esta concepción estaba propagada, en general, al acaecer la revolución francesa y se impuso con ella, trascendiendo al derecho intermedio. Así se descubre, aunque no lo proclamen expresamente, en los códigos civiles que regulan la patria potestad, como una

⁶² Íbidem. p. 271.

función temporal productora de los deberes para el padre y limitan las facultades atribuidas a este. Por esto la concepción generalizada en el derecho moderno de la patria potestad como función coincide con las orientaciones cristianas acerca de este instituto, que la evolución a trocado el antiguo poder en un deber".⁶³

f) La patria potestad como derecho humano. "La patria potestad hace referencia a la relación paterno-filial, pero podemos contemplarla desde otro punto de vista, o sea como derecho subjetivo ya que como lo menciona Cicu, por un lado el derecho de reivindicación o mejor de reclamación, que compete al padre contra quien ilegítimamente detente el poder; y por otro lado el derecho de ejercitar la patria potestad, o de ser puesto en condiciones de ejercerla, removiendo los obstáculos que se oponga; en todo caso, el derecho de derecho familiar, es inseparablemente ligado a los intereses del hijo, por lo que al defender el propio derecho, el padre defiende el interés del hijo elevado al interés superior".⁶⁴

Existen derechos subjetivos conyugales y familiares derivados de actos o hechos jurídicos familiares, pero también en lo conyugal y en lo familiar existen derechos derivados y originados de la persona y de la familia como institución, que son inalienables y forman parte de su personalidad y patrimonio humanos. Dentro de estos derechos ésta la patria potestad, como derecho subjetivo, que es una facultad o prerrogativa que corresponde a los progenitores, de acuerdo con el ordenamiento jurídico y que se opone erga omnes, dentro del cual está el derecho al ejercicio de la patria potestad que eso oponible, frente a terceros. Dentro de estos derechos se encuentra el derecho a la educación que todo padre tiene para impartirla a sus hijos y escoger perfectamente el tipo de educación que habrá de dárseles.

La patria potestad debe de entenderse como el conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la ley reconoce ya sea padres o abuelos o ascendientes

⁶³ Ídem.

⁶⁴ Íbidem. p. 273-274.

en orden a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes.

Se trata de un poder o potestad sobre la persona, aún cuando en nuestra legislación se dice que la patria potestad se ejerce sobre la persona de los hijos. Los hijos, aún los menores de edad, son personas y tienen su dignidad, por lo que no puede haber un poder sobre ellos como si fueran una cosa, que nos recuerda el derecho real como potestad sobre algo; aquí se trata de alguien, que tiene personalidad y que es sujeto de derechos y de obligaciones; por otra parte, tampoco se trata de un poder sobre los bienes del menor aún cuando se diga que se ejerce sobre los bienes de los hijos, pues, más bien se trata de la administración de los bienes de los hijos, como facultades bastante limitadas en cuanto al ejercicio de actos de dominio.

Son deberes, obligaciones y derechos atribuidos a los padres; quienes lo cumplen y ejercen como una función propia derivada de la paternidad como de la maternidad; no es algo que se impone por la ley. Tampoco creo que sea una delegación de funciones que hace el Estado a la persona de los padres, sino que el derecho reconociendo la realidad natural de la figura de filiación y el hecho de que alguien tiene que dar protección, la guarda, el sostenimiento en un resultado es entonces dirigir el grupo familiar, ya que esta realidad se deriva de la naturaleza, la asume y la reglamenta para la convivencia de este grupo doméstico familiar.

La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones paterno-filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro o ya sea fuera del matrimonio.

Las relaciones jurídicas derivadas de la filiación también se atribuyen a los hijos, quienes cumplen sus deberes y ejercer sus derechos como respuesta.

Nuestro Código Civil no concibe la patria potestad, como un poder; siempre se habla de la patria potestad, sin emplear jamás el término de potestad, se trata fundamentalmente, de obligaciones y también de facultades; como es el caso del artículo 423 del código civil. Se hace referencia aislada al término de autoridad, al señalar que ésta se ejerce en el hogar por el hombre y la mujer. Se hace referencia más bien a una actividad y a un servicio, por lo que puede emplearse el concepto función para destacar la naturaleza jurídica de la patria potestad.

Se debe de tomar en cuenta que el concepto de función se usa más en el derecho público que en el derecho privado. Significa en derecho público la acción, hacer un oficio, el empleo de una facultad, pero se puede también entender como una actividad dirigida a realizar algún servicio, y en este último sentido debemos tomarla.

Por lo tanto, la patria potestad es una función, de orden público, que está dentro de la relación jurídica paterno-filial y se desempeña por los padres o por los abuelos o por terceras personas, para la custodia, la formación integral del menor y la administración de sus bienes.

2.3. CARACTERÍSTICAS.

De la naturaleza jurídica podemos decir que es una institución, ya que es un conjunto de normas que en abstracto comprenden y regulan una situación determinada. Como caracteres pueden descartarse los que nos da a conocer el autor Manuel Chávez Asencio y son los siguientes:

a) Personal. Es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidas a través de terceros. En nuestro derecho ejercen la patria potestad tanto el padre como la madre, los abuelos paternos o maternos, sino la ejercen los padres. Esto no impide que en algunos aspectos al

ejercer la patria potestad puedan delegar a terceros, como en el caso de la instrucción donde se envían a los hijos a la escuela para su educación; las escuelas son auxiliares de los padres en el cumplimiento de su deber de educación.

b) Participación de ambos. En nuestro derecho, participan el padre y la madre en el caso de matrimonio concubinato, y en ausencia de ellos los abuelos paternos y maternos. Solo en el caso de que el padre o la madre legalmente o por muerte de uno no pudiera ejercer la patria potestad, lo hará el que quede. Esta es una evolución evidente, pues recordemos que al principio de la patria potestad la ejercía en forma soberana sólo el padre; a la madre no se le tomaba en cuenta, ni era capaz de administrar sus propios bienes.

Esto es dada la poca intervención del padre en la educación de los hijos en nuestro ambiente, el legislador desea la participación de ambos para dar la debida educación a los menores.

Esta forma de ejercer la patria potestad puede generar algunas situaciones especiales que es conveniente extender y que son:

1) Delegación. Surge la cuestión de que si puede delegarse total o parcialmente el ejercicio de la patria potestad. La delegación sólo puede hacerse a alguno de los que conjuntamente la debe ejercer, bien sean los progenitores o los abuelos. No puede haber una delegación total, porque se trata de una función de orden público, en beneficio del menor, que no acepta por su naturaleza la delegación plena pues sería tanto como renunciar a la patria potestad.

La delegación parcial es posible. De hecho en las familias vemos como, alguno de los progenitores delegan ciertos aspectos del ejercicio de la patria potestad en el otro, bien sea porque éste convive más con el menor, o por qué algunos tienen más experiencia en alguna área, sin saber un acuerdo de voluntades

expreso entre progenitores o abuelos, se delega en uno o en otro. Si de hecho así acontece, y sin que signifique que el otro se abstenga de cumplir sus deberes y obligaciones, es posible jurídicamente esta delegación. En relación a las obligaciones, el artículo 426 del Código Civil al tratarse sobre la administración de los bienes, otorga la posibilidad de que sea uno de ellos el que de mutuo acuerdo lo haga.

Pero siempre es conveniente que la delegación conste por escrito, especialmente la relación con los bienes del hijo y su administración en protección de terceros. Es de observarse que el tercero no tiene posibilidades de saber sobre la existencia de una delegación.

2) Situaciones de urgencia. En el Código Civil no se resuelve este problema, puede acontecer que hubiere que resolver urgentemente y no hubiere la posibilidad de consultar al otro progenitor, en los casos, por ejemplo de intervención quirúrgica o de alguna transacción urgente. Como se trata de una institución en beneficio del menor, es posible jurídicamente que el que esté presente en ese momento y convive con el menor, resuelva, pues está la presunción de que el lo hace como un buen padre de familia.

3) Desacuerdos de los padres. Pueden ser varios los casos en que se dé el desacuerdo entre los padres, por ejemplo los temas como son el bautismo del hijo, educación religiosa, educación en general, las relaciones con determinadas personas, los viajes, los trámites médicos, e inclusive el consentimiento para una operación; y muchas situaciones concretas pueden hacer surgir desacuerdos entre quienes ejercen la patria potestad.

En estos casos es muy difícil dar una solución; no es posible otorgar la decisión a algunos de los progenitores, pues sería tanto como contrariar al principio

de igualdad de ambos en la educación del hijo y en la administración de sus bienes; por lo tanto, en caso de divergencia o conflicto debe acudir al juez de lo familiar.

Conviene determinar la facultad del juez. El Código Civil dice que en caso de desacuerdo El juez de lo familiar resolverá lo conducente, el Código Procesal previene que deben acudir ante el juez de lo familiar, cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de algún derecho, y agrega las diferencias que pueden surgir sobre la educación de los hijos. Cuando hayan desacuerdos significa que cada progenitor esta proponiendo alguna medida en relación a la persona o bienes del hijo; significa que cada uno tiene un punto de vista y diligencia en las decisiones; por eso el juez debe atribuir al padre o a la madre la facultad de decidir, lo que significa que debe de elegir por alguna de las decisiones que se están manifestando y no puede decidir algo diverso, a menos que hubiere causas graves en beneficio de los hijos, lo que debe señalar y motivar. El juez no debe tomar decisión, ésta debe proceder del padre o de la madre.

4) Los terceros. La patria potestad se ejercerá mancomunadamente; sin embargo, en relación a los bienes del hijo el administrador será nombrado por mutuo acuerdo y el designado representan al hijo en juicio; no obstante, siempre deberá obtenerse el consentimiento expreso del otro consorte en asuntos importantes de la administración y para llegar a un arreglo judicial. Esto significa que los terceros siempre deben contar con el consentimiento de ambos progenitores. A diferencia de otros países, no existe una presunción legal de que un progenitor actúa con el consentimiento del otro. Por esto se observa que nuestro Código Civil exige el consentimiento expreso del otro es decir, debe constar necesariamente, lo que excluye cualquier presunción o consentimiento tácito.

5) El ejercicio por uno sólo. En ciertas circunstancias, no obstante que la ley previene que la patria potestad se ejercerá por ambos progenitores o ambos abuelos,

en caso de pérdida o suspensión, aún estando vigente el matrimonio puede darse el caso de que se ejerza sólo por uno. También está el caso de la limitación que puede decretarse judicialmente. En estos casos se estima aplicable el artículo 414 del Código Civil que establece que si faltare alguno de las dos personas a quienes les corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho. En caso de separación, será quien tenga la custodia.

c) Obligatorio. Ejercer la patria potestad es obligatorio, y esta obligatoriedad se deriva de su propia naturaleza de la patria potestad no pueden desligarse los padres; la patria potestad es irrenunciable, sólo puede excusarse quien tenga 60 años cumplidos, cuando por su mal estado de salud no pueda atender debidamente su desempeño.

d) Representación total ésta comprende un conjunto de deberes y obligaciones; existe un conjunto de deberes orientados a la persona del menor, de contenido extramatrimonial no valorables en dinero, y que se refieren a la buena educación y atención del menor, pero también existe una serie de obligaciones orientadas a la administración de los bienes del mismo. Por lo tanto la patria potestad se compone de una serie de deberes y obligaciones que ejercen el padre y la madre, y correlativos existen también derechos de los padres.

La patria potestad significa una representación total y diversa a la que puede encontrarse en el derecho patrimonial. Es una representación que comprende a la persona del menor y sus bienes. En relación a la persona, se da para el desempeño de los deberes jurídicos familiares que buscan la promoción integral del menor en todo el aspecto humano, psicológico y espiritual. La representación en cuanto esos bienes, corresponde a la administración del patrimonio del menor, con las limitaciones impuestas por la ley. Consecuentemente se encuentran con una representación amplísima, en la que se comprenden no sólo lo patrimonial

económico, sino la persona misma del representado, lo que se da sólo en el derecho de familia.

De esta representación debe efectuarse, aún cuando expresamente nuestra legislación no lo diga, las siguientes situaciones:

Todos los actos relativos a los derechos de la personalidad y otros que el hijo, de acuerdo con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

Aquellos en que existan conflictos de interés entre padre e hijo, en cuyo caso deberán nombrarse tutor. En caso de que la persona que ejerza la patria potestad tuviere interés opuesto al de los hijos serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez en cada caso. El nombramiento de tutor se requiere, no sólo para asuntos económicos o de administración de bienes, sino también en general para lo relacionado con la persona del menor. Nuestro código habla en plural de las personas que ejercen la patria potestad que tuvieren conflicto de interés. ¿Qué sucedería si el conflicto de interés sólo tiene uno de los que la ejercen? podría darse que el menor sea representado por el otro progenitor, o que se le nombre un tutor pero es mejor que sea representado por el otro progenitor o bien el progenitor que aparentemente no tiene conflictos es lógico que se incline en favor de su cónyuge, o bien puede haber una divergencia entre los padres que repercute en el hijo. Esto estimo que en todo caso deberá nombrarse un tutor.

En lo relativo a bienes, quedando excluidos de la administración de los padres los que el hijo adquiera por su trabajo o aquellos que el padre le de en administración.

e) Temporal. A diferencia de la original patria potestad al estilo romano, actualmente es temporal. Termina o se acaba ya sea con la muerte del que la ejerce,

si no hay otra persona en quien recaiga, o con la emancipación derivada del matrimonio o por la mayoría de edad del hijo.

f) Irrenunciable. La patria potestad no es renunciable, sólo excusable según lo previsto en el artículo 448 del código civil.

La irrenunciabilidad se deriva de su propia naturaleza; se trata de una función de orden público. El artículo 6º del Código Civil establece que sólo pueden denunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, o bien cuando la renuncia no implique perjuicio a derecho de terceros. Qué pasaría si la patria potestad pudiera renunciarse; habría más hijos sin padre o abandonados de los que observamos ordinariamente en nuestra comunidad nacional.

g) Intransmisible. Los derechos, los deberes y las obligaciones que integran esta relación jurídica están fuera del comercio, es decir, no pueden ser materia de transferencia o enajenación; corresponde a los padres y abuelos exclusivamente.

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

Por otro lado el padre puede delegar en un tercer derecho concreto derivado de la patria potestad. Es así frecuentes que el padre interna al hijo en un colegio; no hay en este caso transmisión de la patria potestad, que sigue, atribuida al padre.

Puede existir la posibilidad de una delegación en favor de alguno de los terceros que en cada grado ejerza la patria potestad. Es decir, delegarse, por

ejemplo, en favor de la madre, para lo cual el padre lo hiciera constar en un documento. Aún cuando nuestra legislación previene que se ejerce por el padre y la madre, se permite que resuelvan de mutuo acuerdo lo conducente a la educación de los hijos, y en lo relativo a la administración de sus bienes habrá uno de ellos como administrador que será designado en mutuo acuerdo; esto permite la delegación, pero sólo entre quienes ejerzan la patria potestad. Conveniente es que siempre se documenté esta delegación.

h) Imprescriptible. Significa que los deberes, las obligaciones y los derechos que implica la patria potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo; por ser parte del derecho de familia presentan esta característica.

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

j) Orden público. La patria potestad es de orden público, ya que no es posible renunciarla; no sólo es de orden público en relación a los que la ejercen, sino también por interés que se observa del Estado a través de los funcionarios adecuados.

Como la patria potestad tiene por objeto la debida formación de los menores que serán los futuros ciudadanos, el Estado está interesado en esta institución. Sin aceptar que los padres están supliendo una función estatal, o que éste delega parte de sus funciones en los padres, es obvio el interés social que existe.

En nuestra legislación se encuentra la participación del Ministerio Público, que puede intervenir cuando los padres no cumplan con sus deberes y obligaciones, también los consejos locales de tutelas tendrán intervención para exigir el debido

cumplimiento de los padres, señalándose también la necesidad de que exista un tutor en caso de que las personas que ejerzan la patria potestad tengan interés opuesto al de los hijos. La posible intervención que tienen en esta materia los jueces familiares.

k) Responsabilidad en el ejercicio de la patria potestad. La patria potestad se ejercerá en relación a la persona del menor y de sus bienes; en relación a los bienes, existe la posibilidad de que una mala administración genera daños y perjuicios. Quien ejerce la patria potestad tienen la obligación de dar cuenta de su administración al hijo y entregarle luego que se emancipe o llegue a la mayoría de edad todos los bienes y frutos que le pertenecen. Consecuentemente, pueden generarse daños y perjuicios por una mala administración que eventualmente podrá tipificar un delito.

Con respecto a los progenitores o los abuelos que ejerzan la patria potestad en relación a la persona del hijo, la legislación no prevé una sanción compensatoria en caso de incumplimiento, se da la pérdida de la patria potestad como sanción, pero esto no compensa al hijo los daños causados en relación a su persona, ya que pueden ser demasiados. Puede llegarse a lesiones que están tipificadas en el Código Penal. Pero desde el punto de vista del hijo, independientemente de la liberación que significa suspender o privar de la patria potestad a un padre irresponsable, no parece clara la posibilidad de una indemnización.

Podría darse la posibilidad de que se cambie el ejercicio de la patria potestad sobre los bienes de los hijos, su responsabilidad sobre la persona que se da en ellos, para que esto fuera diferente, también puede lograrse si tomamos en cuenta el artículo 1916 del Código Civil que consigna el daño moral, porque evidentemente los que ejercen la patria potestad pueden afectar la persona del menor en sus sentimientos, a efectos, creencias, decoro, reputación, vida privada, configuración y

aspecto físico y en la consideración que de sí misma tienen los demás, lo que originaría una indemnización.

2.4. FUENTES.

Los modos de adquirir la patria potestad según Ricardo Sánchez Márquez son tres: la procreación, la legitimación y la adopción. Para la maestra Sara Montero Duahalt la única fuente es la filiación sea matrimonial, extramatrimonial o civil. Para nuestro derecho vigente la legitimación no puede ser fuente, pues esta figura fue derogada del Código Civil para el Distrito Federal el 25 de mayo de 2000.

La filiación, en sentido general, es el vínculo jurídico entre los progenitores y sus hijos. Este vínculo crea derechos y obligaciones recíprocas, dando lugar a un "estado jurídico" entre ambos. Por "estado jurídico" debemos entender "una situación permanente del hombre que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación, se continuarán produciendo esas consecuencias".⁶⁵

Entonces, podemos entender que en la filiación, esa situación permanente es reconocida por el derecho con motivo de la procreación, para conservar los vínculos entre padres e hijos.

Cualquiera que sea el tipo de filiación que se establezca, uno de sus efectos siempre será el ejercicio de la patria potestad.

El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal señala como supuestos de la que llamamos filiación matrimonial, son los siguientes:

⁶⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I.17^a. Edición. Editorial Porrúa. México. 1980. p. 433.

"...

I. los hijos nacidos dentro del matrimonio;

y

II. los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya prevenga esta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Ese término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

Por matrimonio se puede entender "El contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos".⁶⁶

"La unión válida de un hombre y una mujer celebrada conforme a las leyes del estado y ante un magistrado civil, o la declaración de voluntad de contraer matrimonio prestada ante un magistrado civil y la situación jurídica creada por este acto".⁶⁷

Carlos José Álvarez citado por Chávez Asencio Manuel nos dice que es "La Unión legítima indisoluble del hombre y la mujer con el fin de procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse de los esposos recíprocamente en la vida."⁶⁸

⁶⁶ DE DIEGO, citado por JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo V. Volumen I. 10ª. Edición. Editorial Reus. Madrid. 1983. p. 200.

⁶⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. p. 70.

⁶⁸ Ídem.

El matrimonio como acto constitutivo, es un acto jurídico conyugal, en el que intervienen, además, la voluntad del juez del registro civil para constituir el vínculo conyugal, el que se traduce en el matrimonio-estado como comunidad íntima y permanente de vida, de un hombre y una mujer en orden al amor conyugal, la promoción humana de ambos y la procreación responsable.

Con base en esto podemos decir que el matrimonio es un compromiso jurídico, público y permanente de vida conyugal.

Al señalar este concepto el matrimonio es un compromiso jurídico constitutivo, es decir, el matrimonio-acto, como acto plurilateral y mixto que le da el carácter de público la participación del representante oficial en la celebración de la boda. Al señalarlo como permanente se quiere significar que es intrínsecamente indisoluble, porque los cónyuges por sí mismos no pueden disolverlo, se requiere, necesariamente, la resolución de una autoridad, bien sea el juez de lo familiar en el divorcio judicial ya se ha voluntario o contencioso, o el juez del Registro Civil en el divorcio administrativo. Cuando se califica el compromiso de vida conyugal se hace referencia al matrimonio-estado, es decir, a la comunidad de vida que tiene un calificativo del conyugal por los deberes, derechos y obligaciones que se generan, y son necesarios para el cumplimiento de los fines objetivos del matrimonio: amor conyugal, procreación responsable y la promoción humana de ambos consortes.

En el matrimonio se comprende en lo relativo a la paternidad responsable y planificación familiar. Entendiendo por paternidad responsable el deber del padre y de la madre de comunicar la vida en plenitud, que comprende la procreación y todo lo necesario para lograr un desarrollo físico, mental económico, cultural, social y religioso de los hijos. Por planeación familiar que el derecho de determinar el número y espaciamiento de los hijos, y todo lo relativo a la familia, su desarrollo y cumplimiento de sus propios fines.

La paternidad responsable se refiere, no sólo a la procreación, sino también al sostenimiento, educación y atención del hijo. Por la patria potestad los padres son responsables de la guardia y educación de los menores. Su ejercicio debe realizarse de común acuerdo entre marido y mujer, y ambos son responsables de los resultados, de tal manera que uno no puede ni debe delegar esta responsabilidad en el otro. La patria potestad se ejerce respecto de los hijos menores de edad y los padres son responsables de los hijos hasta su mayoría y deben inculcarles hábitos honestos y morales que los hagan buenos ciudadanos. La violación de este deber puede traer como consecuencia el divorcio, cuando se ejecutan actos inmorales por el marido y la mujer con el fin de corromper a los hijos o no se cumple la responsabilidad plena de padres en cuanto al deber alimentario y educativo.

Cabe destacar que ya no hay ningún término en el supuesto de la celebración del matrimonio para que los hijos se presuman de los cónyuges.

En todo caso, lo importante es que serán los cónyuges los que adquieran la patria potestad sobre sus hijos nacidos según los supuestos anteriores.

Otro supuesto para establecer la filiación es el reconocimiento hecho por el padre, la madre o a ambos; y por la sentencia ejecutoriada que así lo declare, según dispone el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal.

“El concubinato se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados; de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer, cuya significación propia y concreta no se limita sólo a la unión carnal no legalizada, sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio. Es una comunidad del hecho que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio”.⁶⁹

⁶⁹ Íbidem. p. 281-282.

Estamos ante el supuesto de que los padres no se encuentren casados, en cuyo caso deberán reconocer a su hijo por alguno de los modos previstos en el artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal, así será establecida la filiación, lo que dará lugar al ejercicio de la patria potestad.

Son muchos los supuestos que de este punto se desprenden, basta decir para nuestro tema, que si es sólo uno de los padres quien hace el reconocimiento, sólo para él se producen los efectos, por lo tanto, sólo el ejercerá la patria potestad.

Cuando el padre y la madre no vivan juntos y realicen el reconocimiento, ambos ejercerán la patria potestad, pero tendrán que ponerse de acuerdo sobre la guarda y custodia del menor, que es una cuestión diferente a la patria potestad.

En el supuesto anterior si el reconocimiento es hecho sucesivamente, el primero que lo haga tendrá la guarda y custodia y ejercerá la patria potestad; una vez que el segundo realice el reconocimiento, ambos la ejercerán, aunque la guarda y custodia que de con el primero, salvo que convengan lo contrario.

La adopción, que origina la filiación civil, es otro modo de adquirir la patria potestad.

La palabra adopción viene del latín *adoptio*, y *adoptar*, de *adoptare*, de *ad* y *optare*, desear (acción de adoptar o prohijar). El recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. Esta se puede definir diciendo "que es aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima".⁷⁰

⁷⁰ PIUG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo II. Volumen II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1990. p. 170.

El Código Civil para el Distrito Federal sólo reconoce la adopción plena, que equipara al adoptado a un hijo consanguíneo, reconociéndole todos los derechos, deberes y obligaciones que tal calidad le concede, respecto de él o los adoptantes y su familia. Se extingue la filiación con sus progenitores originales y la familia de éstos, subsistiendo sólo para los impedimentos de matrimonio.

Uno de los requisitos para que se dé la adopción es el consentimiento del que ejerce la patria potestad sobre el menor que va a ser adoptado, según señala la fracción I del artículo 397 de dicho código. Pero el artículo 410-B del mismo ordenamiento, señala que deben otorgar su consentimiento el padre o la madre del menor, excepto en aquellos casos en los que exista una declaración judicial de abandono en contra de éstos.

Esos requisitos son importantes porque el o los adoptantes ejercerán la patria potestad sobre el adoptado, poniéndola aquellos que originalmente la tenían.

2.5. SUJETOS QUE INTERVIENEN.

Se debe recordar que se está siempre presente la moral, que proclama que los padres están obligados a procurar a sus hijos todo lo necesario para el sustento, vestido, educación y prepararlos para su inserción en la comunidad. Los deberes a los que me refiero es que tienen un profundo contenido moral, y también están sensiblemente influidos por la moral, las obligaciones de los padres que tienen para con los hijos en el aspecto económico.

Nuestro código civil señala que quienes la ejercen tendrán bajo su cuidado la guarda y educación de los menores y en el aspecto económico la administración de los bienes, y la representación del menor, buscando en todo el desarrollo integral de éste.

La patria potestad sobre los hijos del matrimonio se ejerce por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos, y por el abuelo y la abuela maternos como lo establece el artículo 414 del código civil.

“Esta responsabilidad solidaria del padre y la madre y de los abuelos paternos y maternos, surge en la Ley sobre Relaciones Familiares en su artículo 241. Antes, en el Código de 1884, se establecía que la patria potestad se ejercía en el orden del artículo 366 que establecía y que comprendía, en primer lugar, el padre, después la madre y a continuación el abuelo paterno y el abuelo materno y si no hubiere los abuelos, seguirían la abuela paterna y la materna”.⁷¹

Es decir, hasta antes de la Ley sobre Relaciones Familiares la patria potestad era ejercida por una persona o sea el padre, y solamente que ésta no pudiese o hubiera perdido el derecho o se hubiere excusado los términos legales, entraba en funciones otra persona. Actualmente está ya no es así es por pareja, o sea la madre y el padre, lo que se considera más conveniente toda vez que se recibe una educación de padre y madre, es de un hombre y una mujer que van formando más adecuadamente a los menores y les dan cada quien su punto de vista respecto de la patria potestad que cada uno puede desempeñar.

Como se puede ver en el artículo, se habla de un ejercicio conjunto, se maneja el ejercicio de la patria potestad en común, por ser más conveniente para el menor, sin embargo se pueden delegar algunas funciones a una de las partes, aunque esta delegación no es plena porque sería como una renuncia, un ejemplo de esta delegación es en cuanto a la administración de los bienes del menor.

“La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio la ejercerán el padre o la madre que lo haya reconocido, y en el caso de que vivan juntos, la patria potestad y la custodia del hijo será ejercida por ambos. Y aunque no vivieran juntos y

⁷¹ Chávez Asencio, Manuel. Op. Cit. p. 281.

lo reconocen en el mismo acto, la patria potestad será ejercida por ambos progenitores; pero convendrán quién de ellos ejercerá la custodia del hijo, los padres tienen que ponerse de acuerdo para elegir a la persona quien detendrá la patria potestad. En caso de que no llegaran a un acuerdo, el juez de lo familiar, oyendo a los padres y el ministerio público, resolverá sobre lo que creyera más conveniente a los intereses que el menor necesitara".⁷²

Si se da el caso en que los padres no vivan juntos y el reconocimiento se efectúa sucesivamente, la patria potestad corresponde no obstante a ambos consortes y la custodia del hijo pertenece a la que primeramente lo hubiera reconocido, salvo que existiera un acuerdo o un convenio en contrario entre los padres y siempre que el juez de lo familiar no juzgara conveniente modificar el convenio, ya sea por causa grave, con audiencia de los interesados y del ministerio público.

Cuando faltan los padres la patria potestad la ejercen los abuelos, estableciendo el juez de lo familiar el orden para ser llamados a ejercerla.

Por lo que hace a los hijos adoptivos, ejercen la patria potestad sólo las personas que lo adopten.

Los menores de edad que estuvieran bajo la patria potestad y sean padres, ejercen ésta sobre sus hijos sin necesidad de contar con la aprobación de sus padres, aunque nuestra legislación no aclaren nada al respecto; se puede dar el caso de que la patria potestad la agencia uno sólo debido a la condena de la pérdida o suspensión de la patria potestad, aun cuando exista matrimonio.

⁷² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. p. 700.

2.6. DERECHOS Y OBLIGACIONES.

Por lo que respecta a los hijos y a los progenitores se hará referencia a los derechos y obligaciones a los que están sujetos cada uno de ellos.

2.6.1. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad no significa un poder o una potestad sobre el hijo, ya que éste tiene dignidad y libertad; tampoco significaría potestad sobre los bienes del mismo, pues la administración y dominio de los bienes de los hijos se encuentran limitados por la ley. Se trata de una relación jurídica entre personas, aun cuando una de ellas sea menor de edad y se encuentra en una situación de subordinación, en tal caso los deberes son diversos, pero relacionados porque los sujetos están en distinta situación o línea: son desiguales. Ya que el padre que educa y administra necesariamente dará órdenes o reprimirá, y requiere de la otra parte es decir el hijo, que sea obediente y que lo acepte. Las prestaciones son diversas, pero relacionadas, por lo que se exige en la medida que se hacen necesarias para la educación del menor.

A quienes corresponde la responsabilidad filial son a los hijos habidos en el matrimonio, a los hijos fuera del matrimonio reconocidos y a los hijos adoptivos. Pero deben reunir ciertos requisitos que son:

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. Esto es, que existan los progenitores o en ausencia de ellos, los abuelos paternos y maternos.

d) Que exista reconocimiento. En relación a los hijos fuera de matrimonio, es el reconocimiento de uno o de ambos para que exista la relación paterno filial.

Hay que tomar en cuenta que la asistencia y la relación jurídica familiar son recíprocas, esto quiere decir que tanto los padres como los hijos están obligados a los deberes y derechos que les corresponden a cada uno.

Por tanto se debe de tomar en cuenta que el ejercicio de la patria potestad siempre se hace en beneficio del hijo, pero no en una forma discriminada, sino de acuerdo a su personalidad.

A continuación haré mención a los derechos y obligaciones a los que están sujetos a la patria potestad:

1) Custodia.- Por lo que respecta a la custodia y al cuidado del menor, es un deber de los padres, éstos tienen que cuidarlos y vigilarlos.

“La guarda que se tiene de un hijo corresponde al derecho de que habite en la casa de los padres. El padre o padres, que son guardianes de los hijos, pueden obligarlos a que habiten con él o con ellos e inclusive cuando exista o se de el caso en que se vayan de éste lo pueden hacer volver por medio de la fuerza pública. Aquel menor que no sea emancipado no tiene ningún derecho para abandonar el domicilio de sus padres, excepto cuando este haya cumplido 18 años”.⁷³

⁷³ Chávez Asencio, Manuel. Op. Cit. p. 290.

Al hijo le corresponde como derechos, ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, tener el derecho a un nombre, conocer a sus padres y por tanto ser cuidado por ellos.

Tienen derecho para habitar con sus padres en el domicilio conyugal de éstos. Por otro lado también tienen la posibilidad de exigir la custodia por parte de los que ejerzan la patria potestad, pero la custodia que se exigirá debe de ser con el cuidado y el esmero que requiere la relación íntima paterno-filial.

Dentro de la custodia están comprendidos otros deberes y derechos correlativos a la relación paterno-filial como son los siguientes:

1.1.) Convivencia.- "Es una natural consecuencia de la función de la patria potestad, esto es, una consecuencia del deber de cuidado y custodia; para lograr una estabilidad emocional y personal del menor como sería darle afecto, calor humano, presencia personal y un respaldo espiritual".⁷⁴

La obligación que corresponde al menor a lo explicado es a responder en la medida en que su edad y madurez lo permitan, pero tiene el deber de procurar que la convivencia familiar se logre con afecto, el calor humano, la presencia personal y el respaldo espiritual como se menciona anteriormente.

Corresponde al hijo el derecho de ser respetado en su persona y en su intimidad, necesarios para que se logre la convivencia familiar.

1.2.) Protección a la persona.- Es también parte de la custodia, porque aquí lo que se busca es proteger al menor frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral.

⁷⁴ Íbidem. p. 291.

Aquí el deber para el hijo de aceptación y respeto de la protección que le es brindada por los progenitores; en cuanto a sus facultades, son recíprocas, ya que a los padres les corresponde el derecho de cuidarlo y amonestarlo y al hijo el de ser protegido.

1.3.) Vigilancia de sus actos.- Dentro del deber de la guarda va innato el derecho de vigilancia, por lo cual los padres deben responder de las consecuencias que son dañosas en las que hayan incurrido sus hijos, cuando estas se refieran a las fallas de vigilancia. Por lo que respecta a este punto el Código Civil hace referencia en su artículo 1919 el cual dice:

“Los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos”.

Por otra parte el artículo 1922 del Código Civil agrega que:

“Ni los padres ni los tutores tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados”.

Este deber de vigilancia es para la formación de los hijos. Se les vigila en la familia y fuera de ella, no sólo para evitar daños sino en plan de promoción humana.

A los hijos les corresponde la obediencia y respeto como deberes para evitar la responsabilidad de los daños con cargo a quienes ejerzan la patria potestad; y como derecho a ser protegidos.

1.4.) Reintegración de la custodia. Se puede dar el caso de quien esté ejercitando la patria potestad sea privado de la custodia del menor. Por tanto, debe recuperar al menor para poder cumplir su función que es obligatoria. Independientemente de que quién priva al padre de su hijo puede cometer un delito, quien ejerza la patria potestad tiene acción para obtener del juez la restitución de la custodia del menor.

Por lo que respecta al niño tiene el derecho de convivir con sus padres y no ser separado de sus parientes contra la voluntad de éstos, lo que implica también un derecho de los padres a conservar la custodia del hijo. Sólo podrá lograrse la separación por resolución judicial que lo determine, esto es de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, de tal forma que la separación sea necesaria para el interés superior del niño, tal como lo expresa el artículo 9 de la convención de los derechos del niño, que agrega, como ejemplo, el caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

1.5.) Desmembramiento de la custodia. Aquí se da una situación en la que ambos consortes, que son los padres, tengan la custodia, al igual que es normal que los concubinos la tengan. Existen también situaciones especiales por las cuales, o bien uno de los consortes se vea privado de la custodia por sentencia o que alguno de ellos la tenga por ausencia o muerte del otro. También se presenta el caso en

relación al hijo que está fuera del matrimonio, y que fuere reconocido por uno de los padres en primer lugar, y que no vivieran juntos.

2) Educación. En este deber de educación sobre los hijos implica el deber y el 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 una utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea también incluye la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que van a influir sobre sus inclinaciones en la vida.

Castán Vázquez citado por Chávez Asencio Manuel, señala que "el deber de los padres de educar a los hijos es de derecho natural. Básese, al igual que la patria potestad misma, en la naturaleza, que atribuyó a los progenitores la misión de formar a los hijos que procrean. Como con la doctrina tomista dice que García Hoz, el padre, por ser principio de generación, es asimismo un principio de educación para sus hijos. De ahí que los moralistas estudien la educación como un deber de los padres".⁷⁵

Pero este deber es, al mismo tiempo un derecho, constituyendo así una de las funciones que son poderes-deberes integrantes de la patria potestad.

Frente a una comunidad y frente al Estado, es donde la patria potestad se puede contemplar como un derecho público subjetivo, dentro de los derechos humanos, y con base en él se puede afirmar el derecho a seleccionar y elegir la educación que corresponda dar a sus hijos y para exigir del Estado que proporcione las escuelas suficientes, etc. Es un derecho del que se proclama su inviolabilidad, pues los padres son los principales y primeros educadores de sus hijos, es por ello en donde se ve más claramente que existe la necesidad de señalar que no existen esos poderes-derechos, o deberes-derechos, puesto que en la relación jurídica

⁷⁵ Íbidem. p. 296.

paterno-filial existe en deberes y derechos recíprocos, al igual que en toda relación jurídica y no se necesita crear una nueva figura del deber- derecho para hacer posible que los padres cumplan su deber. Ese deber se deriva de la relación jurídica entre particulares o sea padres e hijos en la cual existen también derechos recíprocos.

Por tanto al hijo le corresponde el deber de respeto y obediencia, como respuesta a su responsabilidad filial. Ese deber filial, está implícito en el artículo 411, que previene que en la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutua; por tanto si existe el deber de los padres a educar, de expedir órdenes y ejercer la autoridad, como respuesta en esta relación jurídica, este deber de obediencia de los hijos, quienes reconocen la autoridad de sus progenitores.

Existen también derechos recíprocos. Por un lado de los hijos, a obtener su formación integral total y de los padres, a lograr la obediencia.

2.1.) Moral. Esta comprende la orientación en relación a su conducta, que significa señalar el camino para lograr una conducta moral. Trasmitir los valores éticos de la familia y de la comunidad según la cultura de cada país. Por tanto corresponde al hijo el deber de atender y escuchar las orientaciones del padre, y derecho a que se respete su vocación.

2.2.) Religiosa. La educación comprende la religiosa como lo expresa el artículo 24 Constitucional que previene, que todo "hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley " que se "celebran ordinariamente en los templos". Desafortunadamente en México, debido a las luchas religiosas, el gobierno se ostenta ateo y ajeno a cualquier religión, y el artículo 3º Constitucional, que hace referencia a la educación

que imparte el Estado, dice que "se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa". Pero es derecho indudable de los padres de dar la educación religiosa lo que está protegido en la propia constitución.

Está reconocida universalmente la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. En relación al niño, el artículo 14 de la Convención de los Derechos del Niño lo garantiza, y, además, se establece que los Estados partes "respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los tutores de impartir dirección al niño en el ejercicio de su derecho conforme a la evolución de sus padres".

2.3.) Trabajo. Este se refiere al trabajo del menor en los servicios que debe ser en la casa, de acuerdo con sus posibilidades y de acuerdo con su edad, respetando siempre las normas existentes en esta materia. También se refiere a la educación profesional, que requiere proporcionar una orientación en esta materia, lo cual comprende el deber de los padres de enviar a sus hijos a las escuelas, para la educación primaria, secundaria y superior, para proporcionarle algún oficio, arte o profesión adecuada a sus circunstancias personales.

También corresponde a los hijos aprovechar y aceptar las orientaciones en materia de trabajo y respetar las decisiones de los padres en este aspecto.

3) Testimonio. Es muy difícil que los padres logren una educación y promoción del hijo, si no dan ellos mismos testimonio; por eso nuestra legislación establece como un deber "observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo". Los hijos deben honrar a sus padres como responsabilidad filial; y el respeto está consignado en el artículo 411 del Código Civil y aquel significa el acatamiento, la aceptación de la función y autoridad de los padres.

4) Por lo que respecta a la personalidad se ha encontrado que en el ordenamiento jurídico positivo existe un conjunto de normas tendentes a proteger la

vida, la libertad, la integridad física y el honor de la persona. Por eso nuestra Constitución así lo establece en las distintas garantías individuales. Por ello debemos tomar en cuenta que el hombre constituye el centro y el eje del sistema jurídico. El derecho se refiere a la persona y a sus relaciones con los demás, por lo tanto, debe tutelar a la persona y sus manifestaciones, cualidades y proyecciones. Existen diversos bienes que tutela el derecho, bienes patrimoniales, económicos y no económicos, dentro de los cuales figura los de la propia persona, llamados derechos de la personalidad.

Sobre esto el profesor de Castro citado por Chávez Asencio Manuel, dice que "el ejercicio de los llamados derechos de la personalidad corresponde a la misma, y el representante legal no podrá siquiera, sin especial razón impedir su ejercicio; el padre podrá sólo oponerse al ejercicio de aquellas facultades personales que puedan razonablemente redundar en perjuicio del menor, pues ello entra en la esfera de su poder y ejercitar los derechos de valor económico que resulten de elegirse de un derecho personal, por ejemplo: de autor, inventor, indemnización por lesiones en derecho a la personalidad. Otros autores, sin advertir esos matices, exponen como deberes a derechos de los padres de algunas funciones relacionadas con derechos de la personalidad del menor".⁷⁶

En nuestro derecho, la reforma que le hicieron al artículo 1916 del Código Civil permite incorporar estos derechos de la personalidad, donde por daño moral:

"Se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien de las

⁷⁶ Íbidem. p. 301.

consideraciones que de sí mismas tienen los demás".

En relación a todos estos derechos de la personalidad, existen situaciones en que se involucran a quienes ejerzan la patria potestad y también de los que están sujetos a ella:

4.1) Derecho al nombre. Para el hijo existe el derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos de quienes lo reconozcan y también le corresponde el deber de respetar el apellido familiar.

4.2) Derecho a la imagen. Aquí los autores hacen una referencia a que este derecho es en relación a las fotografías; se discute el derecho del hijo menor a posar ante el fotógrafo y a que se divulgue su retrato por quien lo fotografíe; se hace mención, especialmente, a fotografías pornográficas o inmorales, que se hacen de menores y su edición en postales ilustradas o revistas.

Los menores tienen derecho a su configuración y aspecto físico; por tanto respeto a su persona.

4.3.) Derecho al honor. A este respecto se hace referencia en el artículo 1916 del Código Civil, al contener disposiciones relativas al daño moral. El honor puede ser afectado, y como daño moral puede exigirse su reparación mediante indemnización en dinero. El derecho al honor es, un derecho subjetivo y absoluto de la persona, ya que esta lo tiene desde su nacimiento y por el hecho del mismo. El padre tiene que obrar contra quienes lesionen el derecho de honor del hijo sujeto a su patria potestad. A los padres les corresponde velar y cuidar por sus hijos y éstos tienen el derecho subjetivo a su honra.

4.4.) Derecho a la privación de la correspondencia. Aquí los padres pueden intervenir la correspondencia que sus hijos reciban o que éstos escriban; por lo tanto, no existe respecto a los menores el secreto y la inviolabilidad de la correspondencia.

Es indudable el derecho de los hijos a la privacidad de su correspondencia, pero mientras sean menores les corresponde el deber de informar a sus padres sobre lo que escribieron o recibieran, para facilitar su educación y evitar influencias extrañas y perjudiciales.

El artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño previene que "los Estados partes reconocen el derecho al niño a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra a su reputación". En estos casos el niño tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Sobre esto el artículo 16 Constitucional garantiza que " nadie puede ser molestado en su persona, familiar, domicilio, papeles y posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

Respecto a los ataques ilegales a la honra y reputación el Código Penal vigente sólo considera ya como tal la difamación. La difamación tiene por objeto proteger la reputación o fama que justa o injustamente goza una persona. Por lo tanto se entiende por difamación la comunicación dolosa a una o más personas, la imputación que se hace de otra persona física, o persona moral en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonor, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio de alguien.

5) En relación al matrimonio. Para los menores existen deberes y facultades recíprocas. Los menores de edad tienen el derecho de obtener el consentimiento de

sus padres, y en caso de que lo niegue o revoquen, pueden acudir al juez de lo familiar; pero también tienen el deber de atender la decisión y el consejo de los padres en relación al matrimonio que pretenden contraer.

6) Obligaciones y derechos. Por lo que respecta a la relación económica patrimonial que existe entre padres e hijos se establece, fundamentalmente, la administración de los bienes y la representación del menor no emancipado como son:

6.1.) Alimentos. Dentro del título de la patria potestad no se encuentra referencia a los alimentos, lo cual no significa que no exista esta obligación con cargo a los progenitores que ejerzan la patria potestad. Esta obligación es una de las principales que existen en la relación paterno-filial con cargo a los padres de dar alimentos a sus hijos y de éstos a aquéllos. La educación de los hijos no se realiza sin gastos, siendo éstos a cargo de los padres; la carga económica es la más pesada de las que deben soportar los padres; por lo tanto son insignificantes los cuidados que requiere la persona del hijo y no se puede comparar. Cuando existe una familia numerosa, la carga de sostenimiento y educación de los hijos es agobiadora para los padres.

El deber de alimentar a los hijos menores es proclamado por la moral y exigido en las legislaciones positivas. Esta obligación, a la vez que moral es jurídica. Sin embargo, durante la minoría de edad el deber alimenticio de los padres para ellos es unilateral, puesto que los hijos no están obligados a prestar recursos económicos a aquellos.

Para esto existen características respecto a los alimentos las cuales son:

6.1.1.) Recíproca. Esto significa que la obligación alimenticia es recíproca entre padres e hijos. Corresponde a los hijos dar alimento a los padres cuando éstos lo necesiten.

6.1.2.) Solidaridad. La patria potestad se ejerce por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos y maternos. Existe solidaridad entre ellos, los hijos, gozan de la presunción de necesitar alimentos, y podrán demandar los aseguramientos de los bienes para hacer efectivos estos derechos.

6.1.3.) Persiste el deber cuando los padres pierden la patria potestad. Aún en los casos de suspensión, pérdida o terminación de la patria potestad, la obligación alimenticia persiste; es algo que se deriva de la solidaridad humana y familiar, y el necesitado siempre puede ejercer el derecho para recibirlos.

6.1.4.) Importe. Esta obligación comprende todo lo que el artículo 308 del Código Civil consigna, como son: la comida, el vestido, la habitación y asistencia en los casos de enfermedad. Respecto de los menores son, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte, profesión adecuada a sus circunstancias personales.

Su importe se determina en proporción a la situación del deudor y las necesidades del acreedor alimenticio. El artículo 311 del Código Civil nos dice que han de ser proporcionadas a la posibilidad del que debe de darlos y a la necesidad del que debe de recibirlos.

6.1.5.) Sanción. El padre o la madre permanecen obligados al sostenimiento, es obligación civil que puede exigirse mediante la acción correspondiente ante los tribunales familiares competentes. Existen en el caso en que el delito de abandono de personas prevista en el Código Penal que previene que el que abandonen a un

niño incapaz de cuidarse asimismo o a una persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlos, se le va a aplicar la sanción correspondiente, sino resultara algún daño, privándolo, además de la patria potestad o de la tutela si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

2.6.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad no es un poder que se impone a los sujetos a ella. Los deberes integran la relación jurídica, dentro de la cual se tienen también derechos recíprocos; a un deber de quienes ejercen la patria potestad corresponde otro deber de los hijos y ambos tienen derechos para exigir mutuamente el cumplimiento de los respectivos deberes.

Cuando se habla de la guarda o custodia se señala que no es una potestad que se reconozca a los padres en forma autónoma, sino que se les otorga en función del cumplimiento del deber de educación y es el gran deber que presiden las relaciones entre padres e hijos.

Cicu citado por Chávez Asencio Manuel nos dice que "en la patria potestad la relación entre padre e hijo se apoya sobre el momento del deber: lo reconoce la doctrina cuando dice que el derecho de patria potestad se apoya sobre el deber, que es el medio para cumplir un deber; que el deber es aquí la causa principal y el derecho no existe más que en gracia del deber; que el derecho está atribuido como consecuencia a un deber jurídico preexistente; que es la idoneidad para observar las obligaciones la que constituye el verdadero fundamento de la atribución de los derechos. Y agrega que la doctrina se refiere aquí siempre a un derecho, pero no al derecho correspondiente al deber; esto es, a un derecho del hijo; sino, por el contrario, al derecho del mismo progenitor".⁷⁷

⁷⁷ Íbidem. p. 284.

De esto resulta que la doctrina reconoce en el progenitor aquella conciencia de derecho y deber pues se ha visto que es la característica de las relaciones de derecho público. Pues la misma se realiza por la preeminencia que en la relación tiene, frente a la voluntad, el momento de la finalidad; de manera que el imperativo jurídico en lugar de plantearse en términos si quiere alcanzar este fin de observar estas normas, se plantea, en cambio, en estos otros: debe alcanzar este fin observando estas normas. Es claro que aquí es originaria y fundamental la afirmación del deber; mientras que el derecho no es más que consecuencia, medio para cumplir el deber.

Se trata de una relación jurídica entre personas, que lo son los progenitores y sus descendientes, a padres e hijos, y que ambos son sujetos de derecho, pues de lo contrario no podría haber relación jurídica alguna.

Tratándose de una persona que tiene su propia dignidad y es sujeto de deberes, derechos y obligaciones no debe imponérsele la potestad del padre. Siempre debe respetarse a la persona, independientemente de su minoridad o incapacidad legal o natural. La protección que exige la sociedad y establece el derecho, no implica el predominio de una parte sobre la otra, sino el cumplimiento de una función que es la paternidad que se da en beneficio del menor de edad, o en su caso de la tutela del que tenga incapacidad legal y natural. Es una relación jurídica típica del derecho de familia.

Ambos deberes originan derechos recíprocos: de los padres, el determinar el domicilio y lograr que el hijo viva con ellos, y del hijo el derecho a que lo cuiden. El deber de educación, primordial en la patria potestad, reconoce el derecho de los padres para corregir y amonestar, pero no como consecuencia de un deber-derecho, sino como un derecho para lograr el respeto, obediencia y aplicación por parte de su hijo que son deberes con cargo a él.

Se debe tomar en cuenta que los deberes, con cargo a los padres, son obligatorios e irrenunciables y que corresponde exclusivamente a los que ejercen la patria potestad por tener la característica de ser personales es decir, ningún otro puede cumplir sus deberes. En relación a los derechos, éstos también corresponden a los que ejercen la patria potestad, para lograr el cumplimiento de los deberes a cargo de los hijos. Además, los derechos humanos que son innatos y naturales de quien ejerce la patria potestad y no derivan de hecho jurídico alguno, se oponen a todo el mundo, y el que ejerza la patria potestad puede exigir abstención de terceros y el cumplimiento de las decisiones o disposiciones que para su ejercicio decidan los padres o abuelos. Es decir, quienes ejerzan la patria potestad exigen el respeto de todos los demás y el acatamiento de las decisiones que tomen.

Los Estados partes, en este caso sería México, se comprometen a asegurar al niño protección y cuidado, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y, con ese fin, tomará las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Siempre respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impedirle, de acuerdo con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Deberán respetarse las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

Es por ello que existen deberes y derechos recíprocos, no es sólo deber de los padres atender la asistencia y la consideración en la relación jurídica familiar, sino que también depende de los hijos responder con los mismos deberes.

A continuación haré mención a los derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad:

1) Custodia. Nuestra legislación emplea los términos cuidado y custodia, es decir, la custodia debe ser con cuidado lo que significa la intensidad o la profundidad con que la custodia se debe dar en la relación paterno-filial. La custodia se da con solicitud, atención, amor y respeto a la personalidad del menor.

"Es una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades".

Amparo directo 2078/1974. Víctor Manuel Martínez Fernández. Agosto 15 de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Maestro J. Ramón Palacios Vargas. Tercera sala. Boletín No. 20. Semanario Judicial de la Federación, p. 61. Tercera sala. Informe 1975. Segunda parte. p. 116.

Por lo que respecta a los derechos, quienes ejerzan la patria potestad pueden fijar libremente su residencia que constituye el elemento para determinar el domicilio de la persona física o, el cual se reputa domicilio legal para el menor no emancipado en los términos de la fracción 1ª del artículo 31 del Código Civil y exigir, en los términos del artículo 421 del Código Civil; que mientras estuviere e hijos en la patria potestad no pueda dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Tratándose de cónyuges, ambos deben decidir sobre el domicilio conyugal y vivir juntos en el mismo. Adicionalmente el domicilio hace posible la custodia y cuidado. Corresponde al padre el ejercicio de la patria potestad con toda las facultades inherentes a la misma entre las que se encuentran de manera principal la de su guarda y custodia, para poder cumplir con los deberes y de ejercer las

facultades de la misma, es por ello necesario la convivencia cotidiana del menor bajo el mismo techo e interrumpidamente con el que la ejerce.

El deber de los progenitores es de cuidar y custodiar, corresponde a los hijos el deber de vivir en el domicilio de ellos.

1.1.) Convivencia. Su objetivo es lograr la estabilidad personal y emocional del menor, cuando ésta se da entre padres e hijos se desarrolla dentro de la relación familiar normal, pero no sufre algún cambio cuando hay crisis conyugal y el divorcio, y como consecuencia se da la separación de los progenitores. Surge, en este supuesto, el derecho de convivencia, llamado de visita en otras legislaciones nacionales y extranjeras; pues lo que se trata es precisamente la convivencia entre padres e hijos y no solo la visita, que puede ser una parte de la convivencia. Este derecho tiene su origen en la natural relación paterno-filial. Aquí el principal protagonista es el menor, lo son también el progenitor que no tiene la custodia y los parientes, sin señalar la ley a cuáles y qué grados se refiere.

1.2.) Protección a la persona. Los padres deben de proteger a su hijo ante cualquier peligro que amenazca su salud física y moral. En cuanto a las facultades, son recíprocas, pues a los padres les corresponde el derecho de cuidarlo y amonestarlo y al hijo el de ser protegido.

1.3.) Vigilancia de sus actos. Aquí los padres responden de las consecuencias que son dañosas y en las cuales su hijo ha incurrido a falta del cuidado de los padres, éstos deben de responder por los daños y perjuicios que sus hijos causen a otros, ya que ellos lo tienen bajo su cuidado. Este deber de vigilancia sirve para la formación de los hijos y por tanto se les tiene que vigilar dentro y fuera de la familia.

1.4.) Reintegración de la custodia. Aun cuando no existe acción expresa, nuestros tribunales reconocen el derecho del padre o de la madre para ejercitar la acción para recuperar o retener la guarda y custodia.

Es posible el ejercicio de la acción interdictal para recuperar la posesión de un hijo cuando el padre es despojado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: Primero, que se esté en posesión de los derechos del padre o hijo legítimo; segundo, que fuera despojado de esos derechos o perturbado en su ejercicio; y tercero, que ese despojo o perturbación se ejerza sin que exista sentencia previa, en contra del titular de ese derecho. Se podría decir, que en este caso no es materia de litis ante la autoridad judicial la comprobación de la maternidad o paternidad del menor, pues la acción esté encaminada únicamente a demostrar sólo la posesión de los derechos de padre o hijo legítimo, la privación o perturbación de esos derechos sin que exista sentencia previa.

Aun cuando no esté contenida como una acción específica, quien ejerce la patria potestad puede lograr que el juez de lo familiar lo auxilie para recuperar la custodia del hijo, a fin de que éste se reintegre en el hogar, haciendo uso de los medios de apremio en caso necesario, o bien obligando a quien lo tenga sin derecho devolverlo a los padres.

1.5.) Desmembramiento de la custodia. Es normal que tanto ambos consortes o concubinos tengan la custodia de sus hijos, pero existen algunas situaciones por las cuales los consortes pueden ser privados de esta; o cuando los hijos son fuera del matrimonio se del caso de que alguno de los padres lo reconozca primero y no vivan juntos.

2) Educación. El padre tiene el derecho de exigir la obediencia y el respeto al hijo, porque son deberes a cargo del menor, y no porque fuera necesario para el cumplimiento de su deber de padre.

Es un deber de los cónyuges que corresponde a ambos en igualdad de responsabilidad, según lo disponen los artículos 164 y 168 del Código Civil. Se ejerce por ambos padres o ambos abuelos cuando viven juntos. En caso de que se dé la separación, muy independientemente de que sean hijos de matrimonio o fuera de él, corresponde la educación al que tengan la custodia, en los términos del artículo 416, al ser quien ejerce la patria potestad.

Para la educación del menor en muchas ocasiones se necesita corregirlo, facultad que ésta expresamente consignada en la ley en favor de quienes ejercen la patria potestad. Establecida como un deber la educación del hijo, el artículo 423 del Código Civil previene que para lograrla los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos, pero también se agrega que deben observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo.

Con respecto a esto el artículo 423 del Código Civil, fue modificado en 1974. Este decía originalmente: " Los que ejercen la patria potestad tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente". Al suprimir el concepto castigo, aunque fuera mesurado, significa que la corrección a la que se refiere el actual artículo como derecho de los padres, impide a estos llegar a los golpes o amenazas como abusos que es usual observar en el trato con los menores. La corrección debe ser mesurada; debe tener como límite no ofender a la persona, ni dañar al menor. Fue adicionado, el 30 de diciembre de 1997, para precisar que la facultad de corregir "no implica infringir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física, psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 -ter de este código".

En el Código Civil no se establece el contenido y alcance de la educación. Según Kipp y Woff, "La educación es la influencia psíquica con el fin de formar su carácter y espíritu. El puro cuidado del cuerpo permanece al cuidado de la persona, pero no a la educación. A ésta pertenece todo lo espiritual pero también en tanto

cuanto se manifiesta en la dominación del cuerpo y en la costumbre de los buenos cuidados corporales".⁷⁸

Debemos precisar el término de educación para reservar a la escuela el término instrucción. Educar significa dirigir, encaminar, doctrinar, desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etcétera; es decir, se comprende la formación física y espiritual del educando.

El Código Civil en su artículo 422 dice que las personas "que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente". Esto es según el sexo, según la vocación; comprende la educación física, moral y religiosa y deben tomarse en cuenta las modalidades que le impriman las resoluciones que dicte este acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal. Esta ley se sustituyó por la que crea los consejos tutelares para menores infractores del Distrito Federal, la que a su vez fue sustituida por la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

2.1.) Moral. Los padres deben de orientar a los hijos para que logren una conducta moral esto es, deben de transmitir valores éticos para lograr una cultura.

2.2.) Religiosa. Aquí los padres pueden inculcarles a sus hijos la religión que más les convenga o la religión que ellos llevan aparejada, mientras está no constituya un delito o una falta penados por la ley.

2.3.) Trabajo. La relación con el trabajo, referente al trabajo de los menores fuera de la casa, en cuyo caso el concurso de los padres es requerido durante toda la minoría de edad del hijo, hasta que alcance la edad especial para que la libre

⁷⁸ Íbidem. p. 298.

contratación de trabajo pueda realizarse. Al respecto el artículo 22 de la Ley Federal del Trabajo prohíbe la utilización del trabajo de los menores de catorce años y de los mayores de esta edad y menores de dieciséis años, que no hayan terminado su educación obligatoria, salvo los casos de excepción que aprueben las autoridades correspondientes. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis años, pueden prestar libremente sus servicios con las limitaciones que establece la ley; pero necesitan la autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos, del sindicato a que pertenezcan, de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del inspector de trabajo o de la autoridad política, para la celebración de los contratos de trabajo.

Existe el derecho del padre de participar en la contratación de los menores de catorce años y menores de dieciséis años en cualquier relación laboral.

3) Testimonio. El padre tiene el derecho de exigir respeto y los hijos de exigir que los padres den un buen testimonio.

4) En relación a la personalidad. Existen normas tendientes a proteger la vida, la libertad, la integridad física y el honor de la persona como había mencionado anteriormente, para los que ejercen la patria potestad existen en relación a estos derechos de la personalidad ciertos aspectos como son:

4.1.) Derecho al nombre. Es deber de los padres casados dar su apellido al hijo, el que se asentará en el acta de nacimiento. Con respecto a los hijos fuera de matrimonio, se hará constar el nombre de quien lo reconozca, o ambos apellidos si los dos progenitores lo reconocen.

4.2.) Derecho a la imagen. Existe el deber de quienes ejerzan la patria potestad de cuidar la imagen de los que están sujetos a ellos. La facultad de los padres de proteger al menor cuando se afecte la persona, los intereses o bienes de este en relación a su imagen, debe ejercerse respetando la personalidad del hijo.

4.3.) Derecho al honor. A los padres les corresponde obrar contra quienes lesionen el derecho de honor del hijo sujeto a la patria potestad. Por tal caso cuando éste se ha agraviado con la imputación del delito o con expresiones acciones ejecutadas en su deshonran, el padre puede querellarse contra el autor del agraviado. Por tanto corresponde como deber a los padres de velar y de cuidar el honor de sus hijos, y éstos tienen el derecho subjetivo a su honra, y los padres la facultad de defenderla.

4.4.) Derecho a la privacidad de la correspondencia. Aquí los padres pueden intervenir la correspondencia de los menores no emancipados, cuando sea necesario, pueden revisar las cartas que reciban o que ellos escriban.

Debido a la obligación que tienen los padres de educar a los hijos convenientemente, en caso de que estos sospechen que se trata de alguna correspondencia que contenga algo negativo perjudicial para la educación del menor, podrá interceptarla y de esta manera actuar oportunamente para proteger al menor.

Existen deberes y facultades recíprocas. Es de notarse el derecho de los hijos a la privacidad de su correspondencia, pero mientras sean menores les corresponde el deber de informar a sus padres sobre lo que escribieron o recibieran para facilitar su educación y evitar influencias extrañas y perjudiciales. A los padres les corresponde la atención y respeto prudente de la correspondencia de los hijos, pero también el derecho de intervenir la misma en beneficio a sus menores.

5) En relación al matrimonio. Por lo que respecta a los que ejercen la patria potestad está el deber de otorgar el consentimiento, sino existe objeción fundada para que sus menores hijos, al alcanzar la edad apropiada, puedan contraer matrimonio, porque, también tienen la facultad de denegar el consentimiento, si tienen fundadas razones para ello.

6) Obligaciones y derechos. Los que ejercen la patria potestad se establece una relación entre padres e hijos y aquí la obligación para los padres es la administración de sus bienes y la representación de los menores que no han sido emancipados como son:

6.1.1.) Alimentos. Es una de las más importantes a las cuales los que ejercen la patria potestad, deben y tienen la obligación de alimentar a los hijos que tienen bajo su custodia.

6.1.2.) Reciproca. La obligación alimenticia es reciproca entre padres e hijos.

6.1.2.) Solidaridad. Existe la solidaridad entre los padres o entre los abuelos o entre quienes ejercen la patria potestad; por tanto los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos.

6.1.3.) Persiste el deber cuando los padres pierden la patria potestad. Cuando se de un caso por el cual el padre o la madre se han suspendidos o pierdan la patria potestad su obligación alimenticia seguirá existiendo.

6.1.4.) Importe. Aquí nos hace referencia a la comida, el vestido, la habitación y asistencia en casos de enfermedad; para sus gastos de educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuada, los padres son los que dan este importe para el sustento del menor.

6.1.5) Sanción. Los padres están obligados al sostenimiento del menor y esta obligación civil se sancionara por los tribunales familiares.

6.2.) Administración. Los que ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes del hijo. Los menores, aunque no tengan la plena capacidad, y pueden ser titulares de derechos y propietarios de bienes, pero existe la

carencia de la capacidad de ejercicio que les impide administrar y disponer de los mismos, por tanto requieren de la representación legal y facultad de administración y ésta la confiere la ley a los que ejercen la patria potestad sobre ellos. Esto es, se trata de una administración en nombre e interés del hijo. En tal caso el artículo 425 del Código Civil nos señala que son administradores legales; esto significa que no hay un contrato como origen, pues las facultades se basan en la propia naturaleza de la relación paterno-filial, y por la ley los que ejercen la patria potestad son administradores de los bienes de sus menores hijos no emancipados.

6.2.1.) Bienes del hijo. La obligación de administrar los bienes no comprende necesariamente la gestión de todo el caudal del hijo. Mientras esté sujeto a la patria potestad sus bienes se dividen en dos clases: bienes adquiridos por su trabajo y los adquiridos por cualquier otro título.

6.2.1.1.) Bienes adquiridos por su trabajo. Como lo expresa el artículo 428 del Código Civil el hijo puede tener bienes que adquiera por su trabajo y estos le pertenecen en propiedad, administración y usufructo.

Los hijos menores de edad no sólo tienen la propiedad, administración y usufructo de los bienes que adquiera por su trabajo, sino también la propiedad y administración de aquellos que por voluntad del padre o de la ley tenga. En relación a estos bienes, ya se ha que los administre por disposición legal, por voluntad del padre, se le tendrá como emancipado con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, para lo cual requiere autorización judicial.

6.2.1.2.) Bienes que adquiere por cualquier otro título. Estos pueden ser los obtenidos por fortuna, herencia, donación, etcétera; la propiedad y la mitad del usufructo pertenece al hijo y la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejercen la patria potestad.

6.3.) Facultades. El código civil contempla tres posibles facultades las cuales son: para pleitos y cobranzas, para actos de administración y para actos de dominio. La facultad de quienes ejercen la patria potestad no se limita sólo a un poder general para administrar bienes en los términos del contrato de mandato; por tratarse de una administración legal comprende, el poder general para pleitos y cobranza y también para ejercer actos de dominio. Esto es se trata de una representación legal que nace de la relación paterno-filial y no de un contrato.

Los que ejercen la patria potestad, para el cumplimiento de su responsabilidad tienen la facultad de administrar los bienes, la facultad de dominio con las limitaciones que el Código Civil nos marca que requieren autorización judicial, y también tienen la facultad de representar a los hijos que comprende las facultades para pleitos y cobranzas, es decir, se tienen las más amplias facultades en beneficio de los menores. Por lo tanto, puedan representarlos dentro y fuera de juicio, reconocer obligaciones, hacer transacciones, hacer enajenaciones, excepto las que sean prohibidas o que requieran una autorización judicial, disponer del dinero, a aceptar para sus hijos herencias, donaciones, etc.

Tienen también como obligación la rendición de cuentas, a diferencia de la tutela, no existe un periodo determinado para su rendición. Deben rendirla necesariamente cuando termine la administración, por concluir la patria potestad. También tienen la obligación de rendir cuenta cuando se le sea solicitada. Cualquier persona puede solicitar del juez familiar exigir a quienes administren, rindan cuenta; este mismo derecho lo tiene el menor cuando cumpla catorce años y el ministerio público lo autorice.

Otra obligación es la de entregar a sus hijos, después de que éstos se emancipen o que lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenezcan.

6.4.) Limitaciones. Las facultades para la administración legal del caudal de los hijos, que comprende bienes y derechos, no son absolutas, porque la ley las reglamenta y fija algunas limitaciones que son las siguientes:

6.4.1.) Administración judicial. La enajenación y el gravamen de los bienes inmuebles y muebles que le correspondan a los hijos, sólo puede hacerse previa autorización del juez competente y comprobando la absoluta necesidad o el evidente beneficio para el hijo como lo marca el artículo 436 del Código Civil.

El contrato de compraventa entre padre e hijo sólo se permite hacerlo en relación a los bienes que el hijo hubiera adquirido con su trabajo. En este caso se requiere también la autorización judicial porque se trata de un menor, como a quien el artículo 435 del código civil le hace aplicable lo dispuesto en el artículo 643 del mismo ordenamiento legal, en donde se previene que teniendo libre la administración de sus bienes, necesitan autorización judicial para enajenar, gravar e hipotecar sus bienes raíces.

El gravamen a que se refiere el artículo 436 del Código Civil comprende la hipoteca y la prenda. Para la cancelación del registro de gravámenes hechos en favor de los hijos, se requiere también sentencia judicial en los términos del artículo 3037 del Código Civil; pero en este caso ya no se necesita comprobar la absoluta necesidad o el beneficio del hijo, pues basta acreditar que ya no es necesario conservar el gravamen.

6.4.2.) Prohibición absoluta. Aquí se dan otros casos en los que no pueden realizarse ni con autorización judicial, y son los consignados en el segundo párrafo del artículo 436 del Código Civil. Está prohibido hacer donación con los bienes o derechos que le pertenecen al hijo. Con relación al arrendamiento, sólo está prohibido el arrendamiento por más de cinco años y también está prohibido recibir rentas anticipadas por más de dos años. La prohibición de vender valores

comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganado, se refiera a aquellas que se hicieran por menor valor del que se coticen en la plaza el día de la venta. Está prohibida la remisión voluntaria de los derechos de los hijos. También está prohibido contratar con los hijos menores, pues contraría el espíritu de la administración paterna y el artículo 436 del Código Civil.

6.4.3) Nulidad. Cualquier acto jurídico que se realizara contraviniendo los límites o prohibiciones antes expresadas, produciría la nulidad relativa del acto. La nulidad que se produce es relativa porque el hijo puede convalidar las operaciones prohibidas que el padre hubiera hecho.

6.5.) Unipersonal con participación. La patria potestad siempre se ejerce por el padre y la madre, por ambos abuelos paternos o ambos abuelos maternos. Pero puede también ejercerse por alguno de ellos, por haber sido privado el otro de la facultad de ejercerla, estar ausente o haber muerto. Cuando ambos ejercen la patria potestad, pueden existir conflictos y es más práctico y benéfico para el menor que uno de ellos sea quien realice la administración de los bienes. Como previene el artículo 246 del Código Civil que cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes sea nombrado por mutuo acuerdo; es decir, se trata de la administración unipersonal, el administrador tiene la obligación de consultar en todos los negocios a su consorte, y requerirá el consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Debe existir algún documento en el que conste quién es el administrador, pero siempre deben participar ambos en cualquier acto jurídico, toda vez de que se requiere el consentimiento de quien no administra. Por lo tanto, en la práctica, deberán siempre participar ambos, y el tercero debe exigir que ambos firmen, para hacer constar en esta forma la consulta y consentimiento del que no administra.

6.6.) Usufructo. Está es el derecho que tienen los padres que ejercen la patria potestad a disfrutar los bienes de los hijos sometidos a ella. El artículo 430 del Código Civil previene que corresponde a los que ejerzan la patria potestad, la administración y la mitad del usufructo de los bienes del hijo, excepto de aquellos que adquiriera por su trabajo. Se puede excluir del usufructo a los que ejercen la patria potestad, cuando así lo disponga el testador o el donante.

6.6.1.) Fundamento. Como hace referencia Planiol, estima que el usufructo legal de la renta del hijo es como compensación por las cargas que se tienen que soportar. "Este es el derecho de recibir los frutos, sin estar obligados a emplear las rentas del hijo en dar educación proporcionada a la fortuna de éste, pero las rentas del hijo pueden ser superiores a sus necesidades, aconteciendo frecuentemente que este derecho de usufructo se resuelve para los padres en beneficio anual considerable".⁷⁹

Actualmente la doctrina se inclina a aceptar el usufructo en beneficio de la familia y los fines familiares; este derecho real se basa en la unidad y solidaridad de la familia, es decir, padres e hijos están integrados en una misma familia, y los frutos y productos que se obtengan de los bienes de ellos deben estar ordenados al sostenimiento y prosperidad de la familia.

6.6.2.) Naturaleza. Se trata de un usufructo legal. El artículo 981 del Código Civil previene que el usufructo puede constituirse por la ley, por la voluntad del hombre, o por prescripción. En los términos del artículo 430 del Código Civil, se está ante la presencia de un usufructo que se constituye por disposición legal. Esto es el usufructo comprende toda clase de bienes y derechos, es decir, comprende cosas corporales como son los bienes muebles e inmuebles y las incorporeales como son los derechos reales y personales. Cuando recaen sobre cosas materiales, se ejerce

⁷⁹ *Íbidem*, p. 309.

la apropiación de los frutos o productos. Cuando recae sobre derechos, la apropiación es sobre los beneficios.

Este usufructo es una institución del derecho de familia, y por eso adquiere características peculiares que lo hacen diferente al usufructo ordinario. Su destino es la familia, la promoción y sostenimiento de la misma.

6.6.3.) Caracteres. Los fundamentales del usufructo son los siguientes:

6.6.3.1.) Está fuera del comercio. Cuando se les concede a los padres en virtud de la patria potestad, está vinculado a la misma y, por lo tanto, está fuera del comercio. No se puede considerar como un derecho patrimonial de quien ejerce la patria potestad, sino en beneficio de la familia. Este usufructo es inherente al ejercicio de la patria potestad que ésta fuera del comercio.

6.6.3.2.) Universalidad. Este comprende todos los bienes y derechos del menor, exceptuando aquellos que adquiriera por su trabajo.

6.6.3.3.) Es un derecho inalienable. Por constituirse sobre bienes y derechos del menor, otorgada únicamente a quienes ejercen la patria potestad, no puede enajenarse ni gravarse.

6.6.3.4.) Es Inembargable. Como expresa el artículo 544 fracción IX del Código de Procedimientos Civiles, queda exceptuado de embargo el usufructo, pero no los frutos de este.

6.6.3.5.) Liberación de dar fianza. El artículo 434 del Código Civil libera a los usufructuarios de la obligación de dar fianza, excepto en los casos en que quienes ejerzan la patria potestad hubieran sido declarados en quiebra, cuando contraigan

ulteriores nupcias o cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos.

6.7.) A quien corresponde. El usufructo corresponde a las personas que ejercen la patria potestad, es decir, a ambos padres, o a ambos abuelos, al padre y madre de los hijos fuera de matrimonio que conjuntamente la ejerzan, o individualmente al que la ejerza. Tratándose de hijos adoptivos, si los consortes fueron adoptantes, les corresponde a ambos; pero si el adoptante es soltero, sólo a él le corresponde.

6.8.) Extinción. El artículo 438 del Código Civil prevé tres causas por las cuales puede extinguirse, que son: por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos; por la pérdida de la patria potestad; y por renuncia, pues esta renuncia es una característica especial del usufructo, prevista en los artículos 431 y 432 del Código Civil. El primer artículo citado dice que los padres pueden renunciar a sus derechos a la mitad del usufructo, lo que deberá hacerse constar por escrito.

6.9.) Terminación de la administración. Termina al concluir la patria potestad en algunos de los siguientes supuestos que son: cuando se acaba la patria potestad como institución, pues ya no se requiere la administración de los bienes de quien es ya mayor de edad o está emancipado. Quien pierda la patria potestad deja de ser administrador. Es lo mismo para quien fue suspendido, en cuyo caso el otro cónyuge, abuelo o adoptante continuará con la administración. Al lograrse la excusa para ejercer la patria potestad, es lógico que la administración también termine.

Una disposición especial en el artículo 435 del Código Civil, que permite que quien ejerza la patria potestad entregue la administración de los bienes al hijo. Los padres entregan la administración de los bienes a sus hijos a partir de los catorce años, aplicando lo dispuesto por el artículo 441 del Código Civil, que establece en

esa edad la facultad para solicitar que el juez de lo familiar tome las medidas necesarias para impedir la mala administración de quienes ejercen la patria potestad; también debe aceptarse que el hijo está capacitado cuando hubiera adquirido otros bienes por su trabajo, en cuyo caso puede también entregársele la administración de todos aquellos bienes que hubiere adquirido por otro título. En esos casos termina la administración, aun cuando la patria potestad continúe.

Corresponde a los padres la administración de los bienes del hijo, como se ha expresado anteriormente, y como derecho de los hijos está el que éste se le rindan cuentas de la administración, que se tomen las medidas de protección, y recibir, al terminar, los bienes y sus frutos. Como derecho del padre ésta el usufructo, que es en cierto modo una retribución, aun cuando en la actualidad y de acuerdo con la filosofía actual de la patria potestad, el beneficio corresponde a la familia.

6.10.) Representación. Los hijos menores de edad son sujetos de derechos, pero para su ejercicio necesitan de quienes ejerzan la patria potestad, quienes son sus legítimos representantes. Los menores no pueden comparecer en juicio, ni contraer obligaciones sin expreso consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad.

Los progenitores ejercen la patria potestad del menor, y por tanto lo representan. La representación continúa hasta la terminación, cuando se extinga la misma, se pierda o se suspenda del ejercicio de la patria potestad. Está comprende a las personas menores no emancipados y a sus bienes y derechos.

Los que ejercen la parte potestad, deben actuar conjuntamente en la representación, excepto en la administración de bienes en cuyo caso será uno quien administre los bienes de acuerdo al artículo 426 del Código Civil. También existe la posibilidad de que los padres se pongan de acuerdo para poder representar en juicio al menor.

6.10.1.) **Facultades.** Estas son amplias y generales, se refieren a las personas y a sus bienes, en cuanto a las personas; comprenden todo lo relativo al cuidado y la atención para cumplir los deberes de quienes ejercen la patria potestad.

Por lo que respecta al aspecto matrimonial, se tiene en las facultades de administración y de dominio con las limitaciones que ya se han visto, tanto de administración como de dominio. Tienen la facultad para representar en juicio y fuera de él al menor, en la vía penal para denunciar los delitos en contra de sus hijos o para querellarse en nombre de los hijos menores; y también para constituirse en defensores de los mismos.

6.10.2.) **Naturaleza.** Los menores de edad en la vida jurídica necesitan de la asistencia de otras personas. Por tal caso es muy natural que la primera representación se confiera a los padres, para esto, el representar a los hijos constituye, un derecho y un deber.

Tomando en cuenta la propia naturaleza de la institución, derivada también de la procreación, es natural que corresponda a los padres en primer lugar; y en sustitución de estos a los abuelos paternos o maternos.

6.10.3.) **Legal.** Es legal porque su causa es la ley, a diferencia del mandato que se origina del contrato. De acuerdo con ésta, el menor es representado por quienes ejercen la patria potestad.

6.10.4.) **Necesaria.** Significa que los padres son representantes necesarios de los hijos, esto implica que no pueden declinar la representación conferida legalmente. No pueden renunciar a la patria potestad y, consecuentemente, no pueden renunciar a su representación.

6.10.5.) Universal. Esta comprende todas las relaciones jurídicas que los menores tengan como sujetos de derecho. Esto es, se refiere a sus personas, bienes y derechos.

6.10.6.) Gastos de litigio. Nuestro Código Civil no menciona a quien corresponde abonar los gastos que originen los pleitos llevados en nombre de los menores, pero es lógico que si tiene estos bienes, deben resarcir a quienes ejerzan la patria potestad de los gastos habidos en la representación, sea en juicio o fuera de él. El provecho del usufructo debe aplicarse para sufragar estos gastos.

6.10.7.) Conflicto de intereses. Hay ocasiones en que se puede suscitar un conflicto de intereses entre quienes ejercen la patria potestad y los menores, en cuyo caso, el artículo 440 del Código Civil previene que cuando exista serán los hijos representados, en juicio o fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

6.11.) Medidas de protección. Por la mala administración de los padres o abuelos en caso de descuido, negligencia, o inclusive mala fe, el juez tiene facultades para tomar medidas necesarias para impedir que los bienes del hijo se derroches o se disminuyan como lo expresa el artículo 441 del Código Civil.

Estas medidas se tomarán a solicitud y a instancia del menor, cuando cumpla 14 años, de cualquier persona interesada, o del ministerio público.

6.12.) Reparación del daño. Los que ejerzan la patria potestad deben ser responsables de los daños y perjuicios que ocasionen al menor por la mala administración. En estos casos están obligados a reparar el daño en la disminución patrimonial habida y paga el perjuicio, que significa la falta de ganancia lícita que hubiere obtenido el hijo.

2.7. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Referente a los efectos de la patria potestad se hablará tanto de su persona como de sus bienes.

2.7.1. EFECTOS RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS.

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

Para el cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la patria potestad produce los siguientes efectos:

a) Impone a los descendientes que la ejercen el deber de suministrar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna;

b) De educarlos convenientemente;

c) Otorgar a quienes ejerzan la patria potestad, la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente;

d) Quienes ejercen la autoridad paterna, son los legítimos representantes de los menores que están bajo ella;

e) El domicilio de los menores no emancipados sujetos a patria potestad es el de las personas a cuya patria potestad está sujeto.

Al considerar a la institución, desde un punto de vista de los ascendientes, la potestad paterna se atribuye con el fin de criar y educar a los hijos. En la medida en

que este deber se cumpla, se justifica la autoridad de los ascendientes sobre los descendientes y se funda la situación de subordinación en que se encuentran estos respecto de aquellos.

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

Como se puede ver no existe una línea marcada de separación entre los deberes y las facultades de los padres, porque entre unos y otros existe una correlación que permite calificar a cada una de estas atribuciones a la vez como poderes-deberes. Es más clara la denominación de potestades; entendidas éstas como un conjunto de derechos o facultades que deben ser ejercidas para gestionar intereses ajenos.

Tan es así, la obligación que establece el artículo 422 del Código Civil a las personas que ejerzan la patria potestad, de educar convenientemente al hijo requiere de la facultad de corregirlo. Cuando se dé el caso necesario podrá recurrir a las autoridades que deben prestar apoyo a los padres para ese efecto. Los ascendientes deben observar una conducta que sirva de buen ejemplo a los descendientes.

El cuidado del hijo y de su educación, exigen de la misma manera que éste no pueda dejar la casa de los que ejercen la patria potestad, sin permiso de estos o decreto de la autoridad competente.

El derecho de guarda y custodia o derecho de la vigilancia de la conducta del menor de edad sujeto a patria potestad, se vincula a su vez con el deber de educación del menor y con la obligación y por tanto el derecho del hijo de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido.

La guarda del hijo, es un medio de protección material y es el elemento de hecho, en casos determinados; la no exigencia de la guarda material de la persona del hijo, no afecta al concepto jurídico de patria potestad. La suprema Corte de justicia de la nación ha señalado claramente la distinción entre la guarda o custodia del hijo que en casos de divorcio, puede quedar encomendada a uno de los cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad:

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

Amparo directo 4029/67 Juan Cantú Villanueva. 3 de febrero de 1969. Mayoría de 4 votos. Ponente: Ernesto Solís López. Informe del Presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte Justicia de la Nación 1969, p. 26.

Que el domicilio legal del menor de edad sea el de las personas a cuya patria protestar esta sujeto, esto es una consecuencia natural del deber impuesto al hijo de convivir con quienes ejercen aquella función.

De la obligación de vigilancia y corrección del hijo se desprende la responsabilidad en que incurren las personas que ejercen sobre él la patria potestad, por los daños y perjuicios causados por los menores que están bajo su poder y que habitan con ellos; si esos daños se han causado por falta de una adecuada vigilancia de quienes ejercen la patria potestad sobre la persona del menor que se encuentra bajo su custodia, aun cuando el hecho que causa daño sean ocurridos fuera de su presencia.

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

obligación de los padres de dar el alimento a sus hijos y el deber de éstos últimos de proporcionárselos a sus padres, es una parte integrante del deber de criar al hijo, mientras permanece en la patria potestad; pero la obligación alimenticia subsiste, aunque se acabe la patria potestad, cualquiera que sea la edad del hijo, sin otro límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos.

Sin embargo, siendo la filiación el nexo más fuerte de parentesco y atendiendo a la función esencial de la patria potestad que consiste en el cuidado y formación de la persona del hijo menor de edad no emancipado, éste deber de proporcionarle alimentos, tiene caracteres más apremiantes y ostensibles respecto de los ascendientes que ejercen la patria potestad, por la naturaleza misma de su función, en la que conside el interés del grupo familiar y el interés estatal. Mientras subsista la autoridad paterna, la obligación alimentaria que se impone a los ascendientes en favor de los hijos, presenta la característica de que, cuando quienes ejercen la patria potestad disfrutan de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad hasta donde alcance a cubrirlos y sólo el acceso, será de cuenta de los ascendientes que la ejerzan.

En la forma normal en que los ascendientes deben cumplir con esta obligación alimentaria, es manteniendo al hijo en el seno de la familia, en el hogar; en tanto que la obligación alimenticia que deriva en general del parentesco, se satisface cubriendo los gastos que demande la prestación de alimentos, ya que no existe ninguna obligación respecto de esos parientes, de incorporar al acreedor alimentista al seno de la familia.

Por lo que respecta a la representación legal del menor no emancipado, ésta corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad y es una consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y el de los bienes del menor; ya que parece evidente que aquel que desempeña esa función protectora, y ha asumido la responsabilidad de actuar en interés del hijo, tenga a su

cargo la representación de este, supliendo su incapacidad, en la celebración de toda clase de actos y contratos, que el hijo no puede llevar a cabo por su estado de minoridad. El menor no emancipado, sujeto a patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin el consentimiento de los ascendientes que desempeñan esta función, quiénes son los legítimos representantes de los hijos de que se encuentran sometidos a ellos.

2.7.2. EFECTOS RESPECTO DE LOS BIENES DE LOS HIJOS.

La patria potestad produce efectos no sólo sobre la persona del hijo; de ella también derivan otras consecuencias, de carácter patrimonial.

En efecto, la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores de edad no emancipados, quienes en tanto no alcancen la mayoría de edad, no pueden disponer libremente de su persona ni de sus bienes.

Los ascendientes que ejercen la patria potestad administran los bienes del menor y lo representan en toda clase de actos y contratos, en juicio y fuera de él.

Sin embargo, esta facultad de administración sobre los bienes del menor, no comprende la gestión de todo el caudal del hijo. La administración y el usufructo de los bienes que el menor ha adquirido por su trabajo, corresponde a este último.

En cuanto los bienes que el hijo ha adquirido por causa distinta de su trabajo como son herencia, legado, donación o por don de la fortuna, la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen; en tanto que la administración y la otra mitad del usufructo, corresponde a las personas que ejercen sobre él la patria potestad. Pero, si adquiere bienes por herencia, legado o donación, el testador legatario o donante pueden excluir a las personas que ejercen la patria potestad, del usufructo de los bienes que constituyen la herencia, el legado o la donación.

La administración de los bienes del menor no otorga a quienes la ejercen, la facultad de disponer libremente de los bienes del hijo. Sin embargo dentro de la administración de los negocios del menor, es necesario disponer de ciertos bienes. Por ejemplo, de sumas de dinero de la administración.

En términos generales, "los actos de administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman el patrimonio y a la percepción de los frutos que éste produzca según la natural destinación de la cosa de que forma parte. Por esto la doctrina designa esta clase de actos como de administración ordinaria".⁸⁰

Por el contrario, se entiende en términos generales por actos de disposición, "aquellos que tienen como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro de distinta naturaleza y los que producen una disminución del patrimonio, como ocurre en el caso de la donación. Quedan comprendidos dentro del concepto de actos de disposición, los que tienen por efecto comprometer el crédito del menor o constituir un gravamen real, sobre algún bien que pertenezca a este como puede ser hipotecas, prendas, fianza, constitución de servidumbre, etcétera".⁸¹

En protección de los intereses del menor, en ciertos casos, es necesario que quienes ejercen la patria potestad, dispongan de ciertos bienes que forman parte del patrimonio del primero. En este caso, las personas que ejercen la patria potestad, no obstante que tienen la representación del menor, excederían las facultades de administración que les corresponde, si se les permitiera ejecutar libremente actos de disposición.

La idea fundamental que preside las facultades de administración en materia de patria potestad, es la de conservación de los bienes y los actos de disposición.

⁸⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. p. 704.

⁸¹ Ídem.

Las personas que ejercen la patria potestad, no pueden enajenar ni gravar en materia alguna los bienes inmuebles y los muebles preciosos que corresponden al hijo, sin previa autorización del juez de lo familiar ante quien deberá probarse la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor, con la ejecución de esos actos.

Otorgada esa autorización judicial, el juez de lo familiar que conceda la licencia, deberá cuidar que el producto de la venta se dedique al objeto para el que se destinó y que el saldo se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Además el precio de la venta, se depositara en una institución de crédito y quien ejerza la patria potestad, no podrá disponer de él, sin orden judicial.

Por otra parte, las facultades de representación del hijo, que corresponde a los que ejercen la patria potestad encuentran otra limitación, porque no pueden realizar los siguientes actos:

- a) Celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años.
- b) Recibir la renta anticipada por más de dos años.
- c) Vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, frutos y ganados por menor valor del que se coticen en la plaza el día de la venta.
- d) Hacer donaciones de los bienes de los hijos.
- e) Renunciar de los derechos de éstos, y
- f) Renunciar a la herencia en representación de los hijos.

La patria potestad confiere a los ascendientes que la ejercen, la mitad del usufructo de los bienes que el menor adquiera por cualquier otro distinto de su trabajo; es decir, pertenece a los ascendientes, la mitad de los frutos o productos de las cosas que adquiera el menor, excepto los productos del trabajo o industria de este.

El derecho de los ascendientes a percibir la mitad de esos bienes del menor, que se encuentra sometido a la patria potestad de aquellos, es una compensación que se concede a los ascendientes, por la administración del patrimonio del hijo.

En el Código Civil Español, en el Código Civil Italiano y en el Código Civil Portugués por ejemplo, este derecho de los ascendientes no renunciable, contrariamente a lo que ocurre en nuestro sistema, lo cual pone en relieve que el derecho al 50% del usufructo de los bienes del hijo se ha establecido en el derecho moderno, con vista a mantener la solidaridad entre los miembros del grupo familiar.

El derecho a percibir el 50% del usufructo de los bienes adventicios del hijo, termina al extinguirse la patria potestad, por la mayoría de edad del hijo, por la emancipación, por sentencia de que decreta la pérdida de la patria potestad fundada en alguna de las causas enumeradas en el artículo 444 del Código Civil, o finalmente a ese derecho, aunque en este caso, subsista el ejercicio de la patria potestad.

En el artículo 441 del Código Civil se lee que a instancia de cualquier interesado, del menor se hubiere cumplido catorce años o del Ministerio Público, los jueces de lo familiar, pueden tomar las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de sus ascendientes, los bienes del hijo se derroche o disminuya; finalmente en el artículo 442, ordenan que las personas que ejercen la patria potestad deben entregar a sus hijos todos los bienes y frutos que les pertenecen.

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

De la interpretación de los artículos 430, 441, 442 del Código Civil, citados anteriormente, se puede concluir, que las personas que ejercen la patria potestad están obligadas a reparar los daños que causen al menor sujeto a ella, por la mala administración y que teniendo en cuenta que la función de la patria potestad, es el cuidado de la persona del hijo y la conservación de sus bienes, están obligados a reparar el daño (disminución patrimonial) y el perjuicio (falta de ganancia lícita que debiera haber obtenido el hijo) que causen al descendiente, por los actos dañosos contrarios a la conservación del patrimonio del hijo, cuando no se han extremado la atención que un diligente padre de familia pondría en el cuidado y conservación de los bienes de su hijo.

2.8. LAS CAUSAS POR LAS QUE SE EXTINGUE LA PATRIA POTESTAD.

Los casos que están previstos en el artículo 443 del Código Civil se refieren a la patria potestad que se acaba como institución al no haber en quien recaiga; las causas nos las cita el siguiente artículo:

Artículo 443. "a patria potestad se acaba:

I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;

II. Con la emancipación derivada del matrimonio;

III. Por la mayor edad del hijo; y

IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes".

a) Muerte de quien la ejerce. La fracción I nos dice que se acaba la patria potestad con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga. Esto supone que es el último sobreviviente de los que deben ejercer la patria potestad consignadas en el artículo 414 del Código Civil; que se refiere y nos habla de los padres, de los abuelos paternos y maternos. La muerte del último genera la necesidad de nombrar tutor al menor no emancipado. Se da el supuesto de que quien ejerza la patria potestad sea declarado interdicto, y no hubiere ascendiente a quien corresponda el ejercicio de la misma, termina la institución y se les proveerá de tutor.

Esta es una forma clara de extinción de la patria potestad, y debemos también incorporar dentro de esta causa, la declaración de muerte que como consecuencia del procedimiento de ausencia se decreta.

b) Emancipación. En nuestro derecho está contemplada la emancipación ya que está es derivada del matrimonio. Se funda, en el principio de que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a patria potestad.

c) Mayoría de edad. La patria potestad también termina al alcanzar el hijo sujeto a ella su mayoría de edad. Desde ese momento se establece 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 lo será sólo uno de los padres.

d) Muerte del hijo. Aunque en nuestra legislación no está contemplado, es obvio que es un modo natural de extinción de la función del padre y la madre que ejercen la patria potestad.

e) Adopción. En la fracción IV se expresa que se acaba con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerán el adoptante o los adoptantes. En este supuesto la institución no termina, porque hay una transferencia legal de la patria potestad de los padres consanguíneos a los adoptantes, pues la adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, y el adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales.

2.9. LAS CAUSAS POR LAS QUE SE SUSPENDE LA PATRIA POTESTAD.

La suspensión de la patria potestad es una medida preventiva que no implica, necesariamente, como en el caso de la pérdida, una sanción al padre o a la madre. "Aquí se trata de evitar que el hijo carezca de una adecuada asistencia y representación jurídica, por lo que procede en supuestos en que aun sin mediar conducta culposa o dolosa el padre o madre, no pueden estos proveer a esa asistencia y representación".⁸²

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

Artículo 447. "La patria potestad se suspende:

⁸² CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. p. 326.

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor; y
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión”.

Como nos hace referencia el artículo 447 del Código Civil que presenta cuatro causas por las que se suspende la patria potestad a este respecto podríamos explicar que son:

a) Incapacidad. Como la fracción I hace referencia a la incapacidad declarada judicialmente; esto es, al estado de interdicción que se establece por medio de sentencia de juez de lo familiar competente, ya que es consecuencia de un proceso seguido ante él. Por lo tanto, están excluidos aquellos incapaces de hecho. En este caso se trata, no de la suspensión de la patria potestad, sino de la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, que ejercerá el cónyuge que se encuentre sano, pero conservará el enfermo todos los deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad.

b) Por ausencia declarada en forma. En la fracción II establece, como consecuencia necesaria de la ausencia declarada en forma, la suspensión de la patria potestad. El ausente éste imposibilitado para ejercerla y se le suspende del ejercicio de la patria potestad.

c) Perjuicio al menor. La tercera fracción señala varias conductas en las cuales se pueden producir efectos psicotrópicos en los padres, que amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor. Estos pueden ser:

1) Las conductas de consumo de alcohol, el hábito del juego, el uso no terapéutico de sustancias lícitas o ilícitas, a las que hace referencia la Ley General de Salud.

2) Estas conductas deben producir efectos psicotrópicos en los padres o abuelos.

3) Que las mismas amenacen, es decir, que no causen un daño, sólo como posibilidad de causar un perjuicio, cualquiera que esté sea al menor.

d) Sentencia condenatoria. A ésta se refiere la última fracción del artículo 447 del Código Civil esta presenta múltiples posibilidades de suspensión de la patria potestad, pues nos señala en general que ésta se suspenden por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión.

Lo que origina la sentencia, no son las actitudes drásticas o graves a las que se refiere el artículo 447 del Código Civil, ya que, se debe distinguir que en el caso que se está estudiando hacemos referencias a situaciones o actitudes del padre o de la madre que, sin ser de extrema gravedad, sí exigen la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, como pueden ser: la excesiva dureza en las amonestaciones,

conducta notoriamente negligente que comprometiera la salud, la seguridad, la honorabilidad de los hijos, etcétera.

e) Efectos. El Código Civil no ha regulado los efectos de la suspensión de la patria potestad. Por tratarse de la suspensión del ejercicio de la patria potestad, aún cuando la misma se conserva, debe referirse y abarcar todas las funciones de la patria potestad. Implica también la obligación de restituir el patrimonio al menor con sus frutos; consecuentemente, aun cuando no se prevenga en el artículo 438 del Código Civil; el usufructo se extingue, estimando que esta es incompleta en la enumeración de las causas de extinción que consagra el artículo 438 pues, en la fracción II, además de la pérdida, debería agregarse la suspensión de la patria potestad, como causa para la extinción del usufructo.

2.10. LAS CAUSAS POR LAS QUE SE PIERDE LA PATRIA POTESTAD.

Los casos a los que se refiere la pérdida de la patria potestad implican la sanción legal "cuando la conducta ilícita de los padres contaría debidamente los contenidos sustanciales que los deberes-derechos emergentes de ella, imponen a los progenitores".⁸³

Todas las causas señaladas en el artículo 444 del Código Civil son de tal naturaleza grave, que la patria potestad se pierde definitivamente. Como sanción se pierde, aun cuando directamente no fuere el hijo el perjudicado. Algunas de las causas tienen efecto preventivo, y otras son consecuencia directa de la conducta ejecutada en contra del cónyuge o del menor.

Se deben de tomar en cuenta los siguientes aspectos:

⁸³ *Íbidem*. p. 315.

a) Es un asunto grave. Esto es que la pérdida de la patria potestad es un asunto de gravedad extrema, por lo cual las causales deben quedar debidamente probadas. Se debe de tomar en cuenta el artículo 271 del Código Procesal previene que en los asuntos que afecten las relaciones familiares, los hechos o demanda que deje de contestarse se tendrá por contestada en sentido negativo. Esto también ha sido materia de sentencia de la tercera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

"En virtud de que la sociedad esta interesada en la conservación en las relaciones paterno-filiales y en que los padres e hijos mantengan los vínculos legales que generan derechos y obligaciones, el juzgador debe ser estricto a fin de que para determinar la pérdida de la patria potestad se presenten claramente las causas que el código civil respectivo señale. Por consiguiente si bien las presunciones pudieran ser un indicio de que se presentan las hipótesis legales referidas, y éstas deben estar comprobadas de tal modo que permitan concluir que la salud, la seguridad y la moralidad de los menores pudieran comprometerse por las costumbres depravadas de los padres, o por la exposición o abandono que de los hijos hubieren hecho por más de seis meses. Por tanto no basta que se haya contestado la demanda de pérdida de la patria potestad, por parte de una madre, para tener por comprobados los hechos que se le atribuyeron si no hay elemento probatorio alguno que lo corrobore, pues tal ausencia de contestación sólo constituiría un indicio de que se presentaron, pero de ninguna manera la prueba suficiente que se requiere".

Amparo directo 5140/87. Roberto Curiel Navarro. 19 de octubre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ministro Ponente: Mariano Azuela Güirón. Secretaria: Hilda Cecilia Martínez González. Volumen II. Número 341. p. 243.

b) Consecuencias. Se insiste por los tribunales sobre la gravedad de la pérdida de la patria potestad, por qué acarrear graves consecuencias, "tanto para los hijos, como para el progenitor, para decretarla, en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación".⁸⁴

⁸⁴ Íbidem. p. 316.

c) De estricta aplicación. La pérdida es una sanción de notoria excepción, por consiguiente "las disposiciones del Código Civil establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que sólo cuando haya quedado probada una de ellas de modo indiscutible, se surtirá su procedencia; sin que puedan aplicarse por analogía ni por mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores".⁸⁵

El artículo 444 del Código Civil, se refiere a las causas por las cuales se pierde la patria potestad y dicho artículo nos dice:

Artículo 444. "La patria potestad se pierde por resolución judicial:

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

II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida;

IV. El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaría inherente a la patria potestad;

⁸⁵ Ídem.

V. Por la expresión que el padre o la madre hicieren de sus hijos;

VI. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses;

VII. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y

VIII. Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave”.

A continuación haremos el análisis de estas causas que son referidas en el artículo citado las cuales son las siguientes:

a) Condena. En el artículo 444 del Código Civil nos hace referencia a dos casos en los que se expresa la condena de quien ejerza la patria potestad, que están consignados en los incisos I y VIII. En la primera se da cuando el que ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. Esta debe tratarse de alguna actuación grave que implique la pérdida, pues se debe tomar en cuenta que también por sentencia se puede imponer la suspensión que, se presenta cuando es menos grave la falta del progenitor que la ejerce. Esta primera causal, no hace referencia a si la condena debe ser originada por alguna actuación en contra del cónyuge, en contra del menor, o en contra de terceros. Es de tal amplitud que queda al arbitrio

judicial decidir, pero siempre tomando en cuenta la actuación grave y perjudicial para el menor sobre quien se ejerza la patria potestad.

La segunda causal se da cuando es condenado el que ejerce la patria potestad, dos o más veces por delitos graves. No se requiere que los delitos sean en contra del menor o del otro progenitor. Esto es una medida preventiva, pero se sanciona como todas estas causales con la pérdida de la patria potestad, es preventiva, porque no necesariamente implica una actuación ilícita en contra del hijo.

b) Divorcio. Esta pérdida es consecuencia de la sentencia que disuelve el vínculo, y en la que se fijará en definitiva la situación de los hijos. Es por ello que el juez de lo familiar, en los términos del artículo 283 del Código Civil:

"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 cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar el Ministerio Público, o a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho

de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor".⁸⁶

En este artículo se observa un cambio, esto es la pérdida de la patria potestad ya no está vinculada con la causal de divorcio que se invoca en el juicio respectivo. El juez tiene facultades discrecionales, debidamente acotadas, pues está sujeto al caso particular que conoce, a los elementos que estén en el mismo, que se aporten o se alleguen al juzgador de oficio, y lo que informen las personas que deben escuchar; es decir, no tienen facultades arbitrarias. Se deben conocer y valorar todos los elementos que lo conduzcan a emitir una resolución justa. No se debe resolver sólo en función de la culpabilidad de alguno de los progenitores en el divorcio, a menos que la causal involucre también al menor. Se debe tener en cuenta primordialmente los intereses de los hijos, el daño que se les causa, o que se pueda causar a su integridad física, psíquica o ambos. Sobre esto existe una jurisprudencia, que bajo el rubro "Patria potestad decisión sobre la, en la sentencia de divorcio ", nos dice:

"Con motivo de la reforma del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, deviene del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983, vigente en los 90 días después, los juzgadores disponen de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes, tanto a la patria potestad en general, como la custodia y el cuidado de los hijos en particular, en la sentencia que decreta el divorcio. Como en todos los casos en que se prevé una facultad discrecional, el ejercicio de esta no implica simplemente que el órgano jurisdiccional cuente con un poder arbitrario de decisión, sino que su desempeño debe traducirse siempre en el examen escrupuloso y en la evaluación razonada de todos los elementos con que se cuente y que sean susceptibles de conducir a la emisión del juicio más adecuado al fin que persigue la ley cuando concede dicha facultad. Respecto a la situación de los hijos en caso de divorcio, no debe pasar desapercibido que como consecuencia de la referida reforma legal, el sistema de pérdida de patria potestad como pena el responsable de la disolución del vínculo matrimonial queda suprimido y esta circunstancia debe eliminar la idea de valorar las cosas en función de

⁸⁶ Íbidem. p. 317.

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

Jurisprudencia número de registro 226, 475 Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo V segunda parte Tesis 1.4º. C. J/ 21. Página 705.

c) **Violencia familiar.** En la fracción III se cambiaron algunas conductas que originan la pérdida de la patria potestad. Anteriormente se referían a la redacción a las costumbres depravadas, de los malos tratamientos y abandono de los deberes, que pudieran comprometer la salud, la seguridad, o moralidad del hijo. Actualmente se trata de la violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida.

Pues resulta que la violencia no es suficiente por sí sola, requiere la apreciación del juez en el sentido de que constituye una causa suficiente, lo que genera problemas de inseguridad jurídica, pues cada tribunal tiene su propio criterio, hasta que esté resuelto por la jurisprudencia.

Por tanto tenemos que hacer referencia al concepto de violencia familiar que se encuentra en el artículo 223 Quater el cual nos dice que se

"Considera el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave que se ejercen en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones".

Respecto a esto no se señalan o individualizan los miembros de la familia, ya que la definición es muy amplia; y este estudio se limita a los hijos y progenitores o abuelos. La violencia puede ser un acto aislado, pues al eliminarse de la versión original que la conducta fuera "reiterada", pues la violencia familiar es la conducta del agresor, que implica una sucesión de actos. Esta violencia se califica legalmente de grave, por lo que procede a preguntarnos ¿Por qué se agrega que constituye una causa suficiente para su pérdida?

Se estima que la violencia es causa suficiente para la pérdida de la patria potestad, sin que exista otra consideración, ya que corresponde al juzgador decidir si los hechos narrados constituyen, a su criterio, violencia familiar. Pueden no ser graves los actos o haber otras circunstancias que expliquen la conducta del progenitor; sin embargo, se deben de analizar para esta causa su contenido actual.

Esta causa tiene dos elementos:

- a) La violencia familiar,
- b) Que constituya una causa suficiente para su pérdida. Ambos elementos los debe apreciar el juez.

El primero parece suficiente pues la violencia familiar de suyo es grave, porque se trata del abuso de la fuerza física o moral, o la omisión grave, que atente contra las integridades físicas, psíquicas o ambas del menor. Pueden existir variantes en la conducta del agresor que debe apreciar el juez para estimarla o no como violencia.

El segundo elemento es que la violencia, es decir, que la conducta grave constituya causa suficiente para la pérdida de la patria potestad. Esta es una exigencia ilógica e inútil. Si se califica la conducta como violencia familiar, significa que es grave, ¿Para qué adicionalmente estimarla que constituya causa de la pérdida? Esto deberá ser materia de excepción del demandado, del agresor que realice los actos, argumentando y probando que los mismos no constituyen violencia como causa suficiente para la pérdida de la patria potestad.

La causa suficiente depende de la gravedad de la conducta que le será difícil al juez precisar si no tiene elementos, los que debe proporcionar el demandado en su defensa.

De otra manera no se podrá conocer la verdadera situación del caso, pues las relaciones familiares cambian según la familia de que se trate y se deberán tomar en cuenta las condiciones sociales de la familia y las circunstancias en las que se ejecutaron los actos o se profirieron las palabras o se omitieron los deberes en que se hace constituir la violencia. Sólo teniendo estos elementos se evitará que se decida subjetivamente. Pero estos elementos los deben aportar las partes. La prueba de la violencia corresponde al actor. La prueba de que no es suficiente le corresponde al demandado; si esto no comparecer o no prueba su excepción, será suficiente para la pérdida de la patria potestad, la prueba de la violencia.

Como podemos observar es necesario corregir esta causal. Basta la violencia que por ley se califica de grave. Corresponde al demandado demostrar que su

conducta no encuadra dentro del concepto legal de la violencia, o que tuvo problemas de conducta o psicológicos como excluyentes de personalidad civil.

d) Alimentos. La fracción IV expresa que la patria potestad se pierde por el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inminente a la patria potestad. Por ello es necesario referirse al concepto de alimentos y al elemento de reiteración.

Los alimentos tienen como base de la solidaridad humana. Es un deber moral asumido y reglamentado en la legislación, donde se establece como una obligación civil y se señalan los obligados a darlos y las personas con derecho a exigirlos, que son: los parientes ascendientes y descendientes, los hermanos y colaterales hasta el cuarto grado, cónyuges y concubinos (esto alude a los artículos 302, 303, 304 y 305 del Código Civil).

Por lo que respecta al concepto de alimentos hay diversos sujetos y distintas situaciones (artículo 308 del código civil).

Los sujetos pueden ser:

a) Los menores de edad sanos, es decir, que no tengan adicionalmente otra de las incapacidades marcadas por el artículo 450 del Código Civil.

b) Menores de edad incapacitados o interdictos.

c) Mayores de edad "con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción".

d) Los adultos mayores.

Por lo que se refiere a las distintas situaciones, el contenido de los alimentos varía:

1) El básico que comprende: la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria, los gastos de embarazo y parto (fracción I).

2) De estudios para los menores, como son los gastos para su educación y para proporcionales oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales (fracción II).

3) De rehabilitación y desarrollo, para las personas con discapacidad o interdictas (fracción III).

4) De atención geriátrica, para los adultos mayores que carezcan de capacidad económica y su integración a la familia por concepto de alimentos (fracción IV).

Por lo que respecta al caso en estudio, se limita a los padres que están obligados a dar alimentos a sus hijos, a falta o por imposibilidad de éstos corresponde a los abuelos paternos o maternos que son quienes pueden ejercer la patria potestad. El contenido se refiera a los básicos y de estudio, a los que se agregan los de rehabilitación en el supuesto de menores discapacitados o interdictos.

Por lo que respecta al otro elemento que es la reiteración en el incumplimiento. Reiterar significa volver a decir o ejecutar, repetir. La forma normal de dar los alimentos es mediante prestaciones periódicas, llamada pensiones alimenticias. No basta un incumplimiento, debe repetirse. El legislador no expresa cuántas veces debe repetirse, y aquí surgen algunos problemas: no sabríamos decir si son dos veces o deben de ser más, o cuántas; se debe también cuestionarse si la

reiteración significa también la continuidad ininterrumpida del incumplimiento de la pensión, o si puede haber la posibilidad de incumplimientos discontinuos.

Para poder resolver lo anterior debemos tomar en cuenta que los alimentos son indispensables para la sobre vivencia y desarrollo del ser humano, tienen el sello de la necesidad y urgencia y la ley responde al considerarlos de orden público. Por lo tanto, no es posible aceptar medianos o largos periodos de incumplimiento. Sólo es tolerable la falta de alimentos en dos ocasiones, ya sean estos quincenales o mensuales.

Como criterios podemos señalar los siguientes:

1) El concepto de alimentos comprende todos los elementos que señala el artículo 308 del Código Civil, en lo básico y de estudios, y de rehabilitación, en caso necesario, que constituyen una unidad en el objeto, para proporcionar al hijo, como acreedor alimentario, todo lo necesario para su desarrollo.

2) El incumplimiento puede ser parcial o total. Es parcial cuando sólo se da parte de los que integran los básicos y de estudio. Y es total cuando no se dan ninguno de los elementos señalados.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió que basta el incumplimiento parcial, para que se produzca, como consecuencia, la pérdida de la patria potestad.

"No es correcto sostener conforme al artículo 444 fracción 3ª del código civil que para que opere la causa de pérdida de la patria potestad, el abandono de los deberes debe ser total y no parcial, pues evidentemente la necesidad de percibir alimentos es de tal naturaleza que no puede quedar supeditado a eventualidad de ninguna clase ni a un incumplimiento parcial, de modo que el incumplimiento de la obligación de proporcionarlos es en sí mismo motivo suficiente para considerar que se compromete la seguridad de quien puede recibirlos, máxime cuando se

trata de menores que no pueden valerse por sí mismos. En tales condiciones son infundadas las consideraciones de la responsable en este sentido de que la actora no había acreditado la causal de pérdida de la patria potestad que invocó en la demanda, basándose en que sus propias manifestaciones se desprendía que no hubo abandono de los deberes en forma total por el padre para con su hija, porque se acreditó que aunque haya sido en algunas ocasiones al pago de la pensión y había procurado por la salud de la hija. En efecto, admitir estos razonamientos se llegara a autorizar, con independencia de la conducta del que realice el incumplimiento, una situación permanente de abandono parcial de las obligaciones y deberes de los padres, para con sus hijos, que no puede ser lógicamente lo que quiso estatuir la ley. Es cierto que la sanción de la pérdida de la patria potestad para el padre incumplido, es muy grave pero no lo es menos la situación en que se coloca al hijo cuando lo desatiende en su subsistencia, aún cuando sea parcial".

Amparo directo 5039/67 Frida Welester de Rosenberg. Julio 3 de 1968. Unanimidad de 5 votos. Tercera Sala.

3) La reiteración puede ser continua o discontinua. Ambas situaciones son causas suficientes, pero varía la medición de la reiteración.

4) No absuelve al irresponsable, el que otros ponentes están proporcionando los alimentos al menor.

"El padre que no demuestre interés alguno para proveer a la subsistencia, cuidado y educación de su hijo, a pesar de tener a su alcance los medios para hacerlo, debe perder la patria potestad sobre el atento a los establecidos en el artículo 444, fracción III del código civil, porque su conducta puede poner en peligro la salud o seguridad del niño; sin que sea óbice a lo anterior, el hecho de que la madre provea a la subsistencia y cuidado del menor, porque la situación de desamparo debe juzgarse según la conducta del progenitor que realice el abandono, con independencia de la actitud asumida por el otro".

Amparo directo 6509/84 Carlos Orozco Garvas. 19 de agosto 1985. Cinco votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: José Nabo González Ruiz.

5) Basta que el actor afirme que no se está cumpliendo con la obligación alimentaria. Corresponde al demandado que le está dando, o su incapacidad legal para hacerlo.

e) Exposición. La fracción V señala como causa de la pérdida de la patria potestad la exposición que el padre o la madre hiciera de sus hijos. Esta y la siguiente causal se trata de la obligación y responsabilidad de los progenitores en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones hacia sus hijos.

El legislador define, con la adición al artículo 492 del 30 de diciembre de 1997, al Expósito "al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley están obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen". Y como elementos están:

a) Que no se pueda determinar su origen, es decir, aquellos a los que se refiere el artículo 65 del Código Civil y a los cuales el juez del registro civil pondrán un nombre y expresarán todas las circunstancias necesarias para su posible identificación (artículo 67 del Código Civil).

b) Colocado en situación de desamparo por los progenitores responsables. Esto significa que puede estar acogido en los términos de los artículos 378 y 492 del Código Civil pero continúa siendo un expósito.

f) Abandono. La fracción VI señala como causa de la pérdida de la patria potestad el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses.

Se entiende legalmente como abandono "cuando la situación de desamparo se refiere a un menor cuyo origen se conoce" (artículo 492 del Código Civil). Como elementos están:

a) Se conocen los progenitores o uno de ellos. Hay acta de nacimiento que los nombra y aporta todos los datos del artículo 58 del código civil.

b) Que éstos lo han desamparado, es decir, se desprendieron de su custodia y cuidado y no le proporcionan alimentos.

c) Que dure más de seis meses el abandono.

d) Para la pérdida de la patria potestad por el abandono de los deberes, se debe afirmar y probar el incumplimiento del deber por parte del progenitor irresponsable, sin que sea necesario probar que se produjo menoscabo en la salud, seguridad o a los valores morales del menor. Es decir probar la conducta o proceder del padre en relación del deber incumplido. Es necesario anotar que la causa que se estudia se refiera a los deberes, es decir, a todos los que natural y legal corresponden al progenitor por el hecho de serlo, aun cuando las ejecutorias que se conocen hacen referencia, primordialmente a los alimentos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado que:

"Para decretar la pérdida de la patria potestad se requiere una prueba plena que no deje lugar a dudas respecto a la necesidad de tal privación, ya que la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno-filial, reconocida por la ley y su privación entraña graves consecuencias tanto para el menor, como para aquel de los padres que es condenado a la pérdida de la misma".

Amparo directo 3400/85. Martín del Razo Hernández. 17 de marzo de 1986. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela Güirón. Secretario: Oscar Roberto Enríquez Enríquez. Informe 1986. Tercera Sala. Tesis 5, p. 11.

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

perjuicio en toda su intensidad. Basta la conducta culposa del progenitor que abandona.

g) Abuelos. Las causales de exposición y abandono se refieren en la Ley al padre y a la madre pero también pueden ejercer la patria potestad los abuelos, y podrán colocarse en alguna de las situaciones ya señaladas. Alguno o ambos abuelos que la estuvieran ejerciendo podrían ser demandados y perderla.

h) Por delitos. Las fracciones, séptima y octava tratan de los delitos que puedan cometer quienes ejerzan la patria potestad. Las víctimas son diversas.

En la primera de las fracciones citadas, la perderá cuando quien la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoria. Aquí se protegen directamente al menor por la conducta de sus padres o abuelos. El delito debe ser doloso, que significa la deliberada intención de causar injustamente un mal al menor; esta conducta debe ser violatoria del deber jurídico de ajustar nuestra conducta a las normas de rectitud y de buena fe que informan la virtud secular de la justicia.

Debe ser condenado en sentencia ejecutoria en un proceso penal. Se observa que el delito puede ser en contra de la persona del menor o en contra de sus bienes.

La segunda fracción se refiere a los delitos que pueden afectar indirectamente al menor. Las víctimas son terceras personas, pero debido a que se califican como delitos graves, repercuten desfavorablemente sobre el menor en muchos aspectos: mal ejemplo, que es contrario al mandato del artículo 423 del Código Civil que obliga a los progenitores a "dar buen ejemplo "; la consideración de su familia en la sociedad; el daño moral que se sufre por el hijo, etc. Se requieren dos o más delitos.

i) Efectos. Como efectos de la pérdida de la patria potestad encontramos los siguientes:

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

2. Usufructo. Se termina el usufructo en los términos del artículo 428. El progenitor culpable, no tiene derecho a recibir los beneficios de usufructo.

3. Obligaciones. Se conservan las obligaciones con cargo al progenitor irresponsable, especialmente la de alimentos. El artículo 285 del Código Civil previene que el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

4. Incapacidad para heredar. El artículo 1316 en sus fracciones II, V, VII y VIII previene una serie de circunstancias o causas por las cuales no se tiene capacidad de heredar, o sea ha perdido. Estas hacen referencia a algunas de las causas que son señaladas en el artículo 444 del Código Civil.

2.11. LIMITACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Pueden darse situaciones de hecho que sin ser lo suficientemente graves para provocar la suspensión o pérdida de la patria potestad, exijan la limitación o modificación de algunos deberes en beneficio de los hijos. Debemos tomar en cuenta los casos de suspensión en el ejercicio de la patria potestad con motivo del estudio sobre los sujetos de la relación jurídica; el que tiene la custodia y cuidado de los menores no emancipados, necesariamente ejercerá la patria potestad con exclusión del otro, que no la quieren ni es suspendido en la patria potestad como lo expresa el artículo 416 del Código Civil.

Los códigos civiles de 1870 y 1884 tenían una disposición que facultaba a los tribunales para privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificar su ejercicio, si tratan a los que están en ella con excesiva severidad, no los educan, o les imponen preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptores como lo indican los artículos 417 y 390. Semejante a esta disposición se contenía en la Ley sobre Relaciones Familiares en el artículo 261. Estas disposiciones se suprimieron en el código civil vigente.

Tanto la modificación como la limitación son conceptos diversos puntos de la ley las emplea en distintos numerales y varían según la gravedad de la conducta del progenitor.

A la limitación se refieren los artículos 283 y 444 bis del Código Civil. Significa que "se tiene un final (límite de un terreno, límite del presupuesto); que no puede sobrepasar. Aplicada la patria potestad, significa que la conducta o la acción de quien ejerce la patria potestad, para el cumplimiento de sus deberes y obligaciones y exigencia de sus derechos, se disminuye, se le limita. Normalmente la responsabilidad paterna esta amplia, y sólo se fijan límites generales de no ir en contra de las leyes de orden público - dentro de las cuales están las familiares- y buenas costumbres (artículo 1830 del código civil)".⁸⁷

El primer artículo se refiere a los casos de divorció y el juez fijara en definitiva la situación de los hijos y lo relativo a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según sea el caso.

El segundo artículo modificó la versión anterior que señalaba la violencia familiar como causa para la limitación del ejercicio de la patria potestad.

⁸⁷ *Íbidem*. p. 328.

La limitación se da en los casos de divorcio de los cónyuges o separación de los progenitores, sean consortes o concubinos. El divorcio puede ser causa de pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad a juicio del juez, pues la ley no da reglas que determinen cuándo debe darse alguna de las consecuencias.

"Por modificación se entiende el cambiar una cosa sin alterar su naturaleza misma; modificar un presupuesto; determinar el sentido. Referido a la patria potestad significa cambiar la forma o manera como se desarrollan las relaciones paternofiliales, sin suprimir ningún deber ni derecho del padre".⁸⁸

La Suprema Corte de Justicia en algunas sentencias ha establecido esta posibilidad. Después de referirse a los derechos y obligaciones de quien ejerce la patria potestad, señala que:

"Sin embargo, debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para, sin privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejerzan, suprimirles o restringirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende cómo puede ser la privación de la guarda y custodia de los menores, de la facultad de decidir sobre una cuestión relativa de su educación, de la administración de sus bienes, etc."

Amparo directo 2078/1974. Tercera Sala. Séptima Época. Volumen 80. Cuarta parte. p. 30

2.12. DISTINCIÓN ENTRE PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA.

La patria potestad se conforma de un conjunto de derechos y obligaciones para ambas partes, que van de acuerdo al desarrollo del menor, dentro de estos deberes-derechos se encuentra en la custodia, que significa tener a los hijos bajo la compañía de los padres para su vigilancia y cuidado por lo que debe estar vinculado con la posesión material de los menores para poder satisfacer sus necesidades "la

⁸⁸ Íbidem. p. 329.

custodia de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre, guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con él, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. El hijo menor no emancipado no tiene derecho para abandonar el domicilio paterno".⁸⁹

La custodia significa cuidar y vigilar a los menores, dentro de ésta están comprendidos otros deberes y derechos correlativos como son la convivencia, protección a la persona, vigilancia de sus actos y educación:

a) Convivencia.- Ésta comprende darle efecto, calor humano, presencia personal y respaldo, tiene por objeto lograr la estabilidad personal y emocional del menor, y por tanto éste está obligado a esta convivencia, a respetar en su intimidad y persona a los miembros de la familia para lograr dicha convivencia, en la medida de su edad y su madurez.

b) Protección a la persona.- Esta protección debe ser ante cualquier amenaza ya sea en el aspecto físico en el moral, a este deber de los padres corresponde el deber de los hijos, de aceptar y de respetar la protección que le brindan sus padres.

c) Vigilancia de sus actos.- Por lo que respecta a este deber sirve para la formación de los hijos, se les vigila en la familia y fuera de ella para que se pueda evitar cualquier daño, a este deber de los padres corresponden la obediencia y el respeto de los hijos.

d) Educación.- Ésta consiste en la formación integral de los hijos por tanto los padres tienen la facultad de corregirlos y amonestarlos y los hijos aceptar la educación que los padres les brindan y les instrúan pero recordando que todo se debe dar en beneficio del menor.

⁸⁹ PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Traducido por José M. Cajica jr. Editorial Cárdenas. México. 1991. p. 251.

"La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etcétera".⁹⁰

La custodia debe ser con cuidado lo que significa la intensidad o profundidad con que la custodia se debe dar en la relación paterno-filial. La custodia se da con solicitud, atención, amor y respeto a la personalidad del menor. "Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesiones en medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades".⁹¹

Los padres que pierden la patria potestad pueden también perder la custodia por una resolución judicial que lo determine, la custodia de los hijos, o sea la obligación de convivir con ellos se pierde cuando esa separación es necesaria para el interés del niño, por ejemplo cuando el niño es objeto de maltrato o descuido de los padres, o cuando sólo uno de ellos cuida al menor, ya sea porque están separados por divorcio o por ser hijo natural y vivir sólo con uno de sus padres.

Una vez que los padres hayan perdido la custodia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que ésta se puede recuperar:

"Para recuperar la guarda y custodia de un menor hijo, que es una de las prerrogativas que tiene el padre que ejerce la patria potestad, se requiere de los siguientes elementos: a) la calidad con la que se demanda, como ser el padre o en su caso, la madre, y por lo tanto, en el ejercicio de la patria potestad del menor; b) la violación de ese derecho deducido, o sea, la privación de la guarda y custodia del menor, y; c) el hecho de que se haya traducido en la desposesión del menor hijo, frente a otra u otras personas con menor derecho para ello."

⁹⁰ CHAVEZ ASECIO, Manuel. Op. Cit. p. 289.

⁹¹ Ídem.

Amparo directo. 6320/75 Miguel Orea Gómez. 4 de marzo de 1977. 5 votos. Ponente: Raúl Lázaro, Tercera Sala. Séptima Época. Volumen Semestral 97-102. Cuarta Parte. p. 115. Ediciones Mayo. Actualización V. p. 325.

No existe una acción específica para la recuperación de la custodia, sin embargo se puede lograr que el juez de lo familiar auxilie para su recuperación, tomando en cuenta el porqué el menor no se encuentran en su hogar, por ejemplo cuando los menores escapan de sus casas por ser golpeados por sus padres.

Como podemos notar la custodia es uno de los deberes que integran la patria potestad por lo que esta última es el género y la custodia es un accesorio, la persona que pierde la patria potestad pierde inherentemente la custodia, sin embargo el que pierde la custodia no pierde la patria potestad, sino sólo pierde el derecho de vigilar y convivir con sus hijos, pudiendo recuperarla en cualquier momento acudiendo ante el juez de lo familiar.

CAPITULO III

EXPOSICIÓN DE LOS HIJOS COMO CAUSA DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

3.1. ANTECEDENTES DE LA EXPOSICIÓN Y ABANDONO DE MENORES.

Podemos comenzar aludiendo a que uno de los principales antecedentes de la exposición y el abandono de menores comienzan con las agresiones bajo las formas muy distintas, como son la violencia y el trato inadecuado al menor, y éstas han existido desde los tiempos más antiguos. La historia de la humanidad, desde casi su origen hasta la actualidad, nos muestra con innumerables pruebas escritas que no se trata de un fenómeno nuevo, sino que, al contrario, los niños desde su más tierna infancia han sido objeto por parte de sus padres y cuidadores de acciones agresivas y violentas que han comprometido su integridad física y psicológica, llegando incluso a producirles la muerte.

El infanticidio, como estadio final de la violencia y maltrato a un recién nacido, ha sido practicado desde la más remota antigüedad en todas las culturas, tanto orientales como occidentales. El hecho histórico más destacado con relación al infanticidio lo constituye posiblemente la degollación masiva de niños menores de dos años habida en Belén, y ordenada por el rey Herodes con fines políticos. El caso más conocido es el de Jesús, con José y María, que escapó de la matanza, tras su huida a Egipto.

"Otras formas de infanticidio, aparte de las anteriormente descritas consistieron es el sacrificio de niños quemados en hogueras o degollados con fines religiosos, el control del crecimiento de la población en aras a preservar y asegurar las cualidades raciales de futuras generaciones, y más recientemente como fin

económico en Tailandia utilizando niños asesinados, hijos de padres desconocidos, para el camuflaje y contrabando de heroína”.⁹²

“Los romanos, aunque también lo llevaron a la práctica, denunciaron y reclamaron su abolición, proclamando en el año 374 antes de Cristo leyes que condenaban hechos infanticidas. Pero los hechos continuaron más allá de la edad media, como se describe a principios del siglo XIII, los pescadores recogían frecuentemente en sus redes cuerpos de niños muertos, o como resonaban los gritos de los niños abandonados en las letrinas de Roma, a mitades del siglo XVI”.⁹³

La frecuencia del infanticidio ha disminuido notablemente con el transcurso del tiempo, en relación inversa al aumento del número de abortos, y al control de natalidad habidos en la sociedad actual. Con frecuencia se ha hecho el hallazgo de recién nacidos muertos envueltos en bolsas de plásticos, abandonados en la calle o en un rellano de cualquier escalera de nuestras ciudades.

“En la antigua Grecia, existía el abandono de niños, pero no era castigado con severidad. En Atenas el niño abandonado, recogido por otra persona, se declaraba esclavo de ésta; según ellos era una forma de proteger a los niños abandonados. En efecto, esto motivaba a los ciudadanos a recogerlos. Sólo los espartanos tenían leyes específicas respecto al abandono de niños, en las demás ciudades predominaba la costumbre”.⁹⁴

El Cristianismo consideró como delito el abandono de niños, pero no merecía pena corporal. Justiniano, emperador de Bizancio, en su ley, equiparó el abandono de niños con el abandono de esclavos enfermos.

⁹² QUEROL, Xavier. *El Niño Maltratado*. Editorial Pediátrica. Barcelona España 1990. p. 6.

⁹³ Ídem.

⁹⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en Particular*. Tomo I. 7ª. Edición. Editorial Porrúa. México 2001. p.213.

“La costumbre francesa condenaba este medio criminoso con azotes, multa o destierro. En la época moderna, el delito de abandono de personas ha tenido mayor regulación: ya que en el Código Francés de 1810, se sancionó la exposición de infantes seguida del abandono y, posteriormente, los códigos separaron la exposición y el abandono propiamente dichos al considerar las figuras distintas, que gozan de la misma esencia, pues en ambas lo común y relevante es el hecho del abandono”.⁹⁵

El Código Prusiano de 1861, comprendía este mismo ilícito en dos títulos, uno dedicado a la exposición de niños y otro al abandono de los niños; el Código Bávaro de 1813 no precisa sobre el castigo de este delito, el juez es quien determina según el resultado ocasionado; el Código de las Cortes Españolas de 1822, castigaba a los padres que abandonan a sus hijos legítimos, en la casa de expósitos.

En nuestro país en la época prehispánica, particularmente en el derecho azteca no existía una sanción específica para el delito de abandono de personas, porque tal vez esto se daba a la forma especial de pensar de este pueblo; de ellos nos dicen que los padres con frecuencia vendían un hijo para reemplazarlo por una más joven cuando el primero tenía bastante edad para contribuir económicamente al bienestar del comprador. A veces, gente desamparada ofrecía un esclavo en garantía de un préstamo concedido por un vecino más afortunado; si el esclavo moría en servicio o si el nuevo amo se apoderaba de alguna propiedad ilegítimamente, la deuda se tenía por pagada.

En la Colonia, la Novísima Recopilación en el Libro Séptimo título XXXVII, hace referencia a los expósitos, estableciendo en la ley de IV “los Expósitos sin padres conocidos se tengan por legítimos para todos los oficios civiles, sin que pueda servir de nota la cualidad de tales. Ordeno y mando por el presente mi real

⁹⁵ PAVÓN VASCONCELOS, F y G. Vargas López. Los Delitos de Peligro para la Vida y la Integridad Corporal. 6ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1992. p. 91.

decreto, que todos los Expósitos de ambos sexos, existentes y futuros, así los que hayan sido expuestos en las inclusas ó casas de caridad, como los que hayan sido o fueren en cualquiera otro paraje, y no tengan padres conocidos, sean tenidos por legítimos por mi real autoridad, y por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepción, no obstante, que en alguna o algunas reales disposiciones se hayan exceptuado algunos casos, o excluido de la legitimación civil para algunos efectos; y declarando, como declaró, que no debe servir de nota de infamia o menos valer la cualidad de expósitos, no ha podido ni puede tampoco servir de óbice para efecto alguno civil a los que hubieren tenido o tuvieren. Todos los expósitos actuales y futuros quedan y han de quedar, mientras no consten verdaderos padres, en la clase de hombres buenos del estado, gozando los propios honores, y llevando las cargas sin diferencia de los demás vasallos honrados de la misma clase".⁹⁶

Desde el siglo XVI se manifiesta en la nueva España la preocupación por el niño huérfano; se tiene el antecedente de una casa de Expósitos fundada por Vasco de Quiroga en Valladolid hacia el año de 1531 y de un asilo que, para alojar niños abandonados, estableció Don Pedro López en el edificio que más tarde ocupó el hospital Morelos.

Sin embargo, es en el siglo XVIII, con la creación de la casa niños Expósitos de la Ciudad de México, cuando se plasmaron los ideales ilustrados de atención a los huérfanos, dotando a la casa de algunas características que lo diferencian de los establecimientos similares creados con anterioridad.

Fundada bajo el ideal cristiano de caridad y con el propósito de salvar la vida y proteger y educar al niño, su objetivo final fue convertir al menor en un ser útil a la sociedad. Si bien la piedad y la misericordia funcionaron como elementos de motivación para el establecimiento de la casa, éstas fueron desplazadas por la idea

⁹⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op Cit. p. 214.

de que gracias a la ilustración, el niño podría, con el tiempo, lograr su integración a la sociedad. Este hecho se refleja claramente en la real orden de Carlos III del año de 1788, en la cual se determina que a los niños se les dé la debida educación y enseñanza, para que sean vasallos útiles y enseñen oficios y destinos convenientes a ellos mismos y al público.

Al salir de la institución, el menor –gracias a la formación recibida en la casa– ocuparía ya un lugar en la sociedad. Primero mediante su aplicación en el trabajo, formando parte de la población productiva, y segundo, ajustándose a los cánones sociales gracias a la educación cristiana que le fue impartida.

La casa de expósitos es distinta a otras instituciones, como hospicios, asilos, casas de recogidos, etc., diferencia que se determina a partir del tipo de asilos que recoge.

La situación de estos niños propició que en algún momento fueran tratados despectivamente y calificados de bastardos, espúreos, incestuosos o adúlteros e ilegítimos, estando además al margen del derecho. Estas razones fueron suficientes para que se promoviera su legitimidad. En la Nueva España, el arzobispo Lorenzana en el memorial que presenta al público para dar noticia de la importancia que tenía la institución de la que fue fundador, exponen en 1770 una serie de motivos que justificaban el derecho que tienen los expósitos de considerárseles como legítimos. Esta iniciativa obtiene una respuesta, años después, con la expedición de una Real cédula de Carlos IV, en el año 1794, determinando que los expósitos sin padres conocidos se tengan por legítimos para todos los oficios civiles, sin que pueda servir de nota la cualidad de tales.

Gracias a ésta, se prepara el porvenir de estos niños, poniéndolos a salvo de las dificultades y exigencias de su época.

En la década de los sesentas del siglo XVIII, por iniciativa del arzobispo de México, Lorenzana y Buitrón, se tomó en arrendamiento una casa en la plazuela del Carmen para dar alojamiento a los expósitos y a los niños huérfanos de madre o cuya pobreza impedía criar a sus hijos. En 1771 Lorenzana se vio obligado a partir hacia la península y él dejó en manos del arzobispo Alonso Núñez de Haro y Peralta la continuación de su obra. Este, con su esfuerzo, reunió donativos y limosnas que permitieron el traslado de la casa al puente de la merced en 1771. Dos años más tarde se aprobaron las constituciones por real cédula, en las que se declaraban rectores propietarios a los arzobispos de México.

En el año de 1774 se aprueba, la fundación de la congregación de la Caridad, que estaría al cuidado y gobierno de la casa. Hasta el año de 1821 se siguió cierta continuidad en el gobierno de la casa de expósitos, pero en esta fecha se dio un hecho muy importante: la cuna quedó bajo la protección de la Mitra de México. Estuvo también bajo la dirección de una junta de caridad, que a mediados del siglo llegó a tener sólo un papel nominal.

Al triunfo de la Guerra de Reforma, el presidente Juárez decretó, en 1861, la secularización de los establecimientos de beneficencia, con lo cual éstos quedan adscritos al Gobierno del Distrito a través de la Dirección General de la Beneficencia Pública. Es a partir de esta disposición cuando la casa de niños expósitos figura ya como un servicio público. Un año más tarde se emitió una disposición que la convertía en autónoma de la beneficencia pública en el aspecto económico, ya que contaban con los recursos propios que le permitían solventar sus necesidades.

Con el transcurso del tiempo, la institución adquirió gran importancia, aumentando considerablemente el número de asilados y haciendo insuficiente las instalaciones que ocupaba desde el siglo XVIII. Por este motivo, desde 1914 surgió la preocupación por dotar a la institución de un edificio más adecuado. En esta fecha se proyectó arrendar el casco de la hacienda de San Pedro Mártir, ubicada en la

plaza de Santa Catarina, Coyoacán. Se hicieron los trámites necesarios, pero en el último momento el traslado se suspendió en vista de que el inmueble era demasiado reducido para el número de niños asistidos.

Cuatro años más tarde, se cambió, finalmente, a la calle de Josefa Ortiz de Domínguez, en Tacuba, y por último, en 1933, se trasladó a Coyoacán, donde permanece hasta nuestros días con el nombre de casa cuna.

El abandono de niños se ha ido reproduciendo a lo largo del tiempo hasta nuestros días, del mismo modo que el infanticidio. Muchos eran abandonados a su suerte a la intemperie, donde morían de hambre, de frío o de congelación, salvo algunos pocos que eran recogidos por sentimientos de pena para ser cuidados. Los sentimientos de pena hacia los pequeños escondían frecuentemente la verdadera intención de sus protectores, ya que muchos de ellos utilizaban posteriormente a los niños para la servidumbre y esclavitud, o bien eran mal cuidados e incluso mutilados para ser expuestos posteriormente en las calles con fines de mendicidad y en beneficio propio.

El abandono de niños fue disminuyendo, siguiendo lógicamente la progresiva precaución social por el mundo infantil, aunque adquirió caracteres relevantes a mediados de la edad media hasta el siglo XVII, bajo la mortalidad de cesión de los hijos a otras clases económicamente más pudientes para hacer criados y educados, siendo, en realidad, en la mayor parte de los casos, explotados y utilizados en trabajos inapropiados a su edad. En otras ocasiones eran literalmente vendidos, como prenda económica en pago a determinados servicios.

3.2. CONCEPTOS.

Por lo que respecta a los menores se explicaran las situaciones de exposición, abandono y maltrato.

3.2.1. CONCEPTO DE EXPOSICIÓN DE HIJOS.

La exposición de hijos es aquel "abandono que se hace en lugar público o privado de una criatura incapaz de proveer por sí misma a su subsistencia".⁹⁷

Como se puede observar la exposición de niños significa "dejarlos allí donde existe la seguridad que han de ser recogidos, como en la puerta de un asilo o en el torno de una inclusa, donde está excluido el sentimiento o propósito de que el niño muera a causa del abandono".⁹⁸

Otra fuente nos dice que los expósitos, según el Cardenal Lorenzana, son "los niños expuestos a la piedad de los fieles, esto es, arrojados y puestos fuera de la casa de sus padres, en los campos y en los montes. Expósito es, entonces, el niño abandonado por sus padres o por alguna otra persona que lo tenga en su poder".⁹⁹

A principios de este siglo, en 1905, todavía se consideraba como expósito a los "niños y niñas sin padres conocidos".

El Código Civil para el Distrito Federal en el capítulo V, denominado De la tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia, del título noveno referente a la tutela en su artículo 492 nos define lo que se considera como menores expósitos, y así nos dice que:

Artículo 492: "Se considera expósito al menor que es colocado, en una situación de desamparo por quienes conforme a la

⁹⁷ CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III. Editorial Heliasta. Argentina 1986. p. 643.

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ Guía del Fondo Casa de Niños Expósitos. Secretaría de Salud Oficialia Mayor. Unidad de Información y Documentación Institucional. Serie Guías. Número 13. México 1989. p. 2.

ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen”.

Después de observar que es un menor expósito puedo concluir que es aquel menor que es colocado o abandonado en lugar público o privado poniéndolo en una situación de desamparo ya que no puede proveerse por sí mismo, y éste es abandonado por sus padres o por las personas que lo tienen a su cargo,

3.2.2. CONCEPTO DE ABANDONO DE HIJOS.

Respecto a este concepto comenzaremos diciendo, que el verbo abandonar según lo define el diccionario de la lengua española significa “desinteresarse o dejar desamparada a una persona o cosa”.¹⁰⁰

Podemos decir entonces que abandono es “dejar a la persona en situación de desamparo material con peligro para su seguridad física. En el vocablo se comprende el desamparo de los que por algún motivo deben ser protegidos por quienes tienen el deber u obligación de ello”.¹⁰¹

Rafael de Pina Vara nos menciona que abandonar es “desamparar a una persona o familia, o dejar una cosa”.¹⁰² En este caso nos referimos al desamparo de un menor y como tal identificamos a la persona que aún no ha alcanzado la mayoría de edad, que como sabemos en México es a partir de los 18 años.

¹⁰⁰ Diccionario Enciclopédico Visual Color. Editorial Euro México. México 1996. p. 2.

¹⁰¹ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo I. Editorial Porrúa. México 1998. p. 11.

¹⁰² DE PINA, Rafael. Op. Cit. p. 13.

El Código Civil para el Distrito Federal en el capítulo V, denominado De la tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia, del título noveno referente a la tutela en su artículo 492 nos define lo que se considera como menor abandonado diciendo:

Artículo 492 "... Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considera abandonado."

Para Maggiore abandonar quiere "decir dejar, definitiva o temporalmente, con tal que sea por un tiempo apreciable, de modo que se ponga en peligro la incolumidad personal".¹⁰³

Maria Inés Bringiotti nos dice que abandono es "dejar literalmente al niño abandonado en una puerta, plaza, techo de basura, etc., sin intención aparente de volver".¹⁰⁴

Podemos considerar que menor abandonado en amplio sentido, es aquel menor que es dejado en desamparo por quienes legalmente tienen la obligación de brindarle protección.

La víctima sufre abandono por parte de sus padres o responsables que ponen en peligro su salud o su vida.

El abandono consiste según Núñez "en dejar en un lugar, en situación de desamparo peligroso para la salud física o la vida a una persona menor".¹⁰⁵

¹⁰³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p. 206.

¹⁰⁴ BRINGIOTTI, Maria Inés. La escuela ante los niños maltratados. Editorial Paidós. Argentina 2000. p. 50.

Por tanto el abandono implica privar de la asistencia y resguardo físico de los cuidados necesarios, significa el alejamiento de los padres o tutores, con desamparo para la víctima. Este delito implica una omisión de los deberes de asistencia y resguardo.

La relación autor-víctima en el abandono muestra la estrecha vinculación; frecuentemente es la madre la autora del abandono, en otros casos el padre y la madre del menor.

En este delito, se considera que las personas que realizan estos comportamientos son los encargados o tutores provisorios del menor, la realidad ha demostrado que generalmente son los propios padres los autores del abandono.

Se puede decir que los motivos del abandono están vinculados a una conflictiva conyugal que ha desencadenado la separación de la pareja. Cuando las jóvenes solteras han sido abandonadas por los padres de sus hijos, abandonan a éstos, repitiendo así la situación.

Otro de los motivos del abandono es la enfermedad de la madre, el estado de desesperación en la que se encuentra. Se dan los casos típicos de bebés y niños en las iglesias, hospitales y terminales de autobús y trenes. La madre se asegura, de este modo, que el niño será atendido. El abandono del bebé en el hospital-maternidad donde se asistió la madre es un comportamiento frecuente en todos los países.

El abandono puede estar, motivado por diversas situaciones, partiendo de una conflictiva conyugal, una madre sola, desempleo, carencias económicas, amenaza familiar, etc., pero en todos los casos se advierte una insensibilidad y falta de afecto hacia el menor.

¹⁰⁵ MARCHIORI, Hilda. Criminología. La Víctima del Delito. Editorial Porrúa. México 1998. p. 127.

El menor es considerado por sus padres, un problema, un estorbo, una marca, un agravador de conflictos, éstos son los motivos disparadores de la decisión de abandonarlo.

Es vital para la futura salud mental del individuo que los padres proporcionen cuidado y afecto desde niño, especialmente que la relación madre-hijo sea calida y constante, pues si el niño carece de tal relación sufre de privación materna y esta situación predispone a los niños a responder de una manera antisocial ante conductas conflictivas.

La separación madre-hijo, el abandono de la madre, de los padres en una situación compleja, vinculada a la problemática familiar, a la personalidad de los autores. La madre presenta una conflictiva de personalidad debido a una acentuada inestabilidad que se traduce en falta de amor y de cuidados hacia el niño.

La gran mayoría de los niños infractores, drogadictos, con problemas de violencia llegan a esa situación debido a la desorganización familiar y por la desatención de los adultos que marginan –abandonan- al niño. Un padre alcohólico, una madre que rechaza al niño, la inestabilidad de la pareja están vinculados al abandono.

El abandono puede ser físico, esto es la separación padres-hijos pero también puede ser un abandono emocional, como se pueden observar en los casos de los niños quemados, niños infractores, niños drogadictos, jóvenes delincuentes. Los padres de estos niños y adolescentes son personalidades psicopáticas, con un comportamiento sádico y profunda insensibilidad moral y afectiva.

Las características de la víctima señalan desde niños muy pequeños, abandonados en hospitales e instituciones religiosas, casas de familias, hasta niños de 10, 11 y 12 años. En estos casos es la madre que se aleja, abandonándolo.

La víctima abandonada puede presentar deficiencia mental, malformaciones, enfermedades crónicas, estar privada de algún miembro de su cuerpo, sentido, etcétera.

Las consecuencias por el abandono repercutirán de por vida en la víctima. Se han hecho observaciones en niños gravemente privados de la relación maternal y muestran que ni su personalidad ni su conciencia están suficientemente desarrolladas, su conducta es impulsiva e incontrolable, son indiferentes y presentan graves problemas afectivos y agresivos.

3.2.3. CONCEPTO DE MALTRATO AL MENOR.

"Este fenómeno del maltrato infantil no ocurre sólo en la actualidad, sino que también ha ocurrido a lo largo de la historia; es decir, ha existido desde los inicios de la humanidad; la historia de maltrato a menores ocurre desde que el ser humano se encuentra en la faz de la tierra. Es así como el maltrato de niños por parte de adultos es un hecho conocido desde la antigüedad, como lo confirman los diversos relatos históricos y literarios que se remontan incluso a la época del Antiguo Testamento, pinturas rupestres e inscripciones en monumentos indígenas. Por lo tanto, debe entenderse y aceptarse que es un fenómeno tan antiguo como la humanidad misma y no una característica peculiar de la sociedad moderna. Por lo que en diversas culturas de todo el mundo lo han utilizado como una forma de educación y crianza para los hijos. Esto es debido a que antiguamente el maltrato era tomado por muchas familias como normal, sin intervención o sugerencia alguna de la sociedad. Pero con el paso del tiempo, los malos tratos dentro de la familia tuvieron serias consecuencias debido al grave daño que significan contra la dignidad de las personas, especialmente de los niños".¹⁰⁶

¹⁰⁶ GROSAN, Cecilia y Mesterman Silvia. Maltrato al Menor. (El lado oculto de la escena familiar). Editorial. Universidad Buenos Aires. Argentina 1992. p. 58-63.

Desde el punto de vista sociológico, "el niño es una persona inmadura, propiamente comprende la vida humana desde el nacimiento hasta la adolescencia. Francisco González de la Vega, al estudiar el estudio el delito de abandono de niños, nos proporciona un concepto jurídico penal del niño, de esta manera él expresa lo siguiente: Niño es la persona humana desde su nacimiento hasta la iniciación de la edad púber".¹⁰⁷

El Diccionario de la Real Academia define al niño como: "Persona que se halla en la niñez. Que tiene pocos años y así mismo nos define que niñez es: El periodo de la vida humana que se extiende desde el nacimiento hasta la adolescencia".¹⁰⁸

Como podemos observar en estas definiciones llegan a la conclusión en que desde el nacimiento hasta que se llega a la adolescencia, se le considera niño a un individuo, por tanto los niños presentan un grado muy alto de vulnerabilidad, ya que no pueden defenderse como lo haría un adulto. Existe una desigualdad ya que los recién nacidos apenas comienzan a crecer y desarrollarse, se da entonces una diferencia en el aspecto mental y físico al compararse con un adulto. Por tanto los maltratos que se les ocasionan a los niños conllevan un daño emocional y sus efectos pueden ser en un periodo a corto o largo plazo.

Para Hilda Marchiori el maltrato infantil "se refiere a los comportamientos violentos del adulto, generalmente los padres, dirigidos hacia los niños. La violencia significa abuso físico, golpes, maltrato sistemático, maltrato psicológico, que comprende una acentuada desatención y desprotección hacia los menores".¹⁰⁹

El autor Fuentes Alcalá, Mario define a los niños maltratados como "los menores de edad que enfrentan y sufren en forma ocasional o habitual actos de

¹⁰⁷ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. El Niño Maltratado. 2ª. Edición. Editorial Trillas. México 1999. p. 11.

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ MARCHIORI, Hilda. Op. Cit. p. 121.

violencia física, emocional o ambas, ejecutados por conductas de acción u omisión, pero siempre causados en forma intencional por padres, tutores o personas responsables de ellos".¹¹⁰

En tanto que el autor Elías Neuman señala que "el maltrato implica violencia física de cualquier tipo que lesione el cuerpo de un menor de 18 años. Una formulación de castigo, por lo general continuo e intencional, llevada a cabo por padres o personas que estén legalmente o no a cargo de dichos menores".¹¹¹

Tomando en consideración las definiciones anteriores puedo concluir diciendo que el maltrato al menor son las agresiones que reciben los menores por parte de los adultos, produciéndoles daños físicos y emocionales ejecutados por conductas de acción u omisión producidas de manera intencional por los padres o personas responsables de ellos y por lo cual los lesionan con el pretexto de corregir su conducta por desobediencia o cuando estos no cumplen con sus obligaciones.

TIPOS DE MALTRATO A MENORES:

MALTRATO FÍSICO.- Es el daño que se ocasiona de manera directa al menor y que afecta su integridad física. Se caracteriza a partir del acto orientado a maltratar o destruir parte del cuerpo o todo el ser del individuo.

"En este rubro se agrupa una infinidad de lesiones evidentes en el cuerpo de los menores, tales como hematomas, quemaduras, luxaciones, fracturas, entre otras, que en casos extremos pueden conducir a la muerte así como las agresiones físicas que no dejan huella en el cuerpo del menor como es el caso de castigos en los que el menor debe permanecer por largo tiempo en una posición incómoda. Debe

¹¹⁰ FUENTES ALCALÁ, Mario Luis. Memorias del Congreso Nacional sobre Maltrato al Menor. Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF). México 1996. p. 22.

¹¹¹ NEUMAN, Elías. Victimología (el rol de las víctimas en los delitos convencionales y no convencionales). 3ª. Edición. Editorial Universidad Buenos Aires. Argentina 2001. p. 86

mencionarse que estas agresiones no tienen más límite que la imaginación de sus autores".¹¹²

Los principales daños físicos ocasionados por el maltrato físico son: traumatismo craneo-encefálico, contusiones, fracturas y daños irreversibles (pérdida de un miembro, daño neurológico o limitaciones físicas).

Por tanto puedo llegar a la conclusión de que el maltrato físico va a ser aquel daño que se ocasiona de manera intencional al menor y que va dirigido con el propósito de causarle daño a su integridad física.

MALTRATO SEXUAL.- El abuso sexual es todo acto ejecutado por un adulto o adolescente, ya sea por familiares, como son los padres, madres, tíos, hermanos, abuelos, padrastros, hermanastros o alguna persona allegada al menor; que se vale de éste para estimularse o gratificarse sexualmente. Esta conducta puede realizarse con o sin el consentimiento infantil, pues son actos para los que en la infancia se carece de madurez y el desarrollo necesario para evaluar su contenido y consecuencias; se manifiesta en diferentes formas y grados y puede incluir hostigamiento sexual, inducción a la pornografía, a la prostitución y hasta la violación.

Para Kempe el abuso sexual es definido como: "la implicación de niños y adolescentes dependientes e inmaduros en cuanto a su desarrollo, en actividades sexuales que no comprenden plenamente y para las cuales son incapaces de dar un consentimiento informado y que, asimismo, violan los tabúes sociales o los papeles familiares".¹¹³

¹¹² FUENTES ALCALÁ, Mario Luis. Op. Cit. p. 32.

¹¹³ GROSMAN Cecilia y Masterman, Silvia. Op. Cit. p. 28.

Respecto a este criterio Grosman Cecilia define el abuso sexual como: "aquella situación en que un adulto utiliza su interrelación con un menor (relación de sometimiento) para poder obtener satisfacción sexual, en condiciones tales en que el/la niño/a son sujetos pasivos de tales actos, y pierden la propiedad sobre sus propios cuerpos".¹¹⁴

Maria Arrubarrena y Joaquín de Paúl definen al abuso sexual como: "cualquier clase de contacto sexual con una persona menor de 18 años por parte de un adulto desde una posición de poder o autoridad sobre el niño".¹¹⁵ El niño puede ser utilizado para la realización de actos sexuales o como objeto de estimulación sexual. Y éste se puede expresar en cuatro tipos de categorías:

1. Incesto. Si el contacto físico sexual se realiza por parte de una persona de consanguinidad lineal o por un hermano, tío o sobrino. También se puede incluir el caso en que el adulto esté cubriendo de manera estable el papel de los padres.
2. Violación. Cuando la persona adulta es otra cualquiera no señalada anteriormente.
3. Vejación sexual. Cuando el contacto sexual se realiza por el tocamiento intencionado de zonas erógenas del niño o por forzar, alentar o permitir que éstos los haga en las mismas zonas del adulto.
4. Abuso sexual sin contacto físico. Aquí se incluirían los casos de seducción verbal explícita de un niño, la exposición de órganos sexuales con el objeto de obtener gratificación o excitación sexual con ello, y la auto masturbación o

¹¹⁴ *Íbidem*, p. 29.

¹¹⁵ ARRUBARRENA, María Ignacia y De Paúl Joaquín. Maltrato a los Niños en la Familia. (evolución y tratamiento). Ediciones Pirámide. España Madrid. 1998. p. 33.

realización intencionada del acto sexual en presencia del niño con el objeto de buscar gratificación sexual.

Desde los puntos de vista anteriores puedo decir que el maltrato o abuso infantil puede considerarse a cualquier clase de contacto sexual con un menor de 18 años por parte de un familiar o adulto aprovechándose de su posición de poder o autoridad sobre el menor.

Las conductas anteriormente mencionadas se presentan mayoritariamente hacia las niñas y el agresor generalmente es varón, un familiar cercano o cualquier adulto que tenga fácil acceso a los infantes.

Se utiliza la relación de cercanía, confianza o autoridad para perpetrar el abuso, y en un alto porcentaje no se trata de un hecho aislado sino de una conducta que se repetirá durante meses o años. Los medios que utiliza un adulto para cometer el abuso sexual son variados: seducción, coerción, chantaje, amenaza y en menor grado, fuerza física.

El término de abuso sexual implica la existencia de un episodio traumático; sin embargo, se dan casos en los que la violencia no ocurre y por el contrario hay manipulación genital, besos o exhibicionismo por parte del agresor, aunque definitivamente no deja de existir un abuso y consecuentemente un daño irreversible para quien recibe este tipo de experiencia a una edad temprana.

MALTRATO PSICOEMOCIONAL.- "Desde siempre, el concepto del niño maltratado se ha enfocado básicamente al maltrato físico con sus consecuencias; sin embargo, al estudiar profundamente a las víctimas se ha llegado a comprender que el descuido y la falta de atención en la educación de estos niños, así como el abuso emocional conllevan modos de maltrato tan profundos e incluso con efectos más graves que los del maltrato físico. Actualmente se considera que abusar del menor

no sólo consiste en golpearlo físicamente, sino que ello abarca una amplia gama de hechos destructivos que lesionan el bienestar físico, emocional, social y cognoscitivo del niño, por ello prácticamente todas las variantes del maltrato descansan sobre bases de alteración psicológica".¹¹⁶

Para el autor Kempe "el maltrato emocional esta constituido por formas más sutiles (que son muy corrientes) en las que los niños están permanentemente aterrorizados, regañados o rechazados".¹¹⁷

El maltrato emocional es el daño que se ocasiona en la dignidad del menor y afecta de manera directa su conducta. Aquí se enmarcan las actitudes que, a diferencia de las mencionadas antes, van dirigidas de modo exclusivo a dañar la integridad emocional del menor. Entre éstas se encuentran todo tipo de manifestaciones verbales y gestuales que humillan y degradan al niño. Este tipo de maltrato invisible deja lesiones en la integridad del pequeño y le provoca devaluación de su propia imagen, baja autoestima, culpa e inseguridad personal.

En este rubro se pueden identificar dos tendencias: el menor que responde a la agresión en forma pasiva y el que responde adoptando conductas antisociales.

Los padres que se valen de la agresión verbal son insensibles, tanto para el dolor que causan como para el daño perdurable que ocasionan; marcan al hijo en su estima dejando profundas cicatrices en su ser. Son diferentes maneras de agresión y son elementos que alteran profundamente el desarrollo del niño, después se encuentran en el adulto como huellas dejadas en la infancia aunque no hayan pasado por un hospital, ni tenido que usar aparatos de yeso.

¹¹⁶ GONZÁLEZ, Gerardo. Manual sobre Maltrato y Abuso Sexual a los Niños: Aspectos Psicológicos, Sociales y Legales. UNICEF-COVAC. México 1995. p. 9.

¹¹⁷ GROSMAN, Cecilia y Masterman Silvia. Loc. Cit.

3.3. CLASIFICACIÓN DEL ABANDONO.

El abandono por su parte se clasifica en moral y material.

3.3.1. ABANDONO MORAL.

El término abandono, derivado del latín *bandonare* o *abandonare*, significa desamparar. Referido a los menores, señala la insuficiente o nula protección que se les otorga por parte de los obligados a prestarla, dejándolos entregados al azar de lo desconocido, o a toda suerte de desventuras.

“El abandono moral se producen tanto por acción como por omisión y puede manifestarse de forma explícita, en virtud de un acto voluntario, o de forma implícita, cuando concurren determinadas circunstancias que así lo hacen presumir y, en cuyo caso, nos encontramos ante una auténtica presunción o ficción legal.

Si bien la moral es la ciencia que trata del bien general y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia, también se aplica al conjunto de facultades del espíritu, en contraposición a lo material”.¹¹⁸

El hombre vive con sus semejantes que son tan libres como el, y si sobre la libertad de cada uno no existiera un principio de unión y de dependencia recíproca, cada cual obraría a su albedrío y la colisión permanente entre las respectivas libertades impediría todo orden y armonía en la sociedad. La moral no es sólo subjetiva, ni puede reducirse a un atomismo de relaciones subjetivas, ya que afecta necesariamente al doble carácter, individual y social, de los seres humanos.

El sentimiento de la dignidad y la consecuencia obligada de atribuir cualidades inmanentes a lo moral, reducen el criterio de la bondad o malicia de las acciones

¹¹⁸ MENDIZABAL OSES, Luis. Derecho de Menores. Teoría General. Ediciones Pirámide. Madrid 1977. p. 282.

humanas a un plano estrictamente subjetivo, pero al ser insuficiente la sola intención para firmar el orden ético y no ser la inocencia el ideal de la moralidad, resulta que la mera intencionalidad jamás podrá exceder de un simple formalismo absolutamente ineficaz para la vida. La relación existente entre derechos y deberes no se reduce a una mera reciprocidad, ya que por su reducido contenido excluirá toda una amplia gama de obligaciones que tienen su razón de ser en las necesidades subjetivas de los menores. La obligación moral, así concebida e interpretada, no es un sentimiento, es un imperativo de la razón que manda cumplir la ley, contrariando el propio sentimiento personal. De ahí que la moral sea la ciencia, no de lo que es, sino de lo que debe ser.

Donde no hay *cognitio finis* no puede haber moral. Hasta que no termina el egoísmo no empieza la moral. Por esto, identificada la moral con el reino de los fines, con la vida ideal, presupone la erradicación del egoísmo.

La crisis de los valores éticos que hoy evidencia la sociedad, por su masificación y despersonalización, condiciona en gran medida ciertas actitudes y conductas no deseadas, cuyas conciencias sufren los menores, con graves efectos traumatizantes de su personalidad. Puesto que los padres dieron la vida a sus hijos, tienen la gravísima obligación de conservarla, favorecerla y de guiarla en todo instante y circunstancia. En este deber moral, explícitamente reconocido por el derecho positivo, un imperativo que no puede quedar al arbitrio de la voluntad individual.

Por tanto podemos decir que el abandono moral es " la situación en que se encuentra un menor como consecuencia de eludirse, por parte de quienes estén obligados a protegerle y guardarle, el cumplimiento de la carga de satisfacer sus necesidades subjetivas, al no facilitarle el disfrute de los bienes suprasensibles que precisa para desarrollar su personalidad".¹¹⁹

¹¹⁹ Ídem.

Otra definición que le podemos darle al abandono Moral es cuando éste se refiere a " la falta de acción educadora e incluye la formación intelectual y del carácter así como la vigilancia y corrección de su conducta. Se consideran, así, en estado de abandono y peligro moral los niños descuidados, explotados y maltratados, así como los que no tienen hogar conocido, domicilio fijo, etcétera".¹²⁰

El abandono moral, en su acepción genérica, implica una conducta negligente que atenta contra el principio de igualdad de oportunidades. En cuanto que coarta el desenvolvimiento de las facetas afectivas, moral, psicológica e intelectual de la personalidad, evidencia una indiscutible falta de celo y de diligencia en propiciar al menor los elementos imprescindibles que precisa para afrontar con éxito el futuro.

Este abandono moral, cuando intencionadamente se producen, supone un estado de evidente egoísmo que pasa a configurar esos malos tratos de carácter moral, esencialmente nocivos y perturbadores para la evolución normal de la personalidad del que los padece.

La intervención tutelar del Estado, en estos supuestos, comprende el amparo y defensa de todos los aspectos de la vida del menor. Por su carácter integral, esta protección, en cuanto que debe dirigirse a prevenir, en primer lugar, unas situaciones no deseadas, nos señala la necesidad de instrumentar los adecuados servicios protectores que sean capaces de proporcionar las orientaciones y auxilios que la minoría de edad exige.

La tutela que estamos exponiendo es de carácter subsidiario, porque únicamente ha de entrar en juego cuando no se proporcionen a un menor los aportes que precisa para desenvolver su personalidad y cuyo déficit habrá de manifestarse objetivamente, en lo que pudiera denominarse carencia de realismo moral.

¹²⁰ PEREIRA GÓMEZ, María Nieves. El Niño Abandonado: Familia, Afecto y Equilibrio Personal. Editorial Trillas. México 1991. p. 29.

Durante la primera infancia, la conducta del menor se caracteriza por la obediencia ciega. El límite entre lo correcto e incorrecto, el bien y el mal, se basa en lo que los adultos más allegados permiten o prohíben, premian o castigan. En esta fase netamente heterónoma del desarrollo, las órdenes de las personas que son queridas y respetadas determinan el establecimiento de normas obligatorias y, aún cuando éstas no emanen de su propia convicción, el niño se siente forzado a actuar conforme a ellas, precisamente por carecer de los conceptos necesarios.

En este primer periodo del realismo moral, en que los menores no elaboran, juzgan o interpretan las reglas que les imponen sus mayores, cuando puede acontecer que dichas reglas sean arbitrarias por no responder a un cierto ideal de lo que es justo. En este supuesto se les infiere a los menores un gravísimo daño, porque ellos no acomodarán sus conductas al espíritu de la ley, por seguir fielmente la letra de la misma. De ahí que tal realismo moral deriven concepciones objetivas de conducta, ya que no cuentan para nada las estimaciones subjetivas. Los actos que realizan se evalúan no en función de sus motivaciones, sino en términos de conformidad al mandato, según les viene impuesto por el adulto que los dicta.

En la fase siguiente, según el menor aumenta su experiencia, comienza a tener conciencia de que no siempre es posible cumplir lo que se le manda. Advierte que estas reglas de conducta no son fijas, al observar que los adultos las modifican a tono con las circunstancias. Una vez cumplidos los ocho o nueve años de edad, comienza a comprender el carácter elástico de las reglas que se le trata de imponer. Observa que no son objetivamente reales, que pueden modificarse por quienes las dictan para que se vayan adaptando a las diferentes situaciones que se plantean. Así es como comienza a ser original su manera de interpretarlas y a interesarse por interpretar sus propios actos.

El tránsito entre la interpretación de las reglas y la de sus propios actos implica la aparición en la fase autónoma, en contraposición con la heterónoma que la

preceder. Comienza a formar sus propios juicios morales, aún cuando éstos pueden ser reforzados con las orientaciones y ejemplos impartidos por los adultos, ya entra en juego la iniciativa, cierta independencia de criterio y la originalidad personal que opone cierta resistencia al conformismo y ciega obediencia de los periodos precedentes. Como vemos el indudable riesgo, cuando el auténtico y real peligro, que deriva de las influencia que sobre el menor ejercen los adultos en el seno de su familia, cuando tales influencias no respondan a un actuar consciente y responsable de la función que deberían desempeñar.

Estas exigencias morales de carácter objetivo que impregnan todas las vivencias reales del deber en la conciencia infantil, se van forjando, desde el prisma subjetivo, la propia conciencia. Lo que para la moral colectiva es un requerimiento, para la ética individual del menor se configura como obligación interna. No obstante., cuando pese a aquellas exigencias morales de carácter objetivo la moral se desconoce o elude y la ejemplaridad del actuar paterno, materno o de los que hagan sus veces no somete al menor a una serie de demandas ante las cuales pueda asentir, transformándolas en deberes íntimos, se produce una situación de real peligrosidad en el orden moral.

Cuando la transferencia de la conducta de un adulto a un menor se origina violentando aquéllas normas de convivencia pacífica que, por su naturaleza moral, son socialmente positivas, se reproduce una situación de corrupción moral que directamente lesiona el desarrollo armónico de su personalidad.

La intimidad familiar jamás podrá esgrimirse como excepción contra la intervención tuitiva del Estado, para amparar la irresponsabilidad o la equidad. El déficit de cariño o de comprensión que padezca un menor, no sólo influyen negativamente en su desenvolvimiento personal, sino que las consecuencias de ello revierte en la comunidad. De ahí que la indiferencia de los adultos hacia el bienestar de los menores, en base a esa armonía social que, no por generalizada, resulta

satisfactoria. Las consecuencias que resultan de ella exigen que el Estado intervenga para proteger a aquellos de forma realmente eficaz.

Cuando quiebran parcial o totalmente en los medios familiares condicionantes imprescindibles que transforman el necesario clima afectivo y estable en algo radicalmente perturbado para la forja de la personalidad evolutiva de los menores que son miembros de aquélla, se produce, cuando menos, un grave riesgo de carácter moral del que resultarán víctimas los menores. Y es ésta una situación que plantea un indudable problema de índole individual y social que debe ser resuelto eficaz y satisfactoriamente desde la perspectiva jurídica, arbitrándose por el Estado la puesta a punto de cuantas medidas sean precisas.

La lesión que, en el plano individual, es la resultante de no dar satisfacción adecuada a las necesidades subjetivas del menor y que inmediatamente deviene de la irresponsable conducta paternal, trasciende al plano social mediatamente, porque la racionalidad traumatizada en la misma raíz de la personalidad incide en su naturaleza social de tal manera que, al manifestarse, evidencia la lógica inadaptación para una ajustada y pacífica convivencia. Así es como por no haberse prevenido las causas, después, cuando sus efectos trascienden del estricto marco familiar y se producen situaciones notoriamente antijurídicas protagonizadas por menores, se alarma la conformista conciencia social y clama por la restauración del orden jurídico. Conciencia social que egoístamente despierta al recibir lo que en estricta justicia le corresponde, ya que por su atonía fue incapaz de dar cumplida satisfacción a las entidades subjetivas de los menores, consintiendo por omisión culposa, cuando no dolosa, en esta falta de respecto a cuanto entraña la dignidad personal de ese menor indefenso, ante las arbitrariedades e injusticias de toda índole por parte de quienes, por ley natural están obligados a protegerle.

3.3.2. ABANDONO MATERIAL.

La protección y guarda de los menores es una cuestión que si directa o indirectamente responsabiliza de su ejercicio a quienes a ello, por razón natural o por concesión de la ley, vienen obligados, indirecta y mediatamente también corresponde dicha responsabilidad al Estado, bajo cuya tutela la colectividad menor de edad se encuentra. Por tanto es evidente que desde esta perspectiva adquieren inédita dimensión en el ámbito jurídico las causas determinantes del abandono material y moral de los menores.

Aun cuando en una sociedad desarrollada pueda parecer herético el que se pongan de manifiesto esas situaciones de abandono material y moral de los hijos, si resulta paradójico el resultado que ofrece el problema demográfico en el continente americano, en donde los condicionantes estructurales de la sociedad provocan situaciones que son tremendamente conflictivas. La reproducción explosiva del género humano obedece principalmente a factores culturales y educativos, pero los efectos de este fenómeno, cuando se sitúa a una gran masa de población menor de edad sin oportunidades, o con muy pocas, para que puedan desarrollarse adecuadamente, se ha de interpretar como un signo desfavorable.

Cuando se consideran los efectos de la explosión demográfica, no ya desde una perspectiva familiar, sino en el contexto social en que se produce, aquí nos encontramos ante una evidente falta de recursos para afrontar satisfactoriamente el problema social que se plantea. Pero no se trata de un problema abstracto, sino concreto, que deberá interpretarse en función de las circunstancias particulares en que el fenómeno tiene lugar. Su inmediata consecuencia se refleja por el gran número de menores que quedan material o moralmente abandonados. Es decir, que carecen o se les priva de los medios indispensables que favorecen el desenvolvimiento de la personalidad de forma armónica e integral.

Por lo cual es frecuente asociar el abandono del menor con la carencia de sus padres, con su irresponsabilidad o con su incapacidad para protegerlos y guardarlos, pero aún siendo verdaderas estas causas, resultaría más exacto relacionar el abandono con la imprevisión y fallos de la sociedad. De aquí que pueda afirmarse que existen familias, y consecuentemente menores, a los que la sociedad ha dejado abandonados. El concepto de abandono, por tanto, referido a un menor, generalmente afecta también al abandono en que la familia se encuentra.

Es imprescindible distinguir entre el abandono material y moral en directa relación con el estado socio-cultural y económico de la familia. En las familias más deficientes, ambas clases de abandono son frecuentes. Por el contrario, en las que se encuentran en una posición más privilegiada, el abandono material es inconcebible, si bien el de carácter moral es frecuente.

Frente a la declaración judicial del abandono en que se encuentre un menor, se suele utilizar el concepto de simple abandono en estrecha relación con la carencia de padres y aun teniéndolos, con su irresponsabilidad o incapacidad para proporcionarle lo más elemental para su subsistencia y educación.

En relación con el abandono de carácter material es "procurar que no se produzcan casos de abandono o indigencia de menores, sea por causa de orfandad o por otra causa, recabando la colaboración legal necesaria de las corporaciones obligadas a procurar el sustento y educación de ellos y, en todo caso, poniendo remedio inmediato a su situación. Remedio que se adopta mediante la creación y fomento de instituciones que se dediquen a recoger, alimentar, sanar o educar a los niños necesitados de protección".¹²¹

Por otro lado también podemos señalar que "el abandono material afecta a la asistencia alimenticia, que incluye el vestido, la vivienda, etc. Se incluyen en este

¹²¹ MENDIZABAL OSES, Luis. Op. Cit. p. 175.

apartado a los que carecen de recursos para subsistir (por muerte, desaparición o abandono de los padres) es decir, los huérfanos y desamparados, además de los niños nacidos legalmente fuera del matrimonio y expuestos en la vía pública para ocultar su filiación, y los entregados por sus padres a las inclusas y casas de maternidad, con el propósito de romper para siempre toda relación con ellos".¹²²

Son también incluidos los hijos de familias muy necesitadas cuyos padres, sin llegar a deshacerse de los hijos, los tienen sumidos en la indigencia.

La acción asistencial fundada en motivos de carácter material está referida a los niños de clases necesitadas que precisen de una asistencia especial, procurándose atender principalmente a los niños de familias numerosas, y por tanto acudir en lo posible a que todo niño nacido sin padre y madre conocidos tengan un protector social.

Cuando nos encontramos en la situación del simple abandono, que es la falta de asistencia en que se encuentra un menor, y por lo cual se da la carencia de alimentos; carencia de la que surge un grave problema del que es víctima un menor que se ve privado de los recursos indispensables para subsistir; se da una relación con el abandono material ya que están ligados, por que aquí se presenta el desamparo a la alimentación y vestido de los menores.

Para finalizar "el abandono material es apoyado por institutos de protección y guarda, en donde se les impone a los padres, de forma indistinta y solidariamente, la carga de satisfacer las necesidades subjetivas del menor que como hijo suyo reconozcan. El incumplimiento de esta carga por negligencia imputable a los obligados a ello, determinara la suspensión de su ejercicio y se adoptarán, asimismo, las cautelas necesarias para estimular la responsabilidad paternal y se deberán

¹²² PEREIRA GÓMEZ, Maria Nieves. Loc. Cit.

adecuar las consiguientes asistencias de carácter social, para que con su ayuda los padres sean capaces, por sí mismos, de solventar su problema en interés del hijo".¹²³

Por el contrario, el incumplimiento intencionado de dicha carga, de la que derive un riesgo o un daño evidente para el desarrollo integral y armónico de la personalidad del menor, habrá de privar a los padres, de forma inmediata, radical y permanente, de ejercer la protección y guarda de su hijo.

3.4. CONSECUENCIAS DEL ABANDONO.

Referente al abandono se dan consecuencias tanto emocionales o psicológicas como físicas y sociales.

3.4.1. EMOCIONALES O PSICOLÓGICAS.

Existen muchos casos de adultos agresores, en donde éstos fueron agredidos o maltratados durante su niñez, los malos tratos ocasionan inseguridad en sí mismos lo que da como resultado personas frustradas, mismas que no pueden llegar a desarrollarse adecuadamente.

Cuando existe la exposición de menores de forma constante esto genera la violencia desde temprana edad, ya que impacta en sus capacidades cognitivas, emocionales y sociales; haciéndolos susceptibles a presentar síntomas psicosomáticos, estados depresivos y psicóticos, maltrato físico y emocional dentro del hogar, ser abusados sexualmente, presentar bajo rendimiento en la escuela, tener problemas de conducta y de adicciones, lo cual, entre otras graves consecuencias, puede convertir al menor en un delincuente. Es por esto que en la conducta de los menores se observa:

¹²³ MENDIZABAL OSES, Luis. Op. Cit. p. 260.

Temores y desconfianza y gran dificultad para establecer relaciones interpersonales profundas y estables.

Los sentimientos de estima personal no se desarrollan adecuadamente en el menor, toda vez que se acepte el maltrato como algo que se merece por su desobediencia o incapacidades.

Ante el maltrato los niños pueden responder con un comportamiento pasivo, se les observan tristes y sumisos, o con un comportamiento rebelde y agresivo, generalmente dirigida hacia otros niños.

A nivel intelectual estos niños suelen presentar un retardo en su desarrollo y dificultades en el aprendizaje, como resultado de una pobre estimulación o desinterés de los padres en la educación de su hijo y, en parte, por temor del niño maltratado frente a las consecuencias de un posible nuevo error o fracaso.

Podemos observar que las consecuencias psicológicas de los malos tratos en los hijos puedan ser las siguientes:

1. Relación de apego insegura y ansiosa con sus padres.
2. Poca empatía y ayuda a sus compañeros y conducta agresiva ante las dificultades de otros niños.
3. Niños solitarios, con baja autoestima.
4. Baja inteligencia.
5. Déficit en el desarrollo cognitivo y moral.
6. Riesgo en la aparición de conductas antisociales y delictivas.
7. Deserción familiar.
8. Conflicto paterno-filial.
9. Conductas agresivas dirigidas al agente maltratante (lesiones-homicidio).
10. Deserción escolar.

11. Fomentar la socialización con grupos de pandillas.

Por otro lado los niños que han sido abusados sexualmente pueden presentar distintos indicadores psicológicos como son:

1. Una pobre auto-imagen.
2. Reactuación del acto sexual.
3. Fantasiosos.
4. Incapacidad para depender de, o amar a otros.
5. Conducta agresiva, problemas de disciplina y, a veces, comportamiento ilegal.
6. Coraje y rabia.
7. Comportamiento auto-destructivo o auto-abusivo, pensamientos suicidas.
8. Pasividad y comportamiento retraído.
9. Miedo de establecer relaciones nuevas o de comenzar actividades nuevas, ansiedad y miedos.
10. Problemas en la escuela o fracaso escolar.
11. Sentimientos de tristeza u otros síntomas de depresión.
12. Visiones de experiencias ya vividas y pesadillas.
13. Abuso de drogas o de alcohol.
14. Agresiones sexuales a otros niños más pequeños son vulnerables".¹²⁴

Otra consecuencia de los malos tratos es que el menor se desarrolla con un cúmulo de rechazo y agresividad lo que hace de él un adulto agresivo y resentido, que al ir acumulando agresividad puede llegar a producir actos no sólo en contra de sí mismo y su familia, sino de toda la sociedad.

El daño emocional severo que se les ocasiona a los niños maltratados se refleja hasta la adolescencia, o aún más tarde, cuando muchos de estos niños maltratados se convierten en padres abusivos y comienzan a maltratar a sus hijos.

¹²⁴ BRINGIOTTI, María Inés. Op. Cit. p. 69-72.

Cuando un adulto que fue abusado de niño, este tiene mucha dificultad para establecer relaciones personales íntimas. Estas víctimas, tanto los hombres como las mujeres, pueden tener problemas para establecer sus relaciones cercanas, para establecer una intimidad y confiar en otros al llegar a adultos. Estos están expuestos a un riesgo mayor de ansiedad, depresión, abuso de sustancias, enfermedades médicas y problemas en la escuela o el trabajo.

Las consecuencias psicológicas son en general aquellas que van a afectar al menor en cuanto a sus valores, afectos, carentes y que van transformando su personalidad en toda su vida adulta de una forma importante. Si no se les da el tratamiento adecuado a las personas el daño puede repercutir para toda su vida.

3.4.2. FISICAS.

Los malos tratos generados a los menores pueden ocasionarles algunas lesiones que son determinantes y pueden desencadenar hasta la muerte del menor; otras, en cambio, pueden originar déficit cognitivos y psicomotores permanentes.

Se han observado en los niños maltratados una alta incidencia de daño cerebral, problemas de aprendizaje, retardo en el crecimiento, así como la falta o dificultad para coger peso. Los efectos del abuso son diversos y en algunos casos muy graves. El maltrato físico impacta en el desarrollo físico y emocional normal del niño e interfiere la eficacia de la educación y socialización. Sus consecuencias pueden perdurar hasta la adultez, presentándose relaciones interpersonales deterioradas, predisposición hacia el desajuste emocional y un mayor potencial para abusar de sus propios hijos. En el extremo más grave, el abuso puede originar la muerte del niño y, en otras circunstancias, otros sufren desfiguramiento y déficit permanentes.

El patrón de homicidio se caracteriza por la violencia que se da dentro del ambiente familiar y generalmente es desatado por el padre.

“El mundo del niño maltratado es, en este aspecto, especial porque se presta a una restricción de oportunidades, inadecuada de estimulación, escaso soporte e inseguridad; de manera que el niño en vez de ir potenciando sus habilidades para la exploración y manipulación, gasta casi todas sus energías para adaptarse y evitar que se desaten las iras de los adultos que lo rodean. En los hogares con suma dificultad, los niños no se desarrollan adecuadamente en el plano cognitivo-afectivo. Todas estas circunstancias convierten la vida hogareña en un medio donde las oportunidades para la creatividad y el aprendizaje son mínimas o nulas”.¹²⁵

En cuanto al nivel de funcionamiento cognitivo del niño maltratado físicamente, cuando son comparables con grupos de control de clase media suele comprobarse que los maltratados evidencian más dependencia, menos curiosidad y peor funcionamiento cognitivo. Los niños maltratados están intelectual y académicamente retrasados.

Como se puede ver los malos tratos y abandono de los menores pueden generar múltiples lesiones tanto físicas como mentales, o ambas, y éstas pueden ser susceptibles de recuperación, o irreversibles con secuelas definitivas.

El maltrato físico en los niños, causados por los padres o por las personas que están encargadas de su cuidado, originan lesiones que pueden ser calificadas como graves y gravísimas e inclusive puede ser tan grande la crueldad que los conllevan a la muerte.

¹²⁵ GALLARDO CRUZ, José A, Trianes Torres, María Victoria y Jiménez Hernández, Manuel. El Maltrato Físico hacia la Infancia: Sus Consecuencias Socioafectivas. Universidad de Málaga. 1998. p.48.

Este maltrato implica en los niños diversas circunstancias, modos de crueldad e instrumentos. Representa la patología mental del autor, su insensibilidad y perturbación debido a que la agresión está dirigida a un niño.

La mayoría de los golpes dejan en los niños marcas, cicatrices, contusiones, traumatismos que indican las características de la agresión. La presencia de cicatrices y contusiones múltiples que se encuentran en el cuerpo del niño demuestran que el maltrato es habitual, sistemático y sádico.

Las lesiones físicas que pueden ser características de los niños maltratados son las siguientes:

1. "Hemorragias cutáneas y subcutáneas tales como moretones y golpes en diferentes etapas de recuperación sobre todo en cara y nalgas, pudiendo presentarse también en antebrazos, como consecuencia de actitudes defensivas del niño.
2. Otro tipo de lesiones son las escoriaciones, en ocasiones heridas sobre infectadas, alopecia; nariz tumefacta aplanada, dientes rotos, desgarre de encías ocasionado por la introducción violenta de biberones o chupones.
3. Las quemaduras son otra forma de maltrato frecuente, causada por cigarrillos, que a menudo se hallan en las palmas de las manos y planta de los pies. Estas quemaduras con frecuencia son efectuadas como una forma de eliminar la costumbre de chuparse el dedo. Los niños son quemados con encendedores, calentadores, estufas, agua caliente; por lo que son afectados en una extensa zona corporal.
4. Las fracturas, torceduras y dislocaciones, que se presentan repetidamente, y en múltiples ocasiones en las costillas, huesos largos y cráneo.

5. Las lesiones cerebro meníngicas pueden ser los derrames subdurales, es decir, derrames que se presentan debajo de la duramadre, la cual junto con el aracnoides y la piamadre, son las tres membranas que envuelven el encéfalo y la medula espinal. Estos derrames subdurales se manifiestan en convulsiones, parálisis ligeras o incompletas llamadas parosias, vómitos, coma, parálisis oculares, hemorragias retinianas, tensión del espacio no osificado del cráneo del niño, llamado fontanela, y aumento del perímetro craneal.

6. Fracturas de cráneo y daño cerebral.

7. Lesiones internas de tipo visceral como: ruptura de bazo, hígado, riñón y entallamiento en general de vísceras.

8. La muerte por asfixia puede presentar las siguientes formas: sofocación, estrangulación; ahorcadura y sumersión (cuando son introducidos en un líquido cualquiera penetrando este líquido en los pulmones).

9. Otras lesiones son las producidas por las armas blancas como, cuchillos, navajas, clavos, picahielos, etc., y las que se producen por un arma de fuego, el empleo de estas armas no es muy frecuente en el maltrato de los niños, pero no por eso quiere decir que no sean utilizadas".¹²⁶

"Tratándose del maltrato sexual algunas veces tienen como consecuencia el daño físico a la región genital, como el contagio de enfermedades venéreas, como la gonorrea. Sin embargo rara vez tales víctimas se encuentran en peligro de perder la vida, a menos que el abuso sexual se combine con el abuso físico".¹²⁷

¹²⁶ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. Op. Cit. p. 31.

¹²⁷ FINKELHOR, David. Abuso Sexual al menor. Causas y Consecuencias y Tratamiento Psicosocial. 6ª. Edición. Editorial Pax-México. México 1980. p.15.

En muchas ocasiones se presenta como consecuencia de los malos tratos, la muerte del menor, en México se tiene alrededor de mil muertes de niños a causa de los malos tratos de sus padres y cerca de ocho mil casos se presentan en Latinoamérica cada año, recordando que no todos los casos se denuncian ya que la mayoría se maneja como accidentes debido al encubrimiento de los padres, médicos, autoridades y en general de la sociedad.

3.4.3 SOCIALES.

Los procesos de socialización decisivos para la incorporación del niño al mundo social son llevados a cabo por los agentes sociales (padres y familiares, compañeros, profesores, etc.), instituciones y medios de comunicación social. Entre los agentes sociales, la familia como agente primario, resulta decisiva porque satisface en el niño las necesidades básicas de protección, cuidados, afecto, juego y exploración. Además, esta institución familiar no sólo dota de vínculos afectivos básicos que, como el apego o la empatía, mediatizan todo el desarrollo social, sino también le transmite un conjunto de normas, relaciones interpersonales, adquisición de conductas hábiles, etc., que favorece el desarrollo de su conocimiento social.

Desde que el niño entra en la educación preescolar y hasta la adolescencia incluida, las relaciones con iguales cobran un valor clave en la socialización y desarrollo de la competencia social; y hasta tal punto son importantes que superan a las relaciones familiares, de modo que los iguales, frente a las mantenidas con adultos, están marcadas por su carácter igualitario y recíproco, en las que cada niño participante debe aportar un esfuerzo semejante y partir de una posición similar a la hora de resolver conflictos o desenvolverse en tareas sociales. No obstante, esta igualdad entre los participantes adopta la forma de estrategias u objetivos cambiantes con la edad, cada vez más complejos, como las relaciones de intimidad entre adolescentes.

Las relaciones entre iguales contribuyen de manera inigualable e insustituible no sólo al desarrollo social y emocional del niño, sino también a la adquisición de valores y habilidades que conformarán su competencia social y emocional, las cuales sustentarán su capacidad de formar relaciones con otras personas. La calidad de las relaciones con los iguales influye en la calidad del funcionamiento psicológico, tanto durante la infancia como en años posteriores. Así, este carácter de las relaciones entre iguales predice, cuando es deficiente, la aparición de futuros problemas de salud mental, pueden incluir desórdenes psiquiátricos.

Las interacciones entre iguales representan, en el niño maltratado, una vía de prevención y de tratamiento de gran importancia clínica. Existen niños que, aunque provengan de un ambiente familiar hostil o descuidado, se desenvuelven con éxito en el mundo de los iguales, por lo que sería importante descubrir y aislar que factores los protegen de la inadaptación, al superar las secuelas negativas del maltrato los que representaría un objetivo de enseñanza y prevención para reducir la vulnerabilidad de estos niños de alto riesgo.

Como podemos notar, este es un problema que atañe a toda la sociedad, debido a que se produce en la base de la familia, las principales consecuencias de ésta problemática dentro del ámbito social son:

COMPORTAMIENTO EN LA ESCUELA.- La adaptación escolar y académica guarda una estrecha relación con la adaptación general del niño, ya que el trabajo escolar y la vida en el aula requiere el desarrollo de capacidades de autocontrol, autodisciplina, habilidades de relación con iguales y adultos, seguimiento de las normas y sujeción a la autoridad del profesor, entre otras de carácter cognitivo o intelectual. De modo que el éxito académico revela un desarrollo normalizado en sus logros cognitivos sociales y emocionales, y la adaptación escolar presupone una adaptación general.

Los niños maltratados o abandonados presentan muchos problemas en el centro escolar, porque dan muestras de inadaptación en el mismo. Los niños maltratados muestran escasa atención, frecuente hiperactividad, deterioro cognitivo, apatía, pasividad y son desafiantes con sus propios maestros, todo lo cual contribuirá a un mal rendimiento académico. Estos niños maltratados o abandonados reflejan un mal ajuste escolar, puesto que está de manifiesto por la hostilidad y agresividad hacia sus compañeros del colegio.

Se puede decir que su estado emocional es de gran tensión y angustia, lo cual impide una conducta escolar positiva; además generalmente son niños mal alimentados, descuidados, que viven en malas condiciones de vivienda, todo lo cual contribuye a que presenten problemas y deficiencias escolares.

Debido al abandono de la escuela, ya que es generada como consecuencia de la violencia familiar, ayuda a que una mayor cantidad de niños y niñas, se encuentren todo el día en la calle, y hacen de ésta un espacio de desarrolló, y es sustituido por la permanencia y estancia familiar, en donde se aprenden otra forma de vida.

CONDUCTAS ANTISOCIALES.- La delincuencia tiene sus orígenes muy profundos, en la personalidad y asimismo en la formación del individuo. Toda vez, que las vivencias familiares de los primeros años de su vida, su relación con sus padres, el rechazo de los mismos, así como el trato inadecuado de que pudiera haber sido objeto, crean en el menor un sentimiento de desasosiego, venganza, revanchismo, resentimiento social, odio, así como una total desadaptación a la sociedad, con la incapacidad de sujetarse a las normas establecidas.

Los jóvenes delincuentes suelen pertenecer a grupos sociales con carencias desde el punto de vista de la familia; en la cual observaron en las relaciones de sus

padres violencia, falta de respeto, humillaciones, vejaciones, arbitrariedades y posiblemente ausencias.

En el Distrito Federal, se ha observado en los últimos años como la edad del delincuente, es cada vez más precoz. Es decir, que actualmente los delincuentes son más jóvenes y desafortunadamente se pueden encontrar en el centro para tratamiento para varones, reclusos a niños desde los ocho años.

Los delitos que anteriormente sólo eran cometidos por adultos, ahora son realizados por menores, encontrando que las conductas criminales cometidas por menores, son cada vez mayores en número, en calidad y en diversidad, lo cual trae consigo un aumento de menores delincuentes.

Por tanto es urgente, detectar el factor que origina el incremento de la delincuencia juvenil, tanto para su solución y prevención. Siendo entonces, que dichos factores son múltiples y diversos, no se puede negar la influencia que en el menor puede tener el carecer de una adecuada formación, dado el incumplimiento de los deberes por parte de sus padres en las misiones encomendadas socialmente en el ejercicio de la patria potestad, por lo cual la violencia por medio del maltrato infantil, de una u otra forma, influyen en su decisión para delinquir.

Por eso los malos tratos durante la infancia generan y desarrollan sentimientos negativos en el menor, el cual puede ser incapaz de integrarse positivamente a la sociedad. Estos sentimientos y personalidades antisociales, que suelen proyectarse en una tendencia a cometer actos delictivos.

FÁRMACODEPENDENCIA.- Por fármaco o droga, se entiende "toda sustancia que introducida en el organismo vivo puede modificar una o más de las funciones de este".¹²⁸

¹²⁸ Íbidem p. 57.

Esta fármacodependencia es un problema social que por su origen, dimensión e importancia es objeto de atención pública, en México de cada 100 personas (de entre los 12 y 65 años) cuatro han experimentado alguna vez con drogas, los inhalantes comienzan a consumirse entre los dieciséis y veinticinco años, el 85% de los usuarios que se inician en el consumo de drogas se encuentran entre los diez y diecinueve años.

Se puede decir que la fármacodependencia es la dependencia a los fármacos, a las drogas o sustancias que pueden modificar funciones en el organismo.

Entre las causas de fármacodependencia están los hogares inestables desintegrados, disponibilidad de drogas, ignorancia, curiosidad, evasión de la realidad, obtención de placer, los malos tratos producen angustia en la infancia y adolescencia por lo que la fármacodependencia puede ser una forma de evadir la realidad.

PROSTITUCIÓN.- Es definida por el diccionario de la lengua española como "acción y efecto de prostituir o prostituirse y el significado que otorga a prostituir es exponer públicamente a todo género de torpeza y sensualidad.

Desde el punto de vista sociológico, la prostitución es la "venta de servicios sexuales, generalmente por parte de mujeres"¹²⁹.

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

¹²⁹ Íbidem p.58.

aprovechando la ocasión para huir del hogar y, a falta de la preparación laboral para subsistir, optan por el comercio carnal.

Podemos decir que la causa real de la prostitución viene a ser, la falta de afecto hacia el niño, que también se considera como maltrato o abandono, esto es, principalmente las mujeres, que sufren malos tratos desarrollan un sentimiento de falta de afecto, de aprecio hacia ellas mismas, lo cual las induce a buscar llenar ese vacío entre otras personas que le brinden todo el apoyo, y asimismo les de dinero para satisfacer sus necesidades, a cambio de un rato de placer.

Cuando se trata del maltrato sexual, las niñas que lo sufren, se quedan en la etapa de la adolescencia, lo cual las hace vulnerables de convertirse en personas egoístas, ególatras, carentes de amor ya que en su familia nunca se los brindaron, y que sólo piensan en su aspecto físico, con lo cual están seguras de poder tener a la pareja que ellas quieran. Por lo cual su atracción sexual está dirigida hacia aquellos que muestren patrones de dependencia.

Sobre esto un factor importante, es el hecho de que los padres en muchas ocasiones son quienes prostituyen a sus hijos. Se puede decir que la prostitución puede ser una consecuencia directa o indirecta, mediata o inmediata, según hayan sido de grave el maltrato sufrido.

NIÑOS DE LA CALLE.- La ignorancia, aunada con la pobreza, el hambre, abandono, desintegración familiar, malos tratos, son motivo para que un número importante de niños se vean precisados a hacer de la calle su hábitat, en las zonas urbanas del país se presenta el problema del niño de la calle, manifestándose éste a través de menores que se reúnen en grandes cantidades y desarrollan actividades de boleros, limpiaparabrisas, vendedores, y en algunas ocasiones se dedican al robo, la prostitución o la drogadicción.

Entre estos niños existen tres categorías:

1.- Menor en riesgo.- Es el niño que por pertenecer a una situación social y económica precaria, corre el riesgo de ser expulsado del seno familiar o es orillado a aportar medios para el sostén familiar, o porque la calle le ofrece un medio menos agresivo, que además le proporciona la obtención inmediata de satisfacción.

2.- Niños en la calle.- Es aquel que desempeña actividades de subempleo a fin de contribuir económicamente a un sostén del hogar, hasta estos momentos no ha roto lazos con la familia, este tipo de menores generalmente son explotados por sus padres.

3.- Niños de la calle.- Son aquellos separados totalmente de la familia y su medio de vida se encuentra la calle, realiza actividades de subempleo o delincuencia, son aquellos que huyeron de su casa debido al ambiente hostil que se encontraba en ella.

Estos niños pertenecen a familias desintegradas o muy conflictivas, con muy alto grado de maltrato y violencia, son agresivos por haber crecido en un ambiente hostil, son niños cuyas conductas depresivas fueron causadas por el tipo de trato que han recibido, se convierte en adultos improductivos ya que nunca cuentan con los recursos para superarse y es una gran parte de la población la que se encuentra en este problema.

Este problema atañe a todos los ámbitos de la sociedad y en todos los países, desgraciadamente los niños no tienen ninguna defensa contra las violentas represalias de sus progenitores, muchos niños regresan una y otra vez al hospital, cada vez con heridas más graves, otros desaparecen en forma misteriosa y por desgracia gran parte de los adultos creen que los golpes son necesarios para educar a los niños y poder corregirlos, afortunadamente en la actualidad se

empiezan a tomar medidas para poder castigar a aquellos padres que agreden a sus hijos, según ellos para su beneficio, pero que como consecuencia de estos malos tratos les transforman toda su existencia y la de los futuros hijos de estos menores.

SUICIDIO.- La mayor parte de los científicos sociales están de acuerdo en que el suicidio es una forma compleja de conducta, que tiene sus causas biológicas, psicológicas y sociales. Toda vez, que el maltrato infantil repercute, psicológicamente, al carecer de autoestima y fortaleza, los menores fácilmente se ven perturbados, los problemas que agobian a su hogar y al entrar en crisis resuelven suicidarse.

La causa más frecuentes es la percepción por parte de la persona de que la vida es tan dolorosas que sólo la muerte puede proporcionarle alivio. La pérdida de un ser querido o dolores crónicos, físicos o emocionales, pueden producir una sensación de incapacidad para cambiar las circunstancias de la vida y un sentimiento general de desesperanza ante cualquier cambio, lo que lleva a un callejón sin salida donde la muerte es la única solución.

Debido a la alteración que sufren en sus emociones, la situación psicológica del suicida se ve alterada, misma que se ve constituida por sentimientos de rechazo y por sus propias características llega al grado de culparse, deprimirse y eventualmente realizan actos suicidas. El suicida puede experimentar sentimientos de temor, desvaloración, dolencia, apatía, retraimiento, estado melancólico, llanto, angustia, etc.

Podemos mencionar que las características que condicionan o facilitan el acto suicida son:

"1.- La persona siente mucha agresión de parte de sus seres queridos, es decir personas significativas para el, como son: padres, tíos, hermanos, etc.

2.- Se sienten rechazados ya que las personas que los rodean manifiestan actitudes disciplinarias, rígidas o excesivas, o bien, por el abandono o falta de cuidados y atención, lo cual los hace sentir no amados.

3.- Un gran sentimiento de frustración.

Cuando se reúnan estas características hacen que la persona se sienta frustrada, sentimiento que propicia se desencadene una gran agresividad, que por su propio carácter no pueda expresar, sino que la dirige contra sí mismo, se culpa de la situación se deprime y eventualmente, comete un acto suicida, con la intención de que los demás se sientan responsables de su muerte a, lo cual hace pensar que se trata de un acto de venganza".¹³⁰

Una consecuencia que pueda ocasionar el maltrato es el suicidio, debido a las situaciones de sufrimiento, temor y angustia que genera, situaciones que producen en los menores el deseo y la decisión de morir, como una forma escapatoria y de castigo proyectada hacia aquellos que les ocasiona malos tratos.

3.5. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Podríamos decir que quizás lo principal de esta declaración no esté en sus principios individualmente analizados, sino en dos circunstancias. La primera consiste en que la Declaración de 1959 fue el primer instrumento que contuvo orgánica y metódicamente una serie de postulados y pautas características de los Derechos del Niño, a la postre aceptadas y reconocidas universalmente; la segunda radica en su tercer considerando: "...que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

¹³⁰ Íbidem. p. 60.

“La Declaración de 1959 parece contemplar el precepto de la Convención de los Derechos del Niño en cuanto a la definición de “niño”, ya que al considerar la necesidad de protección “antes” del nacimiento estaría embarcándose en la tesis del “nasciturus”, lo que implica la titularidad de derechos –y por ende la exigibilidad de los mismos- en cabeza del nonato; porque ya es persona, porque ya es niño”.¹³¹

El penúltimo de los considerandos refiera a la Declaración Universal de 1924 y el último merece ser destacado: “...que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle.” Ninguna duda cabe de que la deuda no sólo subsiste sino que va en aumento.

Proclama la presente Declaración de los Derechos del niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian, e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios:

Principio 1

“El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea por el propio niño o de su familia”.

¹³¹ FELDMAN, Gustavo E. Los Derechos del Niño. Argentina. Buenos Aires 1998. p. 31.

Podríamos decir que lo que instituye este principio es el reconocimiento de derechos al niño sin distinción alguna o discriminación por motivos de raza, color, etc., por su posición económica u otra. Al postulado antidiscriminatorio se le agrega la extensión a la familia del niño, como un elemento imprescindible e indisoluble de la persona del niño.

Principio 2

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Este principio consagra la protección especial de los niños y la disposición de oportunidades.

Principio 3

“El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad”.

Aquí se garantiza el derecho al nombre y a la nacionalidad.

Principio 4

“El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”.

Como lo pide el principio todo menor debe ser atendido y no ser expósito por parte del padre y aquí nos referimos a que no se le deje en el abandono material.

Principio 5

“El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y cuidado especial que requiere su caso particular”.

Lo que promueve este principio es que todo niño debe de tener un tratamiento, una educación y un cuidado especial si se encuentra impedido física o mentalmente; es decir una minoría dentro de otra, y un cerco de protección y asistencia todavía más amplio.

Principio 6

“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea

posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole”.

Este principio hace referencia a la responsabilidad primigenia y natural de los padres del niño en lo que respecta a su desarrollo y felicidad; y por otro lado nos menciona que el Estado tiene la obligación respecto de los niños sin familia.

Principio 7

“El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca una cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del

niño debe ser principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho”.

Cuando este principio nos hace mención a uno de los postulados más importantes que es la educación, que deberá ser gratuita y obligatoria, por lo menos la elemental. Nos consagra el interés superior del niño en lo que respecta a su educación, y la responsabilidad de los padres sobre este aspecto. Hace alusión al esparcimiento y los juegos como parte fundamental en la formación y bienestar del niño.

Principio 8

“El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”.

En este principio se da la prioridad para el niño en lo que respecta a la ayuda y socorro, cuando éste más lo necesite y por tanto sea atendido.

Principio 9

“El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y

explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral”.

Tanto el abandono, la crueldad, la explotación y la trata de niños; son flagelos que hoy en día parecen ir en aumento a pesar de todo el desarrollo internacional en esta materia. También hace alusión al trabajo del niño, ya que no se puede permitir trabajar a los niños antes de edades adecuadas.

Principio 10

“El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes”.

Este principio instituye la protección de los niños ante las prácticas de discriminación racial y religiosa, y complementa la educación a que todo niño debe de tener derecho.

3.6. ANÁLISIS DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR EXPOSICIÓN DE LOS HIJOS.

La patria potestad es un conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres, abuelos, ascendientes respecto de la persona y bienes de los hijos, para poderles dar la asistencia y la protección necesaria, proporcionarles una educación y por tanto una formación integral en tanto sean menores de edad no emancipados.

Es por ello que se entiende como un conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y a la madre sobre sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones que como padres tienen. Por lo cual comprende todas las obligaciones que los padres o abuelos, tienen respecto al menor.

La patria potestad es ejercida tanto por el padre como por la madre o ambos a falta de estos por los abuelos paternos o maternos. Ya que lo que se busca es la formación y protección del menor.

Debido a que éste es el primero y fundamental de los consentimientos, en este sentido el artículo 414 párrafo primero establece que:

“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”.

Como observamos la patria potestad es una institución en la cual los menores reciben la atención, cuidado, obligaciones, deberes, protección, educación y sobre todo amor de los padres es por ello que cuando un menor es expósito por los padres, éste es cuartado de todos estos derechos que la ley les proporciona. Por tal motivo podemos indicar:

Instancia: Tercera Sala Época: Sexta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: CXXXV, Cuarta Parte
Tesis:
Página: 117

“PATRIA POTESTAD. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MICHOACAN). Originariamente, la patria potestad corresponde a los padres; así se infiere del mismo nombre de esta institución. Sin embargo, el legislador la ha reglamentado teniendo en cuenta la necesidad que tienen los menores de protección a su persona y a sus bienes y tomando en consideración los vínculos consanguíneos que crea la familia, los que por su propia naturaleza ofrecen mayores garantías de cumplimiento de los fines de la patria potestad. En efecto, el legislador, después de decir que la patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos (artículo 366), fija el orden en que ese poder protector debe ejercitarse al disponer (artículo 367) que la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce: I.- Por el padre y la madre; II.- Por el abuelo y la abuela paterno; y III.- Por el abuelo y la abuela maternos. Y esta disposición la complementa el propio legislador al decir (artículo 372) que únicamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores, y que si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que queda, continuará en el ejercicio de ese derecho; y que la patria potestad se pierda (artículo 395), entre otros casos, cuando las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandonó de sus deberes pudieran comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no sean delitos, o cuando el padre o la madre dejen abandonados a sus hijos por más de seis meses.

Amparo directo 7681/67. María Vera Aguado Vda. de Zuluaga. 19 de septiembre de 1968. 5 votos. Ponente: Ernesto Solís López”.

El artículo 444 del Código Civil, se refiere a las causas por las cuales se pierde la patria potestad y dicho artículo nos dice:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial:

“... V. Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos;

...”

Como nos lo marca la fracción V del citado artículo en la cual basta con que el padre o la madre o ambos expusieran a su menor hijo para que estos sean acreedores de la pérdida de la patria potestad que tienen sobre el menor.

Por tanto la exposición de hijos es aquel abandono que se hace en lugar público o privado de una criatura incapaz de proveer por sí misma a su subsistencia.

El Código Civil para el Distrito Federal en el capítulo V, denominado De la tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia, del título noveno referente a la tutela en su artículo 492 nos define lo que se considera como menores expósitos, y así nos dice que:

Artículo 492: “Se considera expósito al menor que es colocado, en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen”.

Como hace referencia la siguiente jurisprudencia:

Instancia: Tercera Sala
Época: Octava Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: I Primera Parte-1
Tesis:
Página: 373

"PATRIA POTESTAD, EXPOSICION O ABANDONO COMO CAUSALES DE PÉRDIDA DE LA (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO).

El Código Civil del Estado de México establece, en su artículo 426, fracción IV, que la patria potestad se pierde "por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses". Por tanto, si con elementos probatorios suficientes, se acredita el abandono del menor de parte de su padre, así como su abstención en proporcionarle alimentos y la omisión de cuidarlo y educarlo como es su obligación, a pesar de tener a su alcance los medios para hacerlo, debe perder la patria potestad, sin que sea óbice a lo anterior, el hecho de que la madre provea a la subsistencia y cuidado del menor, toda vez que la situación de desamparo debe juzgarse según la conducta del progenitor que realiza el abandono del hijo, con independencia de la actitud asumida por el otro.

Amparo directo 5878/87. Ariela Katz Kenner. 9 de diciembre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Miguel Cicero Sabido".

Esto es los padres que abandonan a sus hijos pequeños, echándolos a las puertas de la iglesia y de los hospitales o en otros lugares, pierden la Patria Potestad y todos los derechos que tenían sobre ellos, y no tendrán acción para reclamarlos de las personas que los hubiesen recogido, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, aunque se ofrezcan a pagar los daños que hayan hecho, a menos que el abandono hubiese sido efecto de extrema necesidad; es por ello que se desligan de las obligaciones naturales y civiles para con dichos hijos, los cuales no pueden perder por la crueldad de sus padres los derechos que les competen.

Se da esta exposición cuando el niño o niña ha sido echado a las puertas de alguna iglesia, hospital, casa particular o en otro paraje público o privado, por no tener sus padres medios para criarle y mantenerle, o por que no se sepa quienes son, o por cualquiera otra consideración que a ello los haya inducido.

La exposición es la forma más aguda del abandono. Implica dejar al menor en la situación de expósito, de hijo encontrado (de "en-fant-trouve", como lo dicen los franceses). Existe por parte del padre o la madre un desentendimiento evidente e inmediato del cuidado material y moral del menor, un abandono total y actual de la responsabilidad de los padres hacia los hijos. A este respecto podemos citar:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Época: Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: XV-II Febrero
Tesis: VI.1o.189 C
Página: 437

"PATRIA POTESTAD. NO ES OBSTACULO PARA DECRETAR SU PERDIDA QUE EL MENOR ABANDONADO HAYA QUEDADO AL CUIDADO DE UN FAMILIAR. (ARTICULO 628, FRACCION IV, INCISO B) DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE PUEBLA).

Dicho precepto dispone: "Los derechos que la patria potestad confiere a quien o a quienes la ejercen, se pierden: ... IV. Cuando el padre, madre, abuelo o abuela, en su caso: a). Expongan a su hijo o nieto; b). Abandonen a su hijo o nieto por más de tres meses, si éste quedó a cargo de alguna persona; c). Abandonen por más de un día a su hijo o nieto si el menor no hubiese quedado al cuidado de alguna persona y el abandono sea intencional." La primera de las hipótesis se refiere al abandono de un recién nacido, de acuerdo al concepto de expósito, lo que se corrobora si se tiene en cuenta, que el numeral se refiere precisamente al abandono y que en todo caso, la exposición como sinónimo de arriesgar a alguien a un peligro, está considerada como diversa causal dentro de los diferentes supuestos contemplados por la fracción III del propio artículo, que dice: "Cuando por costumbres depravadas de quienes la ejerzan, malos tratamientos o abandono de sus deberes frente a sus hijos o nietos, en su caso, se pueda comprometer la salud, la seguridad o la moralidad del menor, aunque esos hechos no

sean penalmente punibles." La segunda posibilidad prevista por el dispositivo primeramente mencionado, indica la entrega del menor ya que no puede estimarse que quedó al cuidado de alguien si previamente no hubo el acuerdo o compromiso respectivos y además, si no fue entregado con ese propósito, postura que cobra fuerza si se tiene en cuenta el inciso c) de esta fracción, en donde a diferencia del otro, se contempla un abandono total, esto es, cuando el menor queda a su suerte, sin importar que haya gente a su alrededor, siendo pertinente resaltar que, en este último caso, del modo como está redactado el precepto, la causal será operante a pesar de que después del término establecido, alguna persona o institución se haga cargo de él. Es importante subrayar que en el caso del inciso b), resulta intrascendente que el menor haya sido confiado a un extraño o a un familiar, por más cercano que sea, pues desde el momento que se utilizó el adjetivo "alguna", que se aplica indeterminadamente, no es dable hacer distinciones. Por último, es pertinente resaltar que la sociedad y el Estado tienen profundo interés en la protección de los menores considerado ese concepto en su sentido más amplio, de aquí que, ante los peligros a que pueden verse expuestos por acciones u omisiones provenientes de quienes ejercen la patria potestad, el legislador ha establecido mecanismos para privarlos de ella, salvaguardando de esta forma a los que por su edad se encuentran en situación de dependencia. El abandono del modo previsto por la ley, salvo prueba en contrario, es una conducta grave que implica renuncia al incumplir con los deberes que la ley y los más elementales principios morales imponen a quienes tienen a un menor bajo su cuidado, de donde se sigue que una vez probado en forma plena e indiscutible, lo correcto es decretar la privación, lo que además supone la posibilidad de que otro brinde la suma de valores que el originalmente obligado no quiso dar.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 263/89. María Eugenia Palomino Robles. 9 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdova. Secretario: Hugo Valderrábano Sánchez".

La circunstancia objetiva de la exposición consiste en que se ponga en peligro a la persona física del menor y se circunscribe al ámbito de las personas obligadas a cuidar de él; como consecuencia el Código Penal para el Distrito Federal sanciona en su artículo 158, tal conducta:

"Al que exponga en una institución o ante cualquier otra persona a un incapaz de

valerse por sí mismo, respecto del cual tenga la obligación de cuidar o se encuentre legalmente a su cargo, se le impondrá de tres meses a un año de prisión.

Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos a un menor de doce años que este bajo su potestad o custodia, perderán por el sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito. No se impondrá pena alguna a la madre que entregue a su hijo por ignorancia, extrema pobreza, o cuando sea producto de una violación o inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código”.

Como lo marca el Código Penal a este respecto de exposición y abandono podemos decir:

Instancia: Primera Sala Época: Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: CVIII

Tesis:

Página: 1177

“ABANDONO DE PERSONAS. (DELITOS CONTINUOS).

El delito de abandono de personas, por su naturaleza, es continuo y se comete día a día, en tanto que el padre o el cónyuge, sin justificación alguna, abandone, ya sea a sus hijos, o a su cónyuge, sin los recursos para atender a sus necesidades y su subsistencia, puesto que esos recursos deben suministrarse para el sustento diario a que está obligado el sujeto activo de esa infracción penal.

Amparo penal directo 4030/50. Orendáin Benítez Manuel. 7 de mayo de 1951. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Véase: Tomo XCVIII, Pagina 1773 Moreno Cano Raymundo”.

Por otro lado podemos decir que existe la exposición de menores cuando éste sea de parto es decir, es el abandono hecho en un lugar, público o privado, de un recién nacido, es todavía incapaz de proveerse por sí mismo a su subsistencia.

Algunos padres, efectivamente, tienen la crueldad de desamparar a sus pequeños hijos, echándolos a las puertas de iglesias, hospitales u otros lugares, o por carecer de facultades para criarlos, o por excusarse de la nota que habrá de causarles su nacimiento, con la esperanza que los recogerán por piedad las personas que los encuentren. Con el fin de evitar en lo posible tan peligrosa exposición y aún los homicidios, está mandando que a ninguna persona pública ni privada podría detener, examinar ni molestar en manera alguna a los que llevaren a los niños para entregarlos en las inclusas, casa de maternidad, casa cuna o establecimientos de expósitos.

Cabe destacar que la exposición de parto ha sido siempre mirada como delito, ya que es comparada con el homicidio.

La ley del Fuero Real, ordenaba que si el niño expuesto muriere, por no haber quien lo tomo para criarle, incurre el que lo expuso en pena de muerte, como si lo matase.

De aquí puede inferirse que si a consecuencia del abandono resultare el niño herido o lesionado, debe ser castigado el que lo abandono, como reo voluntario de aquella lesión o herida. Aunque no resultará muerto, herido ni lesionado el niño expuesto, será castigado con todo el rigor el que lo hubiere abandonado, especialmente si fue de noche, a la puerta de alguna iglesia o de casa particular, o en algún lugar oculto; y sólo habrá menor pena en caso de que habiéndolo

abandonado donde no tenga peligro de perecer, y que hiciera hacer saber a la autoridad pública, personalmente o al menos por escrito, para que sin demora lo puedan recoger.

El que encontrare en la casa de su habitación algún niño expuesto, debe dar cuenta inmediatamente a la autoridad pública; y siendo persona de buenas costumbres, de honesta familia y de algunas facultades, podrá quedarse, si quiere, con el niño para criarlo y educarlo por caridad, bastando para ello la licencia por escrito de dicha autoridad, quien deberá dar parte de todo a la casa de expósitos y vigilar la asistencia y tratamiento que al niño se diere; más sin embargo, si dejare el prohijante al prohijado, sin previo aviso a la autoridad para que provea, será castigado por esta, según las circunstancias. Lo mismo ha de hacerse del que encontrare a un niño expuesto o abandonado en cualquier sitio público o privado, de modo que nunca debe quedar sin pena el que no prestare el auxilio que exige la humanidad al expósito, que se viere en peligro de perecer.

El padre o madre que expusiera o permitiera que sea expuesto su hijo legítimo o natural, además de las penas que incurran según las circunstancias, y los resultados, pierde por el sólo hecho de la exposición la patria potestad, y todos los derechos que en vida o muerte tuviese sobre el hijo y sus bienes; de suerte que no tendrá acción para reclamar ni pedir su restitución, aunque ofrezca pagar los gastos que hubiera causado.

El padre o la madre que expone o permite exponer al hijo pierde la patria potestad y derechos que sobre él tenía; no por eso queda libre de sus obligaciones naturales y civiles para con él mismo. Ya que la mayor parte de las personas que exponen a sus hijos lo hacen con tal motivo para no hacerse responsable de las obligaciones y derechos que tienen para con los menores. A esto podemos citar:

Instancia: Tercera Sala Época: Quinta Época
Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: CXIV
Tesis:
Página: 545

"MENORES. ABANDONO DE.

No es obstáculo para concluir que haya abandono, de menor por quien ejerce la patria potestad, abandono que implica la pérdida de éste derecho la circunstancia de que el otro progenitor provea a la subsistencia y cuidado de dicho menor, pues la situación de desamparo debe juzgarse según la conducta de quien realiza el abandono y con independencia de la actitud del otro progenitor, ya que de otro modo se autorizaría que uno de los padres dejara de cumplir con sus obligaciones, por la mera circunstancia de que el otro sí cumpliera.

Amparo civil directo 2101/52. Machín de Rodríguez Sara. 8 de diciembre de 1952. Mayoría de tres votos. La publicación no menciona el nombre del ponente".

Si alguno pretendiera que un expósito es hijo de él, se admitirá la justificación judicial y resultando bien probada la filiación legítima o natural, se remitirá con el auto declaratorio a la casa general o establecimiento en que se hallare el expósito, para los efectos que convinieran, pero sin que por esto se haya de entregar el hijo a sus padres, ni éstos adquieran sobre él acción plena.

El que criare al expósito no adquiere derecho alguno sobre él, ni sobre sus bienes, ni puede pedirle gastos de crianza, salvo que desde el principio lo manifieste, a lo que el expósito queda obligado.

Todos los expósitos de ambos sexos, así los que hubieran sido presentados en las inclusas o casas de caridad, como los que hubieran sido abandonados en cualquier sitio público o privado, no teniendo padres conocidos son considerados como legítimos para todos los efectos civiles, sin excepción.

La Ley de Beneficencia de 1822, señalaba que lejos de perjudicar a aquellas personas que recogen a un niño, lo llevan a su casa y lo educan, ya sea expósito o abandonado, se tendrá por obra digna de reconocimiento de la Nación. Que si estos pequeños obtuvieran herencia, las casas de beneficencia cuidarán de sus bienes y con eso los educarán y el sobrante cuando crezcan se les entregará.

Cuando hablamos de menores expósitos, es decir hablamos de la persona o sea el recién nacido o al menos de un niño de corta edad, que es abandonado a su suerte mediante un acto evidente de inmediato propósito. Podemos decir que dentro de nuestro derecho la exposición admite la variante de que el menor sea entregado a una inclusa, casa de asistencia, casa hogar, casa cuna, etc., pero también con el propósito de que permanezca en dicho lugar o sea adoptado por un tercero, pero de manera que la persona que ha hecho la exposición haga palpable su intención de desentenderse definitivamente del menor, de manera que en apariencia no hará ninguna gestión en el futuro para recuperarlo. Debemos entonces partir de que el menor expósito es, en principio, el infante de corta edad abandonado por personas cuya identidad se desconoce, abandono que puede ocurrir dejando al menor en el más completo desamparo o bien poniéndolo en algún lugar en donde es factible que en breve, él reciba auxilio. Respecto a esto el artículo 65 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

“Toda persona que encontrare un recién nacido o en cuya casa o propiedad fuere expuesto alguno, deberá presentarlo al Ministerio Público con los vestidos, valores o cualesquiera otros objetos encontrados en él, y declarará el día y lugar donde lo hubieren hallado así como las demás circunstancias que en su caso hayan concurrido. Una vez lo anterior, el

Ministerio Público dará aviso de tal situación al Juez del Registro Civil, para los efectos correspondientes”.

Hecha la transcripción, es de hacer notar que el artículo expresamente habla de un recién nacido y agrega que éste pudo haber sido expuesto en determinadas circunstancias; es decir, usa la palabra exposición, para calificar el estado de abandono que reseña el propio artículo, por otro lado, la disposición de que se de al Agente del Ministerio Público intervención, es sobre todo para el efecto de que pudiera existir algún delito que perseguir, como sería el caso de que se configurara el abandono de persona.

El artículo 68 agrega:

“Si con el expósito se hubieren encontrado papeles, alhajas u otros objetos que puedan conducir al reconocimiento de aquél, el juez del Registro Civil, ordenará su depósito ante el Ministerio Público respectivo; mencionándolos en el acta y dando formal recibo de ellos al que recoja al niño”.

Como se puede observar, se trata de un niño encontrado, como dirían los franceses. La precaución de que se ponga a resguardo los objetos personales del menor o que vinieran con él, es una previsión tendiente a que pueda ser con posterioridad identificado, si es que puedan ser localizados sus familiares.

Pero no solamente tiene el carácter de expósito quien se encuentra en tal situación, yendo a la Ley de Nacionalidad y Naturalización, el artículo 55 dispone:

“Se presume mientras no haya prueba en contrario, que el niño expósito hallado en territorio mexicano ha nacido en éste”.

Nuevamente se visualiza la presencia de un infante que es “hallado”, es decir, dicho menor se encuentra sin ningún amparo; si el menor hubiera sido encontrado en poder de alguna persona o bien depositado en una institución protectora, ya no hubiese sido hallado que es la expresión utilizada por la ley, que además califica a dicho menor de expósito.

Es también expósito el menor que de manera voluntaria es entregado en una inclusa, pero con carácter definitivo. Al respecto el artículo 66 del Código Civil señala:

“La misma obligación tiene los jefes, directores o administradores de los establecimientos de reclusión, y de cualquier casa de comunidad, especialmente el de los hospitales, casa de maternidad e inclusas, respecto de los niños nacidos o expuestos en ellas y en caso de incumplimiento, la autoridad del órgano político administrativo de la demarcación territorial del Distrito Federal que corresponda, impondrá al infractor una multa de diez a cincuenta días del importe del salario mínimo general dinero vigente en el Distrito Federal”.

Debe destacarse que en este caso la integridad física del niño no corre peligro, ya que esta resguardado en un establecimiento de los que se mencionan.

Esta permisión seguramente tiene una inspiración profundamente humana; concretamente el propósito de salvar al infante de que pueda ser dejado a su suerte, con el consiguiente peligro para su integridad corporal. Sin embargo, esta disposición parece contradecirse con el artículo 448 del Código Civil, conforme al cual la patria potestad no es renunciable, porque la entrega del menor en la inclusa vendría a significar una renuncia de dicha patria potestad, pues los menores acogidos en los establecimientos del tipo mencionados quedan sujetos a la tutela de los Directores de dichos centros, según lo dispone el artículo 493 del Código Civil. Sin desconocer la irrenunciabilidad de la patria potestad, estamos de acuerdo en que la medida del legislador es atinada, pues en última instancia evita que muchos menores puedan sufrir las consecuencias del desamparo a que pueden verse sujetos, cuando son rechazados por sus progenitores.

De aquí que se puede concluir que en virtud de la crueldad que implica, la conducta de exposición que se haga del menor, por parte de las personas que ejercen respecto del mismo la patria potestad, al negarse completamente a cumplir con todas sus obligaciones respecto del menor afectado, absteniéndose de guardarlo, asistirlo, alimentarlo, educarlo, etcétera, es una causa más grave de la pérdida de la patria potestad.

El menor, por encontrarse en la etapa del ser humano en que es más desvalido, recibe una agresión inmensa al dejarlo expuesto e indefenso, sin ninguna protección, y sin preocuparle e importarle su sobrevivencia o destino a sus progenitores, la ley ha considerado que por la gravedad de la situación y el riesgo que implica para el menor dejarlo expuesto, cabe por tanto considerar esa conducta suficiente para decretar la pérdida de la patria potestad.

En la ley esta contemplada la pérdida de la patria potestad por exposición a los menores, pero en la práctica no se toma en cuenta la fracción V de artículo 444 del Código Civil ; ya que en el momento en que un menor sea dejado por sus padres

en alguna casa hogar, casa de cuna o cualquiera otra, institución en la cual éste menor sea aceptado, lo que deben hacer es iniciar el procedimiento para que estos padres pierdan la patria potestad ya que si quieren regresar a reclamar al menor éstos ya no tengan derecho sobre su guarda y custodia y no pueda ser recuperado por sus progenitores, ya que si fue abandonado una vez basta con ese sólo hecho para que estos pierdan la patria potestad.

La conducta que surge al exponer al menor, implica arriesgar, hacer peligrar, exponer, abandonar la vida del menor que es sometido a un sitio expuesto a intemperies, por lo que tal conducta culpable del ascendiente, pone en peligro desde la seguridad y salud del menor, hasta la vida, ya que quien la realiza pareciera no importarle la sobrevivencia del mismo, por lo que debe ser sancionado a la pérdida de la patria potestad ya que si se le es devuelto a los progenitores, éste menor puede ser expuesto a malos tratamientos e inclusive a que vuelva a ser abandonado por los mismos.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La patria potestad entre los romanos, se conoció en un inicio, como una institución creada en beneficio exclusivo del "pater familias", quien la ejercita en forma absoluta, cruel y despótica sobre todo las personas que formaban su familia, puesto que existía la obligación política, jurídica y religiosa de su conservación, sin tomar en cuenta la edad de las personas ya que ésta era ejercida en forma vitalicia. Lo que con el paso del tiempo fue cambiando por lo que respecta a las costumbres de rudeza, limitando la autoridad del pater, hasta llegar a cambiar la situación de los hijos pasando éstos a ser considerados como seres vivos y no como objetos propiedad del padre.

SEGUNDA.- Con el tiempo, la patria potestad se fue convirtiendo poco a poco en una institución protectora de los hijos, siendo que en el Derecho Español, cambio las ideas tradicionalistas, concediendo en algunos el ejercicio de la patria potestad a la madre. Los Códigos Civiles de los años 1870 y 1884, recopilaron las ideas fundamentales de la patria potestad, reglamentándolas y tomando como base que la institución fue creada para el beneficio y cuidado de los hijos.

TERCERA.- La patria potestad es una institución integrada por el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres, abuelos, respecto de la persona y bienes de los hijos, para poderles dar la asistencia y la protección necesaria, proporcionarles una educación y por tanto una formación integral en tanto sean menores de edad no emancipados.

CUARTA.- Los fines de la patria potestad son la protección y asistencia de los hijos, cuando éstos no se cumplen, el Estado esta obligado a intervenir, pues aunque es de derecho privado su ejercicio es de interés público.

QUINTA.- La fuente directa de la patria potestad es la filiación. La titularidad de la patria potestad es el vínculo entre el derecho y el sujeto al que pertenece; se puede tener la titularidad sin tener el ejercicio, pero no se puede tener el ejercicio de la patria potestad sin ser titular de ésta. Las personas son llamadas al ejercicio de la patria potestad en un orden preferencial; en primer término la ejercen los padres, a falta de uno de ellos la ejerce el otro, y sólo a falta de ambos son llamados los ascendientes en segundo grado.

SEXTA.- Los derechos y deberes que tienen los padres respecto de la persona y bienes de sus hijos son irrenunciables y personales, y deben atender a las necesidades reales de éstos para alcanzar su adecuada formación tanto física como moral.

SÉPTIMA.- La extinción de la patria potestad implica la terminación de todos sus efectos jurídicos, y deriva de causas que la propia ley ha señalado para ponerle fin de un modo absoluto. La suspensión de la patria potestad implica la privación temporal de sus efectos porque quienes deben ejercerla, material o jurídicamente no pueden hacerlo; su finalidad es evitar que el hijo carezca de una adecuada asistencia y representación. La limitación de la patria potestad se determina en los casos de divorcio o separación en los que por causas leves es necesaria la cesación temporal de algunos de sus efectos para poder garantizar la protección de los menores.

OCTAVA.- La pérdida de la patria potestad es la cesación de los derechos inherentes a ella por resolución judicial, que deriva de los actos culpables de parte de quien la ejerce. La pérdida de la patria potestad tiene como consecuencias en la sociedad diferentes dificultades, ya que ésta tiene un gran interés en que las relaciones paterno-filiales se conserven.

NOVENA.- El artículo 444 del Código Civil en su fracción V nos señala que se pierde la patria potestad por resolución judicial cuando el padre o la madre exponga

a alguno de sus hijos y por tanto debe decretarse la pérdida de la misma ya que ésta exposición es una causa grave para todo menor.

DÉCIMA.- Ya que en virtud de la crueldad que implica, la conducta de exposición que se haga del menor, por parte de las personas que ejercen respecto del mismo la patria potestad, al negarse completamente de cumplir con todas sus obligaciones respecto del menor afectado, absteniéndose de guardarlo, asistirlo, alimentarlo, educarlo, etcétera, es una causa muy grave por la cual se debe de perder la patria potestad.

DÉCIMO PRIMERA.- El menor, por encontrarse en la etapa del ser humano en que es más desvalido, recibe una agresión inmensa al dejarlo expuesto e indefenso, sin ninguna protección, y sin preocuparle e importarle su sobrevivencia o destino a sus progenitores, la ley ha considerado que por la gravedad de la situación y el riesgo que implica para el menor dejarlo expuesto, cabe por tanto considerar esa conducta suficiente para decretar la pérdida de la patria potestad.

DÉCIMO SEGUNDA.- La conducta que surge al exponer al menor, implica arriesgar, hacer peligrar, exponer, abandonar la vida del menor que es sometido a un sitio expuesto a intemperies, por lo que tal conducta culpable del ascendiente, pone en peligro desde la seguridad y salud del menor, hasta la vida, ya que quien la realiza pareciera no importarle la sobrevivencia del mismo, por lo que debe ser sancionado a la pérdida de la patria potestad.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS RAMOS J, y J. A. ARIAS BONET. Derecho Romano. Tomo II. 27ª. Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1989. pp.1149.

ARRUBARRENA, Maria Ignacia y De Paúl Joaquín. Maltrato a los Niños en la Familia (Evolución y Tratamiento). Ediciones Pirámide. España Madrid.1998 pp. 182.

BAQUEIRO ROJAS, EDGAR y Rosalía Buenrostro Baez. Derecho de familia y sucesiones. Editorial Oxford. México. 2002. pp. 493.

BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. Zonnoni. Manual de Derecho de Familia. 2ª. Edición. Editorial Astrea de Alfredo a Ricardo de Palma. Buenos Aires. 1989. pp. 501.

BRINGIOTTI, Maria Inés. La Escuela ante los Niños Maltratados. Editorial Paidós. Argentina. 2000. pp. 246.

CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V. Volumen. I. 10ª. Edición. Editorial Reus. Madrid. 1983. pp. 1038.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 4ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 2001. pp. 419.

DE BUEN, Demófilo. Introducción al Derecho Civil, Ideas Generales, Fuentes Históricas del Derecho Civil Español, Codificación, Normas Jurídicas. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1977. pp. 413.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 4ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1993. pp. 608.

DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción, Personas, Familia. Volumen I. 19ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1995. pp. 406.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo. Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. 8ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 2000. pp. 701.

FELDMAN, Gustavo E. Los Derechos del Niño. Argentina. Buenos Aires. 1998. pp. 492.

FINKELHOR, David. Abuso Sexual al Menor (Causas y Consecuencias y Tratamiento Psicosocial). 6ª. Edición. Editorial Pax-México. Colombia. 1980. pp. 302.

FLORES GÓMEZ, Gonzalo Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. Editorial Porrúa. México. 1990. pp. 325.

FUENTES ALCALÁ, Mario Luis. Memorias del Congreso Nacional sobre Maltrato al Menor. Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF). México. 1996. pp. 327.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Parte General, Personas, Familia. 21ª. Edición. Editorial Porrúa. México 2002. pp. 790.

GALLARDO CRUZ, José A. María Victoria Trianes Torres y Manuel Jiménez Hernández. El Maltrato Físico hacia la Infancia: Sus Consecuencias Socioafectivas. Universidad de Málaga. 1998. pp. 360.

GONZALEZ, Gerardo. Manual sobre Maltrato y Abuso Sexual a los Niños: Aspectos Psicológicos, Sociales y Legales. UNICEF-COVAC. México. 1995. pp. 190.

GROSMAN, Cecilia y Silvia Mesterman. Maltrato al Menor (El Lado Oscuro de la Escena Familiar). Editorial Universidad Buenos Aires. Argentina 1992. pp. 372.

GUTIERREZ FERNÁNDEZ, Benito. Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tomo I. Editorial Lexnova. Madrid. 1862. pp. 724.

HERNÁNDEZ GÓMEZ, Piedrahita. Derecho de Familia. Editorial Temis. Bogotá Colombia 1992. pp. 501.

KEMPE, Ruth S. y Kempe C. Henry. Niños Maltratados. Ediciones Morata. Madrid. 1982. pp. 231.

LEHMANN, Heinrich. Derecho de Familia Parte General. Volumen I. Traducido por José María Navas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid España. 1956. pp.704.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular. Tomo I. 7ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 2001. pp. 415.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 2001. pp. 631.

MARCHIORI, Hilda. Criminología. La Víctima del Delito. Editorial Porrúa. México. 1998. pp. 212.

MENDEZ COSTA, María Josefa y Daniel Hugo D'Antonio. Derecho de Familia. Tomo III. Editorial Rubinzal-Culzoni. Argentina. 1996. pp. 375.

MENDIZABAL OSES, Luis. Derecho de Menores. Teoría General. Ediciones Pirámide. Madrid. 1977. pp. 517.

MONTERO DUAHALT, Sara. Derecho de Familia. 4ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1990. pp. 429.

MORALES, José Ignacio. Derecho Romano. Editorial Trillas. México. 1996. pp. 349.

MORINEAU IDUARTE, Marta y Ramón Iglesias González. Derecho Romano. 4ª. Edición. Editorial Oxford. México. 2002. pp. 296.

NEUMAN, Elías. Victimología (El Rol de las Víctimas en los Delitos Convencionales y No Convencionales). 3ª. Edición. Editorial Buenos Aires. Argentina. 2001. pp. 342.

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. El Niño Maltratado. 3ª. Edición. Editorial Trillas. México. 1999. pp. 84.

PAVÓN VASCONCELOS, F y G. Vargas López. Los Delitos de Peligro para la Vida y la Integridad Corporal. 6ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1992. pp. 219.

PENICHE LÓPEZ, Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa. México. 2002. pp. 322.

PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Gráficas Iberoamericanas. Madrid, 1989. pp. 645.

PEREIRA GÓMEZ, Maria Nieves. El Niño Abandonado: Familia, Afecto y Equilibrio Personal. Editorial Trillas. México. 1991. pp. 128.

PIUG BRUTAU, José. Compendio de Derecho Civil. Volumen IV. Editorial Bosch. Barcelona. 1990. 724 p.

PIUG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo II. Volumen. II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1990. pp. 560.

PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Traducido por José M. Cajica jr. Editorial Cárdenas. México. 1991. 481 p.

PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. Derecho Civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México. 1996. pp. 489.

QUEROL, Xavier. El Niño Maltratado. Editorial Pediátrica. Barcelona España. 1990. pp. 224.

RIPERT, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Tomo III. Delia García Daireaux. Paris. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1979. pp. 559.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. 17ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1980. pp. 509.

SANCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. Derecho Civil, Parte General, Personas y Familia. Editorial Porrúa. México. 1998. pp. 559.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 8ª. Edición. Editorial Ediciones Fiscales ISEF. México. 2003.

Código Civil para el Distrito Federal. Editorial ISEF. México. 2004.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. 10ª. Editorial ISEF. México. 2004.

Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista. México. 2003.

Código del Menor para el Distrito Federal.

Ley sobre Relaciones Familiares. Editorial Andrade. México. 1999.

OTRAS FUENTES

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo III. Editorial Heliasta. Argentina 1986. pp. 660.

DICCIONARIO ENCICLOÉDICO VISUAL COLOR. Editorial Euro México, México 1996. pp. 362.

GUÍA DEL FONDO CASA DE NIÑOS EXPÓSITOS. Secretaria de Salud Oficialia Mayor. Unidad de Información y Documentación Institucional. Serie Guías. Número 13. México 1989. pp. 39.

NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo I. Editorial Porrúa. México 1998. pp. 966.