



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**

ANALISIS COMPARATIVO DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO
LIBRE Y SOBERANO DE TLAXCALA CON EL CODIGO CIVIL
DEL DISTRITO FEDERAL, RESPECTO DE LA PERDIDA DE LA
PATRIA POTESTAD, TRATANDOSE DE ABANDONO DEL MENOR

Tesis

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

Licenciado en Derecho

PRESENTA

Raquel Trejo Flores

Asesor: Lic. Jose Jorge Servin Becerra

Octubre

2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS:

GRACIAS SEÑOR por tu inmenso amor y misericordia al estar presente en mi vida en cada momento, por la familia que me has regalado, por tu infinita bondad, así como por aquellas lecciones y pruebas a superar; y por darme la voluntad para estudiar una carrera profesional con fe y humildad.

“El amor nunca pasará. Las profecías perderán su razón de ser, callarán las lenguas y ya no servirá el saber más elevado. Porque este saber queda muy imperfecto, y nuestras profecías también son algo muy limitado, y cuando llegue lo perfecto, lo que es limitado desaparecerá.”

1 Co 13, 1-10

“Tenemos que ir al encuentro de los que no tienen a nadie, de los que son víctimas de la peor de las enfermedades: la de no ser queridos, de ser indeseados, de quedar fuera de todo cuidado. En ellos encontraremos a Cristo, que está en los pobres y en los abandonados.”

Madre Teresa de Calcuta

A MIS PADRES:

MARIA EUGENIA FLORES SANCHEZ

Muchas gracias por tu gran amor, tus cuidados, dedicación y comprensión; pero sobre todo por tu valor en esa lucha incansable por nuestra superación pese a las dificultades. Gracias por enseñarme el verdadero valor de las cosas:
¡Gracias por procurarme una infancia feliz!

JOSE ANTONIO TREJO GARCIA

A la memoria de mi Padre

Gracias por tu amor, y por la maravillosa herencia fundada en el respeto y la responsabilidad hacia los demás, y un entrañable cariño por el trabajo, con el mejor empeño y esfuerzo para lograr nuestras metas. Siempre estarás en mi corazón

A MIS HERMANOS:

ELIZABETH TREJO FLORES

Querida hermana de agradezco tu amor y gran bondad, que sin tu apoyo difícilmente hubiera logrado terminar mi carrera profesional, por asumir esa responsabilidad con integridad y cariño dejando de lado anhelos propios, por tu sacrificio personal.

JOSÉ MARCIAL TREJO FLORES

A ti hermano gracias por ese amor y comprensión, por apoyarme y ayudarme en los momentos más difíciles de mi vida; por estar siempre a mi lado y compartir cosas importantes e invaluable, por ser mi cómplice y un gran amigo.

A MI ABUELITA ALEJANDRA SÁNCHEZ RESÉNDIZ

Gracias por ser el gran regalo que la vida me permitió, por haberme enseñado cosas importantes de la vida, que es para vivirse plenamente y con integridad “que la mujer debe ser de una sola pieza”, por su fortaleza y ejemplo de vida. Extraño su presencia.

A MI TÍO RUBEN FLORES SANCHEZ

Gracias por ese gran corazón y cariño, por ser un apoyo incondicional en mi vida, por su sacrificio y preocupación. Gracias por los consejos y palabras de aliento que son invaluable para mi.

A MI TÍA SUSANA FLORES SANCHEZ

Muy querida tía le agradezco infinitamente el cariño y ayuda brindados, por regalarme tantos momentos gratos y de infinita confianza.

A REYNA LÓPEZ RODRÍGUEZ

Gracias por ser una gran amiga y esa maravillosa persona que me impulso a realizar una meta tan importante; por llegar a mi vida como una lucecita que ojala y permanezca por siempre. Por todo lo grande que eres y que das sin pedir nada a cambio.

AL LIC. VÍCTOR FERNANDO PÉREZ SALAS

Muchas gracias por su cariño, apoyo y comprensión, por su ejemplo de luchar día a día por nuevos logros, y sobre todo por enseñarme que en el estudio y en el amor a la carrera profesional esta la clave del éxito.

A MIGUEL ANGEL GALLEGOS HERNÁNDEZ

Mi agradecimiento infinito por ser mi amigo, por tu cariño, respeto, y conocimiento, por ser un pilar en mi existencia todos estos años, y sobre todo por aquello que hemos compartido de corazón.

A MACRINA VERA DÍAZ

Gracias amigota por ese cariño y un corazón para compartir, por los buenos momentos que hemos pasado juntas, por arrancar en mi todas esas sonrisas que hacen más grata la vida, con ese ángel que te acompaña siempre.

A CAROLINA MENDIOLA MEDINA

Le doy gracias a Dios por haberla puesto en mi camino, por su sabiduría y enseñanzas, por ayudarme a transformar y encontrar un sentido a mi vida, por guiarme en busca de la verdad. Con todo mi cariño gracias pastora.

“La Sabiduría es luz y no se torna opaca; se muestra con gusto a los que la aman, se deja encontrar por los que la aman” Sab 6, 12

UN AGRADECIMIENTO MUY ESPECIAL

DRA. MARGARITA MONTAÑO SORIANO

DRA. ERICKA GALVAN ROJAS

DRA. SILVIA ORTIZ LEON

DR. JORGE LUIS PONCE CARMONA

DR. ANSELMO APODACA

A todos mil gracias por su apoyo y confianza, por su invaluable aportación en el presente trabajo, por su profesionalismo y por abrirme las puertas de su labor y conocimiento.

GRACIAS A LA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Por el privilegio y el orgullo de formar parte de ella, por tener un lugar y la oportunidad de estudiar una carrera profesional, con los cimientos y elementos suficientes para luchar en la vida día con día.

A MI ASESOR:

LIC. JOSE JORGE SERVIN BECERRA

Le agradezco de todo corazón por aceptar dirigir este trabajo, por haberme brindado su apoyo y tiempo. Mi respeto y admiración por su labor ardua en la superación profesional y sobre todo por su gran calidad humana.

A LOS PROFESORES DEL SINODO

Gracias a todos por sus atenciones, por su disponibilidad y apoyo brindados para el término del presente trabajo.

LIC. JOSE JORGE SERVIN BECERRA

LIC. JESUS FLORES TAVARES

LIC. SAUL CORZA VALLADES

LIC. JOSE CARMEN MUGICA JURADO

LIC. JUAN JOSE LOPEZ TAPIA

**ANALISIS COMPARATIVO DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO
LIBRE Y SOBERANO DE TLAXCALA CON EL CODIGO CIVIL
DEL DISTRITO FEDERAL, RESPECTO DE LA PERDIDA DE
LA PATRIA POTESTAD, TRATANDOSE DE ABANDONO DEL
MENOR**

INDICE

INTRODUCCION	1
---------------------	----------

**CAPITULO PRIMERO
ANTECEDENTES HISTORICOS**

1.1 Pueblos Primitivos	4
1.2 Roma	15
1.3 México	25
1.3.1. Código Civil de 1870	25
1.3.2. Código Civil de 1884	26
1.3.3. Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917	27

**CAPITULO SEGUNDO
PATRIA POTESTAD**

2.1. Concepto	30
2.1.1. Naturaleza Jurídica	35
2.2 Sujetos	38
2.2.1. Quienes pueden ejercer la patria potestad	42

2.2.2. Menor de edad	46
2.2.3. Capacidad de Goce	50
2.2.4. Capacidad de Ejercicio	55
2.3. Características de la patria potestad	58
2.3.1. Interés Público	58
2.3.2. Irrenunciable	60
2.3.3. Intransferible	61
2.3.4. Temporal	62
2.3.5. Excusable	63
2.4 Efectos de la patria potestad	64
2.4.1. Efectos sobre la persona del hijo	65
2.4.1.1. Guarda y Dirección	65
2.4.1.2. Cuidado y vigilancia	66
2.4.1.3. Educación	69
2.4.1.4. Representación Legal	69
2.4.1.5. Corrección	70
2.4.2. Efectos sobre los bienes del hijo	72

CAPITULO TERCERO

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

3.1. Intervención Judicial	75
3.2. Formas de Terminación de la patria potestad	82
3.2.1. Extinción	84
3.2.2. Pérdida	87
3.2.3. Suspensión	99

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO COMPARATIVO DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL CON EL CODIGO CIVIL DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TLAXCALA.

4.1. Abandono	104
4.1.2. Concepto Jurídico	121
4.1.2.1. Dictamen médico sobre abandono de un menor por más de veinticuatro horas incapaz de proveerse por sí mismo su subsistencia.	128
4.1.2.2. Estudio estadístico de abandono de menores correspondiente a los últimos tres años a la fecha.	140
4.2. Menor Expósito	143
4.3. Análisis jurídico del artículo 285, fracción IV del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.	146
4.4. Análisis jurídico del artículo 444, fracción V del Código Civil del Distrito Federal.	151
4.5. Propuesta de adición al Código Civil del Distrito Federal en su artículo 444, fracción V como causa de la pérdida de la patria potestad.	154
CONCLUSIONES	159
BIBLIOGRAFIA	163

OBJETIVO: Adicionar a la fracción V del artículo 444 del Código Civil del Distrito Federal, como causa para decretar la pérdida de la patria potestad por abandono, el que los menores de edad hayan sido abandonados por quienes la ejercen, por más de veinticuatro horas sin que hubieran quedado a cargo de persona alguna.

INTRODUCCION

A través del presente trabajo se pretende mostrar la importancia que requiere la legislación adecuada y detallada sobre hechos infortunados como es el abandono de menores de edad por quien o quienes ejercen la patria potestad, reprochables tanto jurídicamente como en el ámbito social, no sólo por las repercusiones propiamente legales que tal acto conlleva, sino por los daños en muchas ocasiones graves, se ocasionan a los menores de edad en su integridad, en los aspectos físico, psíquico, emocional y social.

La patria potestad en la actualidad se encuentra regulada por el derecho, más que como aquella autoridad absoluta que se les asignaba a los padres sobre la persona y bienes de los hijos; se reglamenta como una función jurídica por virtud de la cual la ley otorga a los padres derechos en cuanto a la persona y bienes, de los menores de edad no emancipados; para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, las cuales se encuentran encaminadas a procurar la protección y formación integral de éstos, es decir, los derechos inherentes al ejercicio de la patria potestad suponen obligaciones, ejerciéndose ambos siempre en beneficio siempre del menor de edad.

Lo anterior, se deriva principalmente de logros jurídicos alcanzados, en primer lugar, en la comunidad internacional para la protección de los menores, que si bien, se inició apenas en el siglo pasado, ha significado sin duda un avance importante para el reconocimiento de los menores de edad como titulares de derechos a través de una reglamentación especial, al asignárseles en forma particular supuestos normativos que obedecen a su situación de minoridad; enfocados precisamente para obtener un desarrollo óptimo en todos los aspectos de su vida, ya que si la ley los ha calificado en calidad de incapaces, por no tener la posibilidad física ni jurídica, para hacer valer en primer lugar sus derechos de que son titulares, así como para suministrarse por sí elementos para su subsistencia y desarrollo, es necesario, que los mismos cuenten con una reglamentación que permita que los titulares de la patria potestad o en su caso la tutela, lleven a cabo dichos cargos con la diligencia que para tal efecto se requiere.

Desafortunadamente en el caso de la patria potestad, quienes ejercen tal función, no siempre están dispuestos a velar por los intereses del menor de edad a su cargo, sino por el contrario, transgreden la esfera jurídica de éstos, ya sea violentando los derechos que la ley les concede, o no dando cumplimiento a las obligaciones relativas al cargo, mismas que en principio le son otorgadas por la propia naturaleza, y después reconocidas por el derecho, precisamente para su debido acatamiento. Casos en los que se hace necesaria la intervención del Estado, a fin de vigilar y contribuir en el desempeño de tal función jurídica, con la finalidad de salvaguardar en muchos de los casos la integridad de los menores de edad, aunado a que el buen desempeño de la patria potestad contribuye a la estabilidad y unión del núcleo familiar; en consecuencia, la intervención del Estado será subsidiaria, ya sea a través del poder judicial, o cualquier otro órgano encargado de resguardar que la función se lleve en pro de los menores de edad, prevaleciendo en todo caso “el interés superior del menor”, ante cualquier interés.

Ante tales irregularidades en el ejercicio de la patria potestad, así como respecto de hechos o acontecimientos que se susciten e impidan su debido ejercicio, la ley ha previsto que tal función jurídica se acaba, se suspende se limita, se excusa o se pierde, previendo en éste último supuesto aquellas circunstancias que el legislador ha considerado como graves para privar a los padres o los ascendientes en segundo grado de su ejercicio, en los que se encuentra previsto el abandono que éstos hagan de los menores de edad no emancipados, hechos abominables mediante los cuales en la mayoría de los casos se provoca un daño a la integridad de los menores de edad. Por ello, al constituirse como una conducta reprochable por el derecho, es además considerada como delito denominado “abandono de personas”, castigado por la ley penal, y en que si bien, en el caso del Código Penal aplicable al Distrito Federal, no sólo se incluye en la misma a los menores de edad, sino a toda aquella persona incapaz de valerse por sí misma, se reprime el hecho de colocarla en situación de peligro al habersele abandonado; lo que supone que los autores de tales hechos deben ser reprimidos en determinados derechos, al abdicar completamente los deberes a que están obligados por la ley.

De ahí, la importancia del abandono de menores como causa para decretar la pérdida de la patria potestad, no únicamente como un evento reprochable por el grupo

social y familiar, sino por la serie de repercusiones que puede tener en la existencia del menor de edad, ya que en la mayoría de los casos con tal acontecimiento, no sólo se les coloca en una situación importante de peligro (para los efectos de la materia penal), sino que efectivamente se causa un perjuicio en el desarrollo físico y/o psíquico de éstos. Considerándose por los especialistas como una forma grave de maltrato infantil, al privarse al menor de los cuidados inmediatos, tanto físicos, emocionales, etc., casos en que si no se le brinda ayuda o se le atiende adecuadamente a un menor de edad en situación de abandono puede sufrir trastornos graves que no pueden minimizarse, ante la opinión de algunos juristas que consideran al decretamiento de la pérdida de la patria potestad, como una medida extrema; pues en todo caso que se encuentre inmiscuida la integridad de un menor de edad, debe imperar incluso ya por disposición de la ley el principio del “interés superior del menor”, ante cualquier interés superfluo que se le anteponga, pues de no desempeñarse por los padres o quien tenga la titularidad del ejercicio de la función de la patria potestad, no estará cumpliendo con los fines para los cuales les ha sido otorgada dicha misión.

Así, en el presente trabajo se realiza un análisis del artículo 444 , fracción V, del Código Civil para el Distrito Federal, así como del artículo 285 fracción V del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, en los que se ha establecido como causa para decretar la pérdida de la patria potestad el abandono que hagan los padres o quien conforme a la ley ejerza tal función de los menores de edad; a fin de realizar un estudio comparativo de tales supuestos normativos; en el sentido de que se considera importantísimo que al respecto código sustantivo aplicable al Distrito Federal, prevea lo dispuesto por el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, en cuanto a que éste último, condena el abandono de los menores de edad cuando se les deje a cargo de persona alguna por más de seis meses, o bien, si se les abandona sin dejarlos a cargo de alguna persona por un periodo de tiempo mayor de veinticuatro horas, situación que conlleva un riesgo inmediato y mayor para la integridad del menor quien se encuentra imposibilitado para procurarse por sí mismo sus cuidados y subsistencia.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1.Pueblos Primitivos

La patria potestad como institución en nuestro sistema jurídico ha estado sujeta a una evolución importante, ya que la mayoría de las características que la definían en tiempos remotos provenientes de otros sistemas normativos, se han ido transformando por el legislador a lo largo de los años; modificada por factores de diversa índole que han influido para que hoy en día se constituya como una institución de derecho, cuyos parámetros se encuentran enfocados al bienestar familiar; cambios que han dependido en gran manera de la organización y desarrollo de otras figuras jurídicas como es la familia, que implica el núcleo de reproducción de los seres humanos; constituyendo la base fundamental para la regulación de la patria potestad.

De lo anterior, se desprende la importancia del origen de la institución familiar, ya que tanto la concepción y regulación de la patria potestad han dependido en gran manera de la organización y estructura que ha tenido la familia, misma que al concebirse en forma estable, significó el punto de partida de su reglamentación al darse su reconocimiento por el mundo jurídico, lo que conllevó a determinar las distintas relaciones que se originaban dentro de dicho núcleo.

Siendo entonces necesario dentro del presente trabajo hacer referencia en forma breve acerca del origen de la familia, en el entendido de que el hombre constituye un ser social, situación que su misma naturaleza le exige, y sólo podrá surgir a la vida y permanecer en ella mediante la asociación con sus semejantes, por tanto, dos seres humanos hombre y mujer que lleven a cabo la procreación partiendo de dos

características derivadas de su situación biológica como son: la unión sexual y la procreación. En ese sentido Antonio Cicu establece que “La familia no es, desde luego una creación jurídica, sino un hecho biológico, derivado de la procreación reconocido, diseñado social y culturalmente.”¹; por lo que dicho grupo surge inicialmente como un hecho biológico reconocido por el derecho, precisamente para su regulación.

Aunado a lo anterior, se ha considerado que para la conformación del núcleo familiar se requiere además del hecho de la procreación el elemento de la estabilidad. Al respecto, la jurista Montero Duhualt señala que: “Para que la pareja pueda considerarse por sí sola como familia se requieren dos elementos añadidos a la unión sexual: la permanencia más o menos prolongada y la cohabitación”.² Dichas peculiaridades han sido variadas en la medida de la evolución del hombre, y pueden dividirse en forma general en dos etapas principales: aquellos grupos en que imperaba la completa promiscuidad y el surgimiento de la monogamia, ésta última considerada como el elemento fundamental que da forma al grupo familiar.

Para referirnos a la etapa de una primitiva promiscuidad, pese a que los historiadores refieren que de ésta no se pueden hacer aseveraciones por no encontrarse la comprobación plena de la existencia de la misma, es muy probable que los grupos primitivos satisfacían sus instintos de supervivencia y procreación a semejanza de los demás seres vivos, siendo más guiados por sus instintos que por el raciocinio. Etapa en donde se daba algo parecido a un comercio sexual promiscuo, la cual se daba entre hombre que pertenecían a un tótem, con mujeres de otras tribus.

Después de esta etapa surge la llamada Polinesia, que obedece a un comercio sexual en donde se da el matrimonio por grupos, promiscuidad en la que la filiación por las características que marca, se da matriarcalmente, al ser incierta la paternidad; y en donde al parecer comienza a vislumbrarse el establecimiento de la monogamia, ya que se dice que la mujer que era vendida permanecía con su dueño entrando a formar parte del patrimonio de éste.

¹ Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo XII. 1ed. Editorial Porrúa, UNAM, México, 2002, pág. 743.

² MONTERO Duhualt, Sara. Derecho de Familia. 5 ed. Editorial Porrúa, S. A., México, 1993, pag. 3.

Con posterioridad se da la familia consanguínea que constituyó un grupo relacionado sexualmente por individuos pertenecientes a una misma generación, quedando prohibida entonces las relaciones entre ascendientes y descendientes; surgiendo la familia denominada punalúa, la cual se regía por el matrimonio entre un grupo de hermanas que comparten maridos comunes o un grupo de hermanos con mujeres compartidas, por lo que los hijos llegan a ser comunes de un grupo.

El siguiente grupo familiar que surge es la sindiásmica en donde existen hombre y mujeres comunes, sin embargo, comienza a darse la permanencia en dichas relaciones, manteniendo una unión exclusiva, permanencia que tiene como razón principal el hecho de la procreación, etapa en la que el marido permanecía al lado de la mujer; vislumbrándose con ello la iniciación de la monogamia, más por lo que respecta a la mujer, porque el hombre conservaba su derecho a la poligamia. Asimismo, en esta etapa se asevera el dominio económico del hombre, lo que da lugar a ejercer un poder absoluto y único dentro del hogar, siendo los inicios de un sistema patriarcal, mismo que prevalece con posterioridad.

Sin dejar de hacer mención a la poligamia, la cual asume dos formas, la poliandria y la poligenia; la primera fue aquella en que una mujer cohabita con varios hombres y la segunda en la que el varón tiene varias esposas, predominando en el primer caso el matriarcado; siendo la mujer quien determinaba los derechos y obligaciones principalmente de los descendientes, estableciéndose el parentesco por la madre al no tenerse certeza de la paternidad.

Ya con posterioridad se da el surgimiento de la familia monogámica, cuya constitución implica la unión exclusiva de un hombre y una mujer, y que acarrea la única forma legal y moral de conformarse la familia, ya que a partir de dicha etapa el hombre sólo puede contraer matrimonio con una mujer, y hasta en tanto el mismo no se declare disuelto, no puede adquirir nuevas nupcias.

Siendo en ese momento histórico donde se puede hablar propiamente de la conformación de un núcleo familiar, pues comenta el maestro Ignacio Galindo Garfías que: "...la familia...ha adquirido en su desarrollo, a través de milenios, y

precisamente por la influencia de los elementos culturales, una completa estabilidad, que le da la existencia y razón de ser, más allá de las simples motivaciones biológicas y económicas”³, es decir, que a partir de la monogamia, la familia puede ser considerada como tal, ya que una vez que se da el elemento de la estabilidad se caracteriza como un verdadero núcleo aunado a que da pauta a su más importante desarrollo; pues sus integrantes pueden compenetrarse de una forma más completa, dándose un ciclo de vida y permanencia.

De ahí, la relevancia del surgimiento de la familia monogámica ya que a la par de ésta se da la figura del patriarcado con el dominio absoluto del hombre sobre la mujer, y que tuvo su mayor auge en los pueblos romanos, incluso durante la Edad Media pese al cristianismo, institucionalizándose como la organización con un poder paternal riguroso; que a través del transcurso del tiempo, si bien, con nuevos lineamientos ha permanecido hasta nuestros días como una forma de organización familiar; por lo que se promueve en la actualidad que la familia implique una igualdad de derechos entre los integrantes de la pareja que la conforman.

En efecto, la institución de la familia ha sufrido cambios radicales, desde la forma de constituirse hasta como organizarse, sus fines y funciones; misma que comenzó en los pueblos primitivos como una promiscuidad absoluta, evolucionando hasta lo que es en nuestros días en su generalidad una familia monogámica. Particularidad sobre la cual puede aseverarse que es posible el surgimiento de la figura de la patria potestad, por lo que el régimen monogámico es el único que asegura el pleno ejercicio de la patria potestad. Ya que tal y como lo afirma Montero Duhualt: “La monogamia es la manifestación patente de la madurez de los individuos y de las sociedades que la consagran”⁴, entonces de dicha forma de asociación parte el desarrollo de la figura de la familia; pues es precisamente en esta organización familiar en que se establecen lazos conyugales más duraderos y que permiten una estabilidad en las relaciones entre los seres humanos.

³ GALINDO Garfías, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 21 ed. Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 447.

⁴ MONTERO Duhualt, Sara, Op. cit, pag. 8

De ahí la importancia de conceptualizar en el presente trabajo lo que para el ámbito jurídico es la familia, por lo que en principio se establece que etimológicamente el termino “familia” y de acuerdo con el autor Hugo D Antonio: “...la palabra familia deriva del latín “familia”, la cual deriva de famulus, en referencia al famulado, es decir, a la agrupación de personas o servidumbre que habita con el señor de la casa, con una relación de derechos y deberes ordenados en función de servicios mutuos”⁵. En ese sentido, el término familia en forma genérica refiere un grupo de personas, los cuales se pueden encontrar unidos entre sí por lazos de distinta índole, ya sea afectivos o de sangre, o bien, por otros factores que hagan necesaria la cohabitación.

En tanto, dicha institución ha sido motivo de estudio de diversos tratadistas en la materia jurídica así como en otros ámbitos, sin que hasta hoy se tenga una concepción única de la misma; sin embargo, existen elementos en común que indican que constituye el núcleo de una sociedad unida por lazos de parentesco que juegan un papel importante en su organización, estableciéndose actualmente que cada persona es parte de la familia nuclear, y ésta a su vez, es parte de una familia extensa, misma que conforma la comunidad.

De tal manera, la concepción de la familia ha sido diversa de acuerdo a los distintos factores que han repercutido en su evolución como es el social, económico, religioso, jurídico, etc.; mismos que han tratado de delimitarla para poder señalar sus características esenciales y con el fin de llevar a cabo su regulación principalmente dentro del mundo del derecho, y en tal sentido, el término familia cuenta con variadas acepciones.

En forma inicial el jurista Ignacio Galindo Garfías determina que: “La familia es un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación”⁶

⁵ D ANTONIO Daniel H. y Méndez Costa María J. Derecho de Familia .Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, pág. 13.

⁶ GALINDO Garfías, Ignacio, Op. Cit., pág. 447

Grupo social que comprende otros elementos aunados al aspecto biológico que constriñe solamente la unión sexual de un hombre y una mujer con el objeto de procrear; y que han permitido que dicha figura se constituya verdaderamente como una institución con fines propios, que son la continuidad y la estabilidad; características que se dan como resultado de factores éticos, morales, religiosos, culturales, etc., y que conceden el reconocimiento de la pareja para fines no sólo de procreación y de preservación de la especie en situación de inestabilidad, sino de una permanencia por los distintos lazos que los unen.

Al respecto, el autor Baqueiro Rojas realiza una enumeración de los tres ámbitos más importantes que definen a la familia señalando que desde un punto de vista biológico se le puede considerar como aquel “hecho biológico que involucra a todos aquellos que por el hecho de descender de los otros, o de un progenitor común generan entre sí lazos de sangre”; en un sentido sociológico es “la institución formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda”; y por último, considera que dentro del concepto jurídico se puede entender como “las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidos como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros”⁷.

Respecto de cuyas definiciones puede observarse que tienen en común la figura del parentesco, siendo por tanto, una característica preponderante del seno familiar, misma que propicia la unión entre los seres humanos, y por la cual se da origen a determinados derechos y obligaciones entre sus componentes para su debida convivencia e integración.

Es decir, en principio se da el vínculo del parentesco a través del hecho natural de la procreación, con la unión del hombre y la mujer, creándose como se menciona en el concepto biológico lazos de sangre entre los que proceden unos de otros, y ya ante el reconocimiento que de tales hechos naturales realiza el derecho, se dan los efectos jurídicos que tales uniones acarrearán. De donde se desprende que los seres humanos

⁷ BAQUEIRO Rojas Edgard y Rosalía Buenrostro. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Oxford, University Press, México, 2001, pág. 8, 9.

generan diversas relaciones entre sí, a las que se les otorgan determinadas consecuencias ya dentro del mundo del derecho.

Así, la característica del parentesco prevalece primordialmente en las acepciones que han dado los juristas a la figura de la familia, ya que el vínculo que une entre sí a los miembros de dicho grupo es precisamente lo que conocemos como parentesco, y a partir del cual se delimitan los derechos, deberes u obligaciones que surgen entre sus integrantes, regulación de cuyas relaciones se lleva a cabo por el sistema normativo precisamente para conservar su integración.

Tal y que como lo menciona el jurista Chávez Asencio: “El parentesco se genera por hechos humanos que tienen consecuencias jurídicas, como acontece en el parentesco consanguíneo, pero también se genera por actos jurídicos, como sucede con el parentesco por afinidad que nace del matrimonio y del parentesco civil que se genera por la adopción como acto jurídico”⁸; en ese sentido, el parentesco es aquel vínculo que implica un estado jurídico, ya que se da una situación de permanencia entre dos o más personas y, por virtud del cual, se dan diversas consecuencias de carácter jurídico.

Por tanto, el parentesco que se genera entre quienes integran el grupo familiar, puede darse de conformidad con lo que establece la ley en tres formas, ya sea consanguíneo, por afinidad o civil; constituyendo una peculiaridad en nuestro derecho para conformar un núcleo familiar que crea derechos y obligaciones entre sus integrantes. Ya sea en sentido amplio comprendiendo en general a todos los que descienden de un antepasado común, tanto a los parientes en línea recta como la colateral, o bien, aquella que en sentido estricto sólo comprende a los padres e hijos, mientras éstos no sean emancipados; denominándose por algunos autores a la primera como la familia extensa y, a la segunda se le ha llamado la familia nuclear.

En este sentido señala el citado autor: “La familia en sentido amplio, que podría considerarse familia-parentesco, se integra por el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar...y que en el sentido restringido actualmente

⁸ CHAVEZ Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 6ª ed. Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 249.

se le considera al grupo conformado por los cónyuges y los hijos de éstos con exclusión de los demás parientes, o al menos de los colaterales”.⁹

Aspectos de los que se puede partir para delimitar las principales formas de constituirse la familia, clasificada ya sea como una familia extensa o conyugal, o bien a través de la denominada familia nuclear o pequeña familia; cuyos integrantes se encuentren unidos por un parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil tratándose de adopción. Sin embargo, la integración de la familia no puede limitarse a cuestiones de si se trata de un grupo amplio o restringido; sino en tratar de contemplar la diversidad de formas y vidas familiares, que en un momento determinado indicarán como se integra la misma, dependiendo de aspectos de índole religioso, cultural, económico, etc., por lo que podrá tener una estructura variada.

Actualmente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México ha determinado que debe existir un pluralismo jurídico pues indica que: “...el legislador no puede implantar un modelo o sistema único de familia, sino que debe admitir la coexistencia del múltiples posibilidades; desde luego, respetando el orden público y el desarrollo sociocultural de la sociedad para admitir una amplia libertad en el establecimiento de los modelos familiares.”¹⁰

Por tanto, la conformación de la familia dependerá de los estilos de vida que se generan día con día, como consecuencia de una diversidad existente en nuestra sociedad, hay núcleos familiares que se encuentran establecidos e integrados dentro de un perfil que no coincide con los múltiples conceptos que se han aportado en el mundo jurídico y que; sin embargo, funcionan como otros tantos grupos familiares existentes. Lo anterior, siempre y cuando éstos se constituyan al margen del orden público y que contribuyan al desarrollo sociocultural que exige la comunidad, es decir, se creen de tal forma que siga permitiendo el sano desarrollo de la sociedad.

La tarea para definir a la familia ha sido ardua, por tratarse de una institución que conlleva matices de diversa índole, por ello sólo como regla general, la familia será aquel grupo primordialmente estable integrado por personas que se encuentran

⁹ Ibidem, pág. 209, 210.

¹⁰ Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Op. Cit., pág. 752.

unidas entre sí por el vínculo del parentesco, ya sea consanguíneo, de afinidad o civil; cuya estructura y organización esta influenciada por cuestiones de tipo psíquico, cultural, ético, moral, religioso, económico y jurídico.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual no contiene una definición de la familia, sólo ha establecido en su artículo 138-Ter que: “Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”. Entendiéndose que independientemente de su conformación, la familia será aquella institución regida por normas de orden público e interés social, que tiene como fin, lograr la protección y buen desarrollo de sus integrantes para el bienestar social.

Así, el especialista en materia familiar Julián Güitrón Fuentecilla, a fin de participar en la legislación y regulación del grupo familiar, elabora un Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos, en cuya exposición de motivos señala que su labor se encuentra enfocada primordialmente a crear un código en dicha materia que sea accesible para los gobernados, en especial para los destinatarios de dichas normas para que encuentren en él una manera sencilla de conocer sus derechos y obligaciones, así como para exigir el cumplimiento de tales normas; por lo que aporta una definición de la familia en el artículo 1º, señalando que es aquella: “institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el acto jurídico solemne del matrimonio o por el hecho jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción plena o afinidad, que habitan bajo el mismo techo”.¹¹

Cabe indicar que las definiciones jurídicas de la familia siempre estarán caracterizadas por enunciar los elementos que para el derecho dan origen a dicha institución, así como los efectos que se originan con las distintas relaciones jurídicas que se crean. En tal sentido, se puede decir que la familia es aquel grupo de personas que se encuentran unidas entre sí por vínculos de parentesco consanguíneo, de afinidad o civil, ya sea a través del matrimonio o del concubinato, que descienden

¹¹ GÜITRON Fuentecilla, Julián. Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos. 1 ed. Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 45.

unas de otras, o por el acto jurídico de la adopción; en forma estable y que tienen como fin común el desarrollo y bienestar de sus integrantes.

Se ha considerado que “Las fuentes reales del derecho de familia están constituidas por el hecho biológico de la generación y la conservación de la especie y el hecho social, de la protección de la persona humana en el caso de menores e interdictos. Las fuentes formales están constituidas por el conjunto de normas de derecho que establecen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas derivadas del parentesco consanguíneo, por afinidad y civil, la filiación natural y adoptiva, el matrimonio, el concubinato.”¹².

Por ello, los elementos fundamentales que crean precisamente los lazos en la familia, y que son los generadores de derechos y obligaciones entre sus integrantes serán: el matrimonio (o concubinato), la filiación y el parentesco, los cuales deberán estar presentes para conformar una relación familiar. Instituciones jurídicas que dan origen a la constitución de la familia, y las cuales tienen relación directa con otras figuras jurídicas, es decir:

- a) Del matrimonio se dan los regímenes patrimoniales, la nulidad y disolución del mismo;
- b) **De la filiación es la *patria potestad***, la investigación de la paternidad y la adopción;
- c) En cuanto al parentesco se da la obligación alimentaria, la tutela legítima, el patrimonio de familia y la sucesión legítima.

Haciendo notar que a las figuras del matrimonio, la filiación y el parentesco, como generadoras del grupo familiar debe agregarse la unión en concubinato, que si bien, no constituye un acto jurídico como lo es el matrimonio, al igual que éste participa de la formación de un núcleo familiar que de acuerdo a la legislación vigente es un hecho jurídico creador de derechos y obligaciones entre la pareja, y para con los hijos que sean procreados.

¹² GALINDO Garfías, Ignacio, Op. Cit., pág. 461

En consecuencia, de una de las fuentes de la familia como es la filiación surge la figura de la patria potestad, encontrándose estrechamente ligadas, por lo que, de la concepción actual de la familia en nuestro país se basan los lineamientos que rigen a la patria potestad.

Hoy en día la familia es un sistema dotado de características funcionales y estructurales que dan origen a comportamientos internos, y que se encuentra influenciada por circunstancias externas que la constriñen a adaptarse a diversos factores; y en cuanto al sentido jurídico se refiere, éste tiende a procurar la seguridad de los miembros que la integran, por ello puede decirse que del crecimiento que tenga el núcleo familiar dependerá el avance en la regulación de las figuras jurídicas que emerjan de la misma. Avances de la figura familiar que se han originado según señalan los estudiosos del derecho por matices como los que dicta la moral, ya que al convertirse los valores y deberes morales y religiosos en normas jurídicas que rigen a la familia, han hecho de ésta una unidad más regulable por la vinculación existente entre la vida misma y el derecho, pues la familia no se puede considerar como tal hasta en tanto no surge la monogamia, situación con la que dicha figura da un giro radical, para surgir al mundo del derecho como aquella unidad que hoy en día tiene como una de sus funciones principales la formación y educación de los menores hijos a través de la figura de la patria potestad, pues como señala el jurista Ignacio Galindo Garfías: “ A la necesidad de la conservación de la especie, se agrega la formación integral del individuo, y en función de ella se requiere la solidaridad del grupo doméstico, de la existencia de lazos de unión no sólo simplemente externos, sino fundamentalmente psíquicos, internos de orden ético y jurídico”¹³, lo que se ha logrado en gran manera a través de las cuestiones moralistas y que no precisamente han implicado una oposición a lo jurídico, sino que se han complementado para procurar en la familia características como la estabilidad y la fidelidad a través del matrimonio, y que han llevado a dicha institución a ser lo que hoy en día conocemos como núcleo familiar, del cual surgen derechos y deberes entre sus miembros que hacen que cada vez sea una institución preocupada por el bienestar de sus integrantes.

¹³ Ibidem., pág. 458.

1.2. Roma

En el presente trabajo se expone en forma especial a Roma por constituir el antecedente más importante en que se instituyó la figura de la patria potestad, la cual aparece en nuestro sistema jurídico regulada con un desarrollo radical a como era concebida en dicha época, ya que su reglamentación ha tenido cambios importantes difiriendo completamente no sólo en cuanto se refiere a la forma y efectos, sino también a su significado y finalidad; sin embargo, los antecedentes romanos que de dicha figura se tienen representan el antecedente más importante, pues de alguna manera son la base de la reglamentación que de la misma tenemos en el derecho positivo.

En principio señalo que la familia romana se encontraba conformada por dos clases de personas: a) las *alieni juris* que eran aquéllas que se estaban sometidas a la autoridad de otra, en donde a su vez se daban cuatro tipos de autoridad: la del señor sobre el esclavo, la autoridad paternal o patria potestad, la manus que era la autoridad del marido o un tercero sobre la mujer casada y, el mancipium que era la que tenía en forma especial un hombre libre sobre otro de la misma condición; y b) los *sui juris* que eran aquellos individuos libres de toda autoridad, designado como paterfamilias o padre de familia, título que implicaba el derecho de tener un patrimonio propio y de ejercer los cuatro poderes antes mencionados. En tanto, que existía la mujer sui juris o materfamilias que era aquella persona casada o no, con costumbres honestas, y que podía tener patrimonio propio, así como autoridad sobre los esclavos; pero la manus y el mancipium sólo pertenecían a los hombres.

En el derecho romano el término familia se aplicaba en dos sentidos, el primero de ellos se entendía por familia o domus como el conjunto de personas que se encontraban bajo la autoridad de un jefe único llamado paterfamilias, estando sometidos a su autoridad, los descendientes y la in manu que era la mujer que permanecía en una situación equiparable a la posición de una hija, y cuya característica principal era el régimen patriarcal; quien era dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, pudiendo excluir a través de la emancipación a algún descendiente, o integrar al grupo incluso a un extranjero haciendo uso de la

adopción. Y cuyo poder se extendía no sólo sobre su patrimonio sino también sobre las cosas que adquirirían las personas que estaban bajo su mando, constituyéndose un patrimonio propio, derecho que sólo le pertenecía a él, incluso el paterfamilias era el sacerdote de dioses privados denominado sacra privata, cuya ceremonia de culto privado tenía como fin asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos.

Al respecto el Doctor en Derecho Guillermo Floris Margadant señala que: "...El término "familia" significa, en el antiguo latín, "patrimonio doméstico"...Así paterfamilias significa el que tiene "poder" (de la misma raíz que pater) sobre los bienes domésticos...en el latín posterior, el término "familia" comienza a referirse a un sector determinado del patrimonio doméstico, o sea, los famuli, es decir los esclavos"¹⁴

También se concebía al término familia como aquel conjunto de personas que se encontraban bajo la autoridad paternal o su manus, unidas por el parentesco civil llamado agnatio; en donde la madre no ejercía ningún papel importante la soberanía, y cuya unión subsiste a la muerte del jefe, después de cuyo evento los hijos sui juris serían jefes de nuevas familias. Lo que implicaba que la familia se integraba por agnados, es decir, por aquel grupo de personas unidas por el parentesco civil.

En ese sentido señala el maestro Ignacio Galindo Garfías que "...En Roma la familia no se refiere a la idea de generación o de paternidad, no alude al concepto de descendencia, sino solamente indica una organización autónoma con un poder de mando"¹⁵. Es decir, la familia romana se encontraba conformada por un grupo unido más que por razones de parentesco, dicha unión obedecía al poder de mando de una sola persona y la concentración de un solo patrimonio.

En tanto, existían dos clases de parentesco, el natural o cognados y el parentesco civil o agnatio, el primero consistía en aquel parentesco que unía a las personas que descendían unas de otras, o que descienden de un autor en común, sin

¹⁴ FLORIS Margadant, Guillermo. Derecho Romano. El Derecho Privado Romano. 20 ed. Editorial Esfinge, S. A. de C. V., Naucalpan, Estado de México, 1994, pág. 197

¹⁵ GALINDO Garfías, Ignacio, Op. cit., pág. 691.

distinción de sexo; y el segundo era aquel que se originaba por la autoridad paternal o marital, misma que sólo se transmitía a través de los varones, por lo que son aquellos descendientes por vía de varones que se encontraban sometidos al paterfamilias o que lo estarían si este viviera aún, o aquéllos que nunca lo estuvieron, pero que lo hubiesen estado de haber vivido, por lo que dicho lazo se extendía hasta el infinito.

Ahora bien, es necesario hacer referencia a las figuras de la potestad paternal, la manus y el mancipio que eran poderíos que pertenecían al jefe de la domus.

La potestad paternal o patria potestad le pertenecía al jefe de familia y que ejercía sobre los descendientes integrantes de la familia civil, cuyas características consistían en que dicha potestad sería de por vida, ya que ni por edad ni por el hecho de contraer matrimonio obtenían su libertad; tal autoridad le pertenecía sólo al jefe de familia, por lo que muchas veces no era el padre quien podía ejercerla pues mientras éste estuviera sometido era absorbido por el abuelo; y dicha autoridad nunca podría ser ejercida por la madre.

Dicha potestad otorgaba al jefe de familia derechos amplios y tremendamente rigurosos, tanto sobre la persona del hijo como de sus bienes, "...se otorgaba al padre el derecho de vida y muerte sobre los hijos, a quienes podía vender, entregar a un extraño o inclusive exponer o desamparar."¹⁶. Ya que se trataba de un dominio absoluto, un poder ilimitado que no sólo consistía en educar y disciplinar, o en su caso, otorgar el consentimiento correspondiente para que contrajesen matrimonio; sino que podía llegar a matarlo por disciplina, venderlo por causas económicas o incluso exponerlo; en el primer caso se decía que tenía el *jus vitae et necis*, que era el derecho sobre la vida o a la muerte, situación que al transcurrir el tiempo fue prohibida, ordenándose que en caso de que el hijo cometiese una falta grave y que implicara la pena de muerte, no podía el potestas hacerlo de mano propia, sino a través de una acusación ante un magistrado, y que en caso de no acatar dicha regla se le consideraría como parricida. Por lo que respecta a la venta de un hijo en caso de una emergencia económica denominada dicha venta como mancipación, implicaba el

¹⁶ Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Op. Cit., pág. 811

hecho de ceder el hijo a un tercero dejándolo en calidad de esclavo, y fue hasta la época de Diocleciano que se prohibió dicha enajenación. En cuanto al abandono que realizaba el padre del hijo se le llegó a considerar como un crimen equiparable al homicidio, por lo que bajo el Imperio de Constantino se ordenó que el hijo abandonado quedase en calidad de hijo o esclavo de la persona que lo recogiese, y en la época de Justiniano a los hijos en dicha situación se les declara libres.

En cuanto a los derechos sobre los bienes que tenía el paterfamilias eran absolutos, pues los hijos no podían tener bienes propios, ya que todo lo que adquiriesen pasaba a formar parte del patrimonio del jefe de familia; de tal manera que la personalidad del hijo era absorbida por el padre, pues como lo afirma el Doctor el Derecho Guillermo Floris Margadant que: “ El antiguo paterfamilias, en resumen es la única persona que en la antigua Roma tiene plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal, en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la domus dependen de él y participan de la vida jurídica de Roma a través de él.”¹⁷. Ya que incluso era directamente el responsable de las consecuencias patrimoniales, y no estaba obligado a garantizar el manejo del usufructo legal, prolongándose por tanto la administración de los bienes y el usufructo durante toda la vida del paterfamilias.

Al respecto cabe agregar que las Leyes de las Partidas dividían los bienes de los hijos en cuatro clases que llamaban: peculio castrense, cuasicastrense, adventicio y profeticio.

“El peculio profeticio, eran aquellos bienes que el hijo ganaba con los bienes del padre o por consideración al propio padre y pertenecían en propiedad y usufructo al padre y el hijo los administraba.

Se entendía por peculio adventicio lo que el hijo ganaba por su trabajo, industria o habilidad que tuviere o por donación de algún extraño, por herencia o por beneficio de la fortuna, como el hallazgo de un tesoro.

¹⁷ Floris Margadant, Guillermo, Op. Cit., pág. 197

Se llamaba peculio castrense según la Ley Sexta de Partidas a los bienes que adquiriría el hijo de familia procedente de la milicia o con ocasión de ella y el cuasicastrense era según la ley séptima los bienes que el hijo adquiriría en el ejercicio de la enseñanza o en el desempeño de los oficios públicos como juez, escribano u otros semejantes”¹⁸

Respecto del peculio castrense y cuasicastrense pertenecían al hijo en propiedad y usufructo, de los cuales los padres eran herederos, y en cuanto a los bienes de peculio profecticio pertenecían en propiedad y usufructo a los padres mientras el hijo fuese menor de edad, pero la administración la llevaban a cabo los hijos.

En relación a la manus era una potestad propia y exclusiva de los ciudadanos romanos, y que constituyó una figura equiparable a la potestad paterna, la cual pertenecía al marido, pero si éste era alieni iuris se ejercía por el jefe de familia, e incluso podía establecerse a favor de un tercero en forma temporal. A lo que menciona el autor Eugene Petit: “...la manus pudo ser establecida de tres maneras: a) Usus...una especie de adquisición por el uso. La posesión de la mujer, continuada durante un año, daba al marido la manus; b) Cofarreatio...consistía en una ceremonia que acompañaba el matrimonio, y que tenía un carácter religioso; c) Coemptio...consiste en una aplicación derivada del mancipatio. Era una venta imaginaria de la mujer al marido, con asistencia del jefe de familia si es alieni iuris, o la auctoritas del tutor si es sui iuris”¹⁹. Potestad que implicaba para la mujer salir de su familia civil e ingresar a la del marido en calidad de hija bajo la potestad paterna si el marido era sui iuris, e incluso en calidad de nieta si el padre estaba bajo la potestad paterna y que, por lo tanto, se extinguía como la potestad paterna.

La otra potestad denominada el mancipium implicaba aquella autoridad que tenía un hombre libre, sobre una persona libre y que dependía de la autoridad paterna y de la del señor, situación en la que se encontraban los hijos bajo potestad paterna y las mujeres in manu; por lo que una de las situaciones más representativas de esta

¹⁸ QUINTANA García, Miguel A.. Lecciones de Derecho Familiar. 1 ed. Editorial Cárdenas, Editor Distribuidor, México, 2003, pág. 59.

¹⁹ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 18ª ed. Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 122 y123.

figura era cuando el padre con problemas económicos daba a un tercero el *mancipium* sobre su hijo por un precio o a título de garantía, o bien, cuando el hijo cometía un delito o falta era entregado en *mancipium* a la parte afectada, a lo que se le denominó abandono noxal de los hijos en potestad. En tanto, que el *paterfamilias* durante la monarquía y la república romana podía vender y recobrar a su hijo, *ad libaum*, esto hasta la promulgación de las Doce Tablas, en las que se impuso una limitación en el sentido de que se extinguiría la patria potestad, en caso de que se llegará a vender al mismo hijo por tercera vez.

De tal manera que puede afirmarse que la familia se constituía en beneficio del *paterfamilias*, ejerciendo poderes sobre sus hijos y demás descendientes la patria potestad, sobre su esposa la *manus*, sobre una persona libre el *mancipium*, sobre sus esclavos ejerce la *dominica potestas*, sobre sus libertos los *iura patronatus* y sobre los clientes relaciones parecidas a la que sostenía con sus libertos. Sin embargo, dicha figura fue perdiendo rigurosidad, pues tanto la *manus* como el *mancipium* fueron prácticas que desaparecieron con el Derecho Justiniano, quedando únicamente la patria potestad, por lo que a los *alieni iuris* se les designa hijos de familia. Ya que incluso en el caso de la *manus* aún después de caer ésta en desuso “el marido conservaba el poder en el matrimonio romano (D. 43. 30. 1.5; *interdictum de uxore exhibenda*), y la tremenda decadencia social e intelectual de la mujer en la época postclásica, condenando a la mujer a los humildes placeres del hogar, ponía la realidad social en armonía con el derecho”²⁰; por lo que es precisamente que los *jusnaturalistas* de la Época de las Luces quienes comienzan a cuestionarse si tal situación de inferioridad pertenece al derecho natural.

Se establecieron como fuentes de la patria potestad: el matrimonio, la legitimación y la adopción.

El matrimonio era denominado *iustae nuptiae*, estableciéndose en “...la sociedad primitiva romana, el interés político y el interés religioso hacían necesaria la continuación de cada familia o *gens* por aquí la importancia del matrimonio, cuyo fin principal era la procreación de los hijos”²¹; y mediante la cual la mujer pasaba a ser

²⁰ FLORIS Margadant, Guillermo, Op. cit., pág. 199

²¹ PETIT Eugene, Op. cit. pág. 103

parte de la familia civil del marido, el cual tenía autoridad sobre ella y se constituía como el propietario de los bienes que ésta tuviese si éste era *sui iuris*; acto que al ser celebrado si era acompañado de la *manus* la relación era más estrecha; figura que perdió su rigidez en la época del imperio, ya que la *manus* fue cayendo en desuso y el culto privado cuya investidura le correspondía al marido perdió su importancia.

Para la celebración del matrimonio no se requerían formalidades, sólo de cuatro condiciones como: la pubertad de los esposos, que implicaba tener la edad propicia el hombre y la mujer para poder lograr el fin principal del matrimonio y que era la procreación de los hijos; el segundo era el consentimiento de los contrayentes que consistía en su libre voluntad; el tercero versaba en el consentimiento del jefe de familia, el cual no se encontraba enfocado al bienestar de los hijos que deseaban contraer nupcias, sino obedecía a la autoridad de que estaba investido el jefe de familia, por lo que si se trataba de hijos *sui iuris*, éstos no requerían de dicha autorización, sólo los que se encontraban bajo la autoridad paterna, sin importar la edad del contrayente, autorización que siendo el abuelo el jefe de familia debía otorgarse por éste así como la del padre, quien a la muerte del abuelo quedarían bajo su autoridad, tratándose de la mujer sólo se requería la autorización del abuelo; por lo que se refiere a la cuarta exigencia, ésta consistía en el *connubium* que era la aptitud legal para contraer matrimonio la que consistía en ser ciudadano romano, además de que el derecho romano restringía a quienes tenían alguna incapacidad relativa, por causas de parentesco, por motivos de moral, convivencia o razones políticas.

Respecto del *connubium* se señalaba que se carecía de dicha aptitud por causas de parentesco en línea directa los que descenden unos de otros en donde el matrimonio estaba prohibido hasta el infinito; y en línea colateral se da dicha prohibición entre los parientes que descenden de un tronco en común cuando se pretendía dicho matrimonio entre hermanos o entre personas, de las cuales alguna sea hermano o hermana de un ascendiente del otro. También por afinidad estaba prohibido hasta el infinito en línea directa, y los colaterales desde Constantino sólo se dio la prohibición entre cuñada y cuñado. Entre otras restricciones estaban las de contraer matrimonio entre plebeyos y patricios, y con posterioridad dicha prohibición se amplió entre ingenuos y manumitidos.

Los efectos del matrimonio consistían en que la mujer entraba a la familia civil del marido, sólo si éste se acompaña de la manus, poder a través del cual la mujer queda en calidad de hija de familia respecto de su marido, pasando todos sus bienes a ser parte del marido, de donde surge la llamada dote, que se consideraba como la contribución que la mujer daba a las cargas de la familia. Y por lo que hace a los hijos “los nacidos ex justis nuptiis son hijos legítimos alieni iuris”²², que entraban bajo la autoridad del padre, o bien, del abuelo si éste era alieni iuris, y pasaban a ser parte de la familia civil del padre como agnados; por lo que con la madre mantienen un parentesco natural y en relación a ella serán cognados en primer grado. De tal manera que la filiación con la madre se da en forma natural, en cuanto al padre ésta será sólo por presunción, estableciéndose que el nacido dentro de ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio y trescientos días después de disuelto sería considerado como hijo legítimo.

La figura del concubinato denominada por los romanos como concubinatos, considerándose entonces: “Concubinato, de consecuencias jurídicas reducidas, las cuales si es verdad que aumentan poco a poco, nunca llegan la nivel del matrimonio justo”²³; siendo entonces aquella unión pasajera que se tenía como ilícita, en donde un hombre se unía a una mujer considerada poco honesta e indigna, el cual estaba permitido para personas púberas y no entre parientes en el grado prohibido para el matrimonio.

Estableciéndose que no se podía tener más de una concubina y esto sin tener esposa legítima, aunado al hecho de que en un principio el concubinato no produjo los efectos que tenía el matrimonio, pues la mujer no podía integrarse a la familia civil del marido, por lo que los hijos nacidos de dicho concubinato sólo mantenían con la madre parentesco como cognados, quienes no se encontraban sometidos a la autoridad del padre y nacían sui iuris. Con la finalidad de hacer que desapareciera el concubinato se ofrecía dar la legitimación a los hijos de las parejas en concubinato, que celebraran matrimonio.

²² Ibidem., pág. 107

²³ FLORIS Margadant, Guillermo, Op. cit. pág. 207

Tanto el matrimonio *justae nuptae* como el concubinato en términos generales tenían similitudes, las cuales radicaban en que para ninguna de las dos situaciones se requerían formalidades al momento de su celebración, ambas eran relaciones duraderas y monogámicas, así como la intención en ambas era procrear hijos. La diferencia principal estribaba en que el matrimonio producía innumerables consecuencias jurídicas, y el concubinato en ese sentido nunca las llegaría a producir en el mismo número. Sin embargo, no se llegaron a equiparar tales situaciones, por lo que con la finalidad de hacer que desapareciera el concubinato se ofrecía dar la legitimación a los hijos de las parejas en concubinato que celebraran matrimonio.

Otra fuente fue la adopción, que era aquel acto solemne definido como: "...una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *justae nuptiae* entre el hijo y el jefe de familia"²⁴; es decir, implicaba que un *filius familias* pasaba de la potestad de su padre natural al de otro *paterfamilias*, Institución que tuvo como principal fin la perpetuidad de la familia, ya que como ésta se constituía sólo por vía del varón, o ante la esterilidad y la procreación de mujeres, dicha figura llegó a tener gran importancia. A través de la cual, en principio el adoptado sufría una *capitis deminutio* mínima, ya que perdía el parentesco de agnación con su familia natural, perdiendo derechos de sucesión ab intestado, aunado al hecho de que el nuevo padre lo emancipara, quedando el adoptado en completo estado de desamparo, por lo que en la época de Justiniano se decidió que el adoptado no saldría de la patria potestad de su familia natural teniendo el derecho a la sucesión, lo que se denominó *adoptio minus plena*, y sólo en el caso de que el adoptante fuera ascendiente del adoptado que no tenía la patria potestad, se regía por los anteriores efectos y era la *adoptio plena*. Se da el impedimento para contraer matrimonio entre adoptante y adoptado como si se tratase de una filiación natural.

La *adrogatio* era aquella institución a través de la cual un *paterfamilias* adquiría la patria potestad de otro *paterfamilias*, la cual seguía las formalidades de la adopción pero con consecuencias como la extinción de una familia y del culto privado, además de que el patrimonio del adrogado entraba por completo al del adrogante, sólo en

²⁴ PETIT Eugene, Op. cit., pág. 113

caso de ser emancipado recuperaba el adrogado sus bienes, o en caso de que éste muriese antes de llegar a la pubertad (cuando fue permitida la adrogación de impúberes) sus bienes eran devueltos a su familia original.

En cuanto a la terminación de la autoridad paterna, esta se daba por caso fortuito o por actos solemnes, en los primeros se encontraban la muerte del jefe de familia, la muerte del hijo, su reducción a esclavo o por la pérdida del derecho de ciudadanía, hechos por los cuales los hijos quedan en calidad de *sui iuris* y no perdían sus lazos de agnación. O bien, tratándose de actos solemnes que eran la emancipación, la adopción, por el nombramiento para ciertas funciones religiosas, por disposición judicial como castigo para el padre.

Haciendo mención a la legitimación como forma de terminación de la autoridad paterna, era aquel acto por el cual el jefe de familia hacía salir a su hijo de su potestad convirtiéndose en *sui iuris*, lo que podía hacer por su propia voluntad en donde el padre mancipaba al hijo a un tercero, quien se comprometía a manumitirlo, por lo que a una segunda mancipación le seguía de nueva cuenta la manumisión, y después de una tercera el hijo quedaba libre y se volvía *sui iuris*. Entonces la emancipación implicaba consecuencias nefastas para el emancipado, ya que salía de su familia civil, perdiendo los derechos *ab intestato*, así como sus cualidades de agnados y gentiles; y fue hasta el Imperio que la situación del emancipado fue más favorable, pues se permitió que éste podía conservar los bienes que adquiriese y detentar los mismos derechos que tenían los hijos que permanecían bajo la autoridad paterna.

En consecuencia, la familia romana se daba como aquel grupo de personas que se encontraban unidas entre sí, bajo la exclusiva autoridad o mejor dicho poder que una de ellas ejercía sobre las demás, con fines que iban más allá que la simple organización para satisfacer necesidades individuales biológicas y psicológicas, así como el compartir los mismos recursos y servicios, viviendo bajo un mismo techo; sino más bien como un núcleo con fines preponderantemente de orden, económicos y políticos.

1.3. México

En nuestro país fue tardío el surgimiento del derecho de familia y con ello la regulación de dicho grupo, en virtud de que en la Constitución de 1857, no se crearon normas que legislaran respecto de la misma, haciéndose sólo referencia a la figura del matrimonio en donde se le otorga un carácter religioso; y no fue hasta 1859 que se dictó por Benito Juárez la Ley Reglamentaria del Matrimonio, misma que suprimió su carácter religioso, definiéndolo como un contrato civil, por lo que se le retira al clero la tarea de llevar el control de los matrimonios, quedando a cargo del Estado el registro de éstos.

Con las Leyes de Reforma decretadas por Benito Juárez, se empieza a tener control por parte del Estado en los aspectos inherentes a la familia, ya que “la Iglesia tenía en su poder el control del nacimiento y defunción de la población y por tanto el censo de la misma. Por ello todos los actos que celebraba en relación con el nacimiento y defunción cobraba derechos y los registraba en los libros, lo cual le permitía llevar el control de los ingresos, y sobre todo, de los adeudos, ya que no todos en su momento tenían para pagar dichos servicios”²⁵. De donde se desprende que la Iglesia controlaba los actos más trascendentes no sólo de la vida familiar, sino en general del ser humano.

1.3.1. Código Civil de 1870

En el año de 1870 se crea el primer Código Civil en nuestro país, el cual se denomina Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, al que se le atribuye un lineamiento individualista y liberal, ya que surge teniendo como base no sólo las Leyes de Reforma, sino con “influencia del derecho romano, del derecho español y del Código de Napoleón²⁶”; código en el que ya se reglamenta el matrimonio, el parentesco, la paternidad, la filiación y la separación de cuerpos entre los consortes, siendo una especie de divorcio; y en el que se confirma que el matrimonio se encuentra a cargo del Estado, otorgándole un carácter

²⁵ TAPIA Ramírez Javier. Introducción al Derecho Civil. 1 ed. Editorial McGraw-Hill, México, 2002, pág. 21

²⁶ Ibidem, pág. 22

propiamente contractual a dicho acto. Por otra parte, se da en la legislación una gran importancia a la potestad marital, dejando a la mujer en calidad de cosa, ya que al contraer matrimonio ésta quedaba representada por el marido, privándola de ejercer algunos derechos, pudiendo hacerlo sólo con el permiso escrito de su marido; haciendo hincapié en tal circunstancia, ya que por lo que respecta a la patria potestad se limita su ejercicio al padre, y sólo a falta de éste será por la madre, el abuelo materno; con lo que se puede observar que se encontraba arraigado el poderío del jefe de la familia sobre sus integrantes, existiendo la potestad de éste, incluso sobre la mujer quien no jugaba un papel relevante dentro de la familia.

De donde se puede destacar que hasta este momento no le otorga gran importancia al núcleo familiar, ya que es eminentemente individualista dicha reglamentación, dejando de lado el interés social.

1.3.2. Código Civil de 1884

Este Código también fue denominado Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, afirmándose por algunos juristas, que sólo fue una copia del Código de 1870, y por medio del cual no se realizaron aportaciones importantes en cuanto a materia familiar se refiere, “expresa fundamentalmente las ideas del individualismo en materia económica, la autoridad casi absoluta del marido sobre la mujer y los hijos, consagró la desigualdad de los hijos naturales, estableció la indisolubilidad del matrimonio...”²⁷, sólo se instituyó la libre testamentificación.

De tal manera que en dicha época no hubo un avance en cuanto a las figuras jurídicas que conforman el derecho familiar, dándose un estancamiento en el orden jurídico y social; lo que acrecentó más las diferencias sociales, dándose con ello los movimientos armados de 1910, con nuevas ideas socialistas que comenzaban a imponerse, buscando la igualdad y mejor reparto de las tierras y riquezas; creándose, por tanto, la necesidad dentro del campo jurídico por otorgar una mayor protección a la familia, lo que se proyecta con posterioridad.

²⁷ Ibidem., pág. 23

1.3.3. Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917

Con motivo de la Revolución de 1910, en donde el pueblo aboga por la libertad e igualdad, se crea por el Presidente Venustiano Carranza, la Ley Sobre Relaciones Familiares expedida el 09 de abril de 1917, misma que se da en forma independiente al Código Civil de 1884 que se encontraba en vigor, y del cual se derogan los capítulos y títulos relativos a la materia familiar. Ley que representa varias innovaciones, “estableció la igualdad de los integrantes del núcleo familiar, instauró el divorcio vincular y la liquidación de la comunidad de los bienes, y suprimió la clasificación infamante que se hacía de los hijos nacidos fuera de matrimonio, ya que anteriormente los legítimos eran los legalmente reconocidos y gozaban de los derechos consagrados en la ley, y no así los naturales, los incestuosos, los adulterinos y los sacrílegos”²⁸.

Por lo que su promulgación implica una mejor forma de regular a la familia y a sus instituciones, constituyendo un enorme adelanto por haber sido la iniciadora de una protección jurídica de los derechos familiares e incluso para la sociedad en general pues elimina la supuesta proyección que se tenía de la mujer y que sólo la limitaba en el ejercicio de sus derechos.

En cuanto al tema que nos ocupa su relevancia estriba primordialmente en sus artículos 44, en los cuales señaló que la mujer tenía la obligación de atender todos los asuntos domésticos, lo que implicaría que sería ella en forma particular la encargada de la dirección y cuidado de los hijos, gobierno y dirección del hogar, ya que incluso como lo señalaba en su artículo 41, la mujer estaba obligada a vivir con el marido, exceptuando, cuando éste se ausentara de la República, o se instalare en un lugar insalubre, lo que hacía más marcada la obligación de la mujer para ser directamente la encargada del cuidado de los hijos.

Otra aportación realizada por dicha ley con respecto a la patria potestad, y con el ánimo de lograr la igualdad de la mujer y el hombre, versa en su artículo 241 que señala que se equipara su ejercicio a ambos cónyuges, ejerciéndose la misma por

²⁸ Ibidem, pág. 24

primera vez por el padre y la madre. Para cuya interpretación se emitieron los siguientes criterios:

“PATRIA POTESTAD. Es cierto que conforme a la Fracción I del Artículo 241 de la Ley de Relaciones Familiares, la patria potestad se ejerce; por el padre o la madre de donde se deduce, así como de los artículos 243, 248 y 257 de la misma ley, que la patria potestad radica simultáneamente en el padre y la madre. pero conforme al Artículo 41 de la misma ley, la mujer está obligada a vivir con el marido y, por tanto, es en el domicilio de éste en donde deben ejercitarse los derechos que se derivan de la patria potestad, de tal manera que cuando los menores han sido separados del domicilio conyugal, en virtud de las medidas provisionales que se toman durante la tramitación del juicio de divorcio, al considerar insubsistentes esas medidas, si el juez ordena que los hijos se reintegran al domicilio del padre, y sólo autoriza para que la esposa viva separada de su marido durante algún tiempo, no viola con ello ningunas garantías en contra de la esposa.”²⁹

T. XXIX. Arenas de Nieto Carmen. Pág. 849. julio/4/30. Mayoría de 4 Votos.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo XXIX. Tesis: Página: 849. Tesis Aislada.

“PATRIA POTESTAD. Conforme a la Ley de Relaciones Familiares, la patria potestad se ejerce por el padre y la madre, esto es, ambos tienen iguales derechos para ese ejercicio; mas esto no significa que deban ejercitarla solidaria y mancomunadamente, salvo en los casos prevenidos por la misma Ley; de modo que si falta de hecho uno de los dos, el que quede está capacitado para ejercer la patria potestad, y los jueces, al adquirir la promoción de quien comparece por el menor, no dan por probada la falta del otro cónyuge, sino sólo la causa manifestada por el compareciente, para justificar la circunstancia de que su consorte no comparece.”³⁰

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo XXXI. Tesis: Página: 733. Tesis Aislada.

²⁹ T. XXIX. Arenas de Nieto Carmen. Pág. 849. julio/4/30. Mayoría de 4 Votos

³⁰ TOMO XXXI, Pág.- 733.- Amparo en Revisión, 2358/29, Sec. 3ª.- Quijano Palomo Florencio.- 3 De Febrero De 1931.-

Como puede observarse, si bien la patria potestad podía ejercerse por ambos progenitores, de acuerdo a lo que estipulaba el artículo 241 de dicha ley, éste se encontraba aún limitado para la madre, ya que se condicionaba su ejercicio a vivir con el marido, por lo que aún separándose del domicilio conyugal la mujer debía integrar a los menores al domicilio del padre; por lo que puede decirse que era restringido dicho ejercicio. Lo anterior pese a que en su artículo 45 ya señalaba que la mujer adquiriría la capacidad de que siendo mayor de edad podría administrar sus bienes y disponer de ellos.

Por otro lado, dicha ley declara que la emancipación se da sólo respecto de la persona del hijo, más no en cuanto a sus bienes, los cuales quedan bajo el resguardo del que ejerciera la patria potestad.

Es hasta el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1928 que se deroga en todas sus partes la Ley de Relaciones Familiares, la cual sin duda alguna constituyó un adelanto importante en cuanto a materia familiar se refiere, y que es el antecedente directo de muchas de las normas que hoy en día imperan en el código vigente por su contribución al desarrollo familiar.

CAPITULO SEGUNDO

PATRIA POTESTAD

2.1. Concepto

Para conceptualizar la figura de la patria potestad debe tomarse en consideración los cambios que su regulación jurídica ha tenido a lo largo del tiempo, ya que como hemos visto, en un principio fue reconocida por el derecho como aquella serie de atribuciones sólo en favor del padre, de ahí el término “patria potestad”, siendo el término “patrius, patria, patrium” relativo al padre, y “potestas” a la potestad o el poder; que significaba aquel poder absoluto que el padre tenía, y a quien le pertenecía en forma exclusiva, el cual ejercía ampliamente sobre sus descendientes, sobre la mujer, esclavos, etc., e incluso, sobre hombres que guardaban la misma condición que él; implicando un poderío en todos los ámbitos de las relaciones familiares que se creaban, y que dio la pauta a una organización de tipo patriarcal que tuvo su mayor auge en Roma.

En consecuencia, la evolución de dicha figura ha provocado la transformación de la mayoría de los elementos que la conformaban, diluyéndose principalmente el poder absolutista que detentaba el padre sobre la persona y bienes del hijo, así como el hecho de que tal potestad sólo fuera ejercida por él, ya que en la actualidad también es ejercido por la madre en forma equitativa y conjunta. A lo anterior, diversos juristas han señalado que el término “patria potestad” resulta inadecuado, en virtud de que sólo refiere la potestad del padre sobre el hijo, y no incluye a la madre, quien en la actualidad en igualdad la ejerce. Sin embargo, no se ha logrado establecer en las normas familiares el término adecuado o que pudiere ser más exacto para designar dicha figura dentro de nuestro sistema jurídico.

Del proceso de evolución que ha tenido la patria potestad y con la finalidad de delimitarla, se han emitido diversos conceptos, entre los que se encuentran los siguientes:

En el derecho francés para Marcel Planiol y Georges Ripert la patria potestad es: “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 permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales.”¹.

En cuya concepción, las facultades otorgadas a ambos padres para el ejercicio de la patria potestad se conceden por la ley precisamente con la finalidad de que den cumplimiento a las obligaciones a su cargo, mismas que serán tanto sobre la persona de los hijos como de sus bienes. De donde se desprende que las facultades y derechos concedidos son un medio para dar cumplimiento a las obligaciones que en su calidad de padres están a su cargo, por lo que dichas facultades sólo estarán encaminadas a ese objetivo.

Ambroise Colin y Henry Capitant, sostienen que la patria potestad es “el conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre en la persona y los bienes de sus hijos, mientras éstos son menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados”.²

En ese sentido se habla específicamente de derechos que se otorgan a ambos padres sobre la persona y bienes de sus hijos, siempre y cuando tales menores no sean emancipados, exclusión que implica que un menor de edad que se ha emancipado, no estará por tal circunstancia bajo la patria potestad teniendo tal calidad. Por otra parte, señala que el otorgamiento de derechos por la ley a ambos padres tiene como finalidad hacer factible el cumplimiento de deberes; mismos que

¹ MARCEL Planiol-Georges Ripert. Derecho Civil. Volumen 8. Editorial Oxford University Press, México, 2001, pág 255

² AMBROISE, Colín y Henry Capitant. Derecho Civil. Introducción. Personas, Estado Civil, Incapaces. Volumen 1. Colección Grandes Maestros de Derecho Civil. Editorial Jurídica Univesitaria, México, 2002, pág 308

enumera, situación que se encuentra limitativa, ya que no se logra en tal concepto enmarcar la diversidad de obligaciones o deberes que se tienen dentro del ejercicio de la patria potestad, y que permitirán el desarrollo y crecimiento de los menores de edad, así como la protección de éstos.

Por su parte, los autores Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni refieren que en el código argentino se encuentra conceptualizada la patria potestad como “el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”³, misma que a diferencia de las acepciones anteriores no contiene el término “obligación”, ya que de acuerdo al criterio que impera se considera a que el mismo es exclusivo de las relaciones patrimoniales, refiriendo dichos autores que es modificado por el de “deberes” que alude al interés que todo padre debe tener sobre sus hijos, considerándose más adecuado para la relación paterno- filial.

Además, tal definición refiere que los derechos y deberes a cargo de lo padres sobre la persona y bienes de sus hijos para el ejercicio de la patria potestad serán desde el momento de su concepción, es decir, respecto del “no nacido”; mismo que para nuestro sistema jurídico entra bajo la protección inmediata de la ley, y se le tendrá por nacido para los efectos declarados por la misma, en tanto, que sólo por regla general la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte. Por lo que, al concebido no nacido, siendo desde ese momento sujeto de derechos y obligaciones, se considera que tiene personalidad jurídica para los efectos señalados por la misma legislación; sin embargo, será con el nacimiento viable que se originen las relaciones de parentesco (consanguíneo o civil), y en consecuencia, será la base del origen de la patria potestad en nuestro derecho; así a partir del nacimiento, se determinarán las obligaciones que la ley impone a los padres o quien en su caso detente tal ejercicio.

En nuestro derecho el autor Rafael de Pina señala que: “La patria potestad se define como el conjunto de facultades, que suponen deberes, conferidas a quienes la

³ BOSSERT Gustavo y Eduardo A. Zannoni. Manual de Derecho de Familia. 3 ed. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 1993, pág. 524

ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria”⁴; en cuyo sentido, los derechos o facultades que se otorgan a los padres para tal ejercicio se dan a la par de las obligaciones a su cargo, teniendo como finalidad principal la protección de los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes.

El jurista Ernesto Gutiérrez y González considera que: “Es el conjunto de deberes que la ley impone, en primer lugar, al padre y a la madre, respecto de sus descendientes en primer grado, incapaces por cualquier causa, para su educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimonial pecuniarios.

La patria potestad, si fallecen la madre y el padre, pasa a las personas que determina la ley, y es irrenunciable, y sólo se puede suspender cuando la ley lo determina, y por decisión del juez civil de lo familiar”⁵, en cuyo caso el autor estima pertinente incluir características de la patria potestad como la irrenunciabilidad, así como su suspensión al excusarse su ejercicio.

Es de destacarse, que menciona como personas sujetas al ejercicio de la patria potestad a los incapaces por cualquier causa; a lo que cabe señalar, que si bien, todo menor de edad es incapaz, no toda persona incapaz es siempre menor de edad, ya que una persona aún habiendo alcanzado la mayoría de edad puede no tener capacidad de ejercicio por encontrarse en alguno de los supuestos que prevé el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal consistentes en algún padecimiento que les impida por sí mismos el ejercicio de los derechos que la ley le concede. Por lo que tal consideración no se encuentra ajustada a lo que la normatividad establece, ya que el artículo 412 indica que: “Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley”, en cuyo sentido, estarán sujetos a la patria potestad los menores de edad no emancipados, no así aquellos que aún habiendo alcanzando la mayoría de edad padezcan alguna incapacidad natural y legal quienes estarán sujetos a la tutela.

⁴DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción-Personas-Familia. Volumen I. 21 ed. Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 374

⁵ GUTIERREZ y González, Ernesto. Derecho Civil para la Familia. 1ª ed. Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 432.

En forma más amplia, el autor Julián Güitrón Fuentevilla incluye ya un concepto de patria potestad en el Proyecto de Código Familiar que propone, estableciendo en su artículo 311 que: “La patria potestad es el conjunto de derechos, deberes y obligaciones reconocidos e impuestos por la ley, a la madre, al padre, a la abuela y abuelo en relación a sus hijas e hijos o nietas y nietos, para cuidarlos, protegerlos, educarlos y salvaguardar sus bienes⁶”

Sin duda, resulta importante que el código sustantivo de la materia previera un concepto de patria potestad, a fin de determinar a través del mismo los alcances que tal ejercicio tuviere, principalmente para delimitar el objeto que se persigue con tal función, ejercida por los padres primordialmente en beneficio de sus hijos; ya que algunos autores al querer definirla emplean aún términos como el de “autoridad” de quienes la ejercen y que alude al poderío, que si bien, significó un carácter relevante de la patria potestad en épocas anteriores, hoy en día dentro de nuestro sistema jurídico se ha dejado atrás, en virtud de que se trata de una serie de derechos concedido a los padres o quien en su caso la ejerza, para dar cumplimiento no sólo a obligaciones a su cargo, sino también para procurar un bienestar integral de los hijos menores de edad no emancipados; por lo que dichos términos resultan inaplicables para delimitarla.

La patria potestad ha cambiado en el sentido de que más que constituir un poder de los padres sobre los menores hijos, es un medio legal para la protección e instrucción de los mismos; es decir, a través de ella se otorgan derechos para el cumplimiento de proteger y procurar el desarrollo integral de los menores de edad no emancipados, de manera que tales deberes y derechos no se confieren a los titulares de la patria potestad atendiendo a sus intereses individuales, sino en pro de los menores de edad.

Es pertinente mencionar que algunos juristas señalan los padres o quien en su caso ejerce la patria potestad detentan deberes y obligaciones, deberes u obligaciones, o bien, se emplean como sinónimos; sin embargo, se ha establecido que “desde el punto de vista rigurosamente jurídico, no cabe hablar de deber, sino de

⁶ GÜITRON Fuentevilla, Julián, Op. Cit. pág. 118

obligación.⁷”; entendiendo al deber jurídico como la necesidad para aquéllos a quienes se dirige una norma del derecho positivo de acatar su debido cumplimiento, ya que de ser incumplida se puede coaccionar a fin de que sea acatada. Por lo que, en el presente trabajo nos referiremos a obligaciones a cargo de los que ejercen la patria potestad.

En ese sentido, la patria potestad será aquel conjunto de derechos que la ley concede a los padres o quien en su caso le corresponda tal ejercicio, con el fin de dar cumplimiento de las obligaciones a su cargo, respecto de la persona y bienes de los menores de edad no emancipados, que den como resultado la protección y formación integral de éstos para su debido desarrollo personal, previendo en todo caso el interés superior del menor.

2.1.1. Naturaleza jurídica

La evolución de la figura de la patria potestad ha permitido su transformación, del poder absoluto manifestado dentro del grupo familiar como la autoridad suprema del padre, a ser considerada no sólo como un derecho, sino como una obligación, por lo que no podrá ser ejercido al libre arbitrio del titular sino en beneficio de un tercero.

Lo que ha dado lugar a que la patria potestad se rija por una serie de derechos para el cumplimiento de obligaciones, razón por la cual existe discrepancia en la doctrina por los diversos juristas de si se trata de una potestad jurídica otorgada a los padres a través del derecho subjetivo, o bien, como una función jurídica.

En tal sentido el jurista Rojina Villegas hace referencia a los derechos subjetivos familiares, mismos que define como aquéllos: “que constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la

⁷ DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. 30 ed. Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 471.

norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto”.⁸

Es decir, que tales derechos subjetivos de carácter familiar implican dentro de la figura de la patria potestad, una interferencia autorizada por la ley a los padres en la esfera jurídica de sus hijos menores, tanto en su persona, conducta, actividades y patrimonio; a fin de dar cumplimiento con sus obligaciones como la protección, educación y representación legal cuando así se requiera

Se ha considerado que la patria potestad implica un derecho subjetivo para el que la ejerce, porque la patria potestad contiene relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad de los padres, dándose una situación de subordinación, a fin de que los padres ejerzan una potestad personalísima sobre los hijos. Entendiendo al derecho subjetivo como “la potestad o poder que las personas tienen, cuando la norma positiva o natural se los permite, para actuar libremente en las múltiples relaciones jurídicas.”⁹. En ese sentido, si la patria potestad es vista como un derecho meramente subjetivo implicaría una voluntad del titular del derecho(os) en libertad para ejercer o no la norma.

La patria potestad comparte la dualidad del derecho objetivo y subjetivo, teniendo por el primero, la norma concreta y material del orden jurídico, y que regula en dicha institución los derechos y deberes de los padres y de los hijos; así como el derecho subjetivo, definido como aquel poder jurídico apoyado en la norma objetiva y que versa en la voluntad de quien lo ostenta, será entonces, aquel poder jurídico de que se encuentran investidos los padres para llevar a cabo la patria potestad.

A lo que señala el profesor Ignacio Galindo Garfías: “Desde el punto de vista interno, la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, está constituida primordialmente por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen facultades. Desde el punto de vista externo, la patria potestad se

⁸ ROJINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 72.

⁹ TAPIA Ramírez, Javier, Op. Cit., pág. 33

presenta como un derecho subjetivo; quiere decirse que frente a todo poder exterior a la familia, el titular de la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo”.¹⁰ Por lo que la titularidad de derechos subjetivos por quienes detentan la patria potestad implicará anteponer ante cualquier otro individuo dicho ejercicio, así como para hacer a un lado aquellos obstáculos que se le opongan al mismo.

Por ello han sido combatidos aquellos criterios que califican a la patria potestad como un derecho subjetivo, ya que las facultades que le son conferidas por la ley al titular de la patria potestad no obedecen al cumplimiento de la satisfacción de su propio interés, o de una voluntad reconocida por la ley; ya que los derechos otorgados a quien ejerce la patria potestad no se encuentran señalados por la legislación como simples derechos subjetivos, mismos que son de libre ejercicio y sólo se dan en interés de quien lo ostenta; pues como menciona el autor Ignacio Galindo Garfías “ No existe ciertamente libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo”.¹¹.

Siendo entonces, que la patria potestad se lleva a cabo por la preeminencia que en la relación jurídica tiene, frente a la voluntad la finalidad de la misma; no encontrándonos sólo ante simples derechos subjetivos creados en base a un interés individual del titular del derecho, sino frente a derechos y deberes otorgados a los titulares de la patria potestad, que no sólo atienden a sus intereses particulares, sino a los del sujeto pasivo en dicha relación. Por lo que las facultades o derechos que son concedidos a través de la patria potestad deben ejercerse en interés de los hijos menores no emancipados.

De tal manera que la institución de la patria potestad se encuentra conformada por un conjunto de derechos otorgados a los padres para dar cumplimiento a una serie de deberes que les corresponden respecto de los hijos, en donde los derechos y las obligaciones no se dan en forma opuesta, sino que se requiere de una para dar cumplimiento a la otra; por lo que dicho interés de los padres se convierte en el interés social, por encontrarse interesada la sociedad misma en su debido

¹⁰ GALINDO Garfías, Ignacio, Op. Cit. pág. 695

¹¹ Idem.

cumplimiento, de ahí que la patria potestad si bien pertenece al derecho privado, también lo es que participa del interés público.

Por tanto, el otorgamiento de derechos que se conceden a los padres o quien en su caso ejerza la patria potestad es precisamente para la persecución de un fin y que corresponde al cuidado y protección de sus menores hijos menores no emancipados, por lo que configura en un medio para cumplir con un fin. Por tanto, se otorgan facultades creadas precisamente para alcanzar el objetivo que se persigue, y debe de hacerse uso de tales derechos a manera que no se modifique el fin para el que fueron creados.

Entonces, la patria potestad implica una función, siendo el ejercicio de una acción o actividad de un ser hacia un fin determinado, es decir, considerada como función jurídica que tiene como fin la protección y educación moral e intelectual del menor no emancipado, a través de los derechos y obligaciones, que le son conferidas por la ley a los padres para tal efecto; en este sentido menciona Ignacio Galindo Garfías que: “A los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la función de la patria potestad”.¹²

Por lo tanto, se concluye que la patria potestad más que un derecho subjetivo constituye una función para los que la ejercen, toda vez que se lleva a cabo en atención al interés de los menores sobre quien ejercen tal potestad, pues se encuentra destinada a la defensa de la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, función jurídica que tiene como propósito la protección del menor y desarrollo integral, así las facultades van encaminadas al cumplimiento de las obligaciones que la ley impone, por lo que se puede entender a la patria potestad como una función otorgada a los progenitores en beneficio de los menores de edad.

2.2. Sujetos

En la institución familiar se crean diversas relaciones entre sus integrantes, siendo precisamente el vínculo jurídico que se da entre dos o más personas, establecido precisamente para regular su conducta u otros intereses, y que se

¹² Ibidem pág. 694

manifiestan como obligaciones y derechos, que serán los efectos creados de dicha relación. Tales vínculos tienen como origen principal el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela; o por situaciones de hecho como es el concubinato.

En efecto, las relaciones jurídicas se crean por un hecho humano y por la norma jurídica que las regula, ya sea materializadas a través de un hecho o acto jurídico; a las que dentro del ámbito familiar se les ha designado como “relaciones jurídicas familiares”, cuyas fuentes principales se consideran el matrimonio y el parentesco, ésta última muy amplia y que implica una diversidad de relaciones jurídicas, de las cuales en el presente trabajo sólo nos referiremos a las denominadas paterno-filiales.

La filiación se denomina como “...la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de otra, o en otras palabras es la relación existente entre padres e hijos.”¹³, por lo que será aquel vínculo jurídico que une a dos personas, ya sea por el parentesco consanguíneo en primer grado por descender una de la otra, o bien, por el parentesco civil que se da entre adoptante y adoptado; a lo que precisamente se denomina relaciones paterno-filiales, generadas por el parentesco existente entre padres e hijos.

Para tal efecto, el Código Civil del Distrito Federal enuncia en su artículo 338 que “La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros”

En forma más específica, el autor Clemente Soto comenta que si se “examina desde el punto de vista la relación entre madre e hijo, se le llama maternidad, si se contempla de padre a hijo se llama paternidad; si es de hijo a padres se le designa FILIACION.”¹⁴, relaciones que desde el punto en que se analicen, constituyen aquel vínculo jurídico generador de derechos y obligaciones entre sus integrantes padres e hijos.

¹³ SOTO Álvarez, Clemente. Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. Curso Gráfico. 3 ed. Editorial Limusa, Noriega Editores, México, 2002, pág. 69

¹⁴ Ibid.

Por lo que es precisamente a partir del vínculo filial que se da origen a la patria potestad, en consecuencia, los sujetos que forman parte de dicha función son los padres (padre y/o madre), a falta de éstos lo que la ley establezca, quienes serán los sujetos activos que la ejerzan, y los hijos menores en su calidad de pasivos quienes estén sujetos a la misma.

Al igual que en otras relaciones jurídicas, dentro de la patria potestad y como resultado de la filiación que une a los padres con los hijos y viceversa, se da un sujeto activo y un pasivo, integrado el primero por los padres, y el segundo por los hijos menores no emancipados. Entendiéndose por sujeto activo aquél que debe ejercer el cargo, y como sujeto pasivo la persona respecto de la cual se da cumplimiento a dicho cargo.

Entonces, será a través del parentesco consanguíneo en primer grado o parentesco civil, que se da origen a las relaciones que establece la patria potestad entre padres (o en su caso quien determine la ley) e hijos; por lo que los sujetos de esta relación deben diferenciarse de los parientes reconocidos por otros lazos de parentesco, ya que los derechos y obligaciones que se generan por la patria potestad son diversos a los que se determinan en forma general por el parentesco.

De lo anterior, cabe mencionar que por lo que respecta al parentesco civil, que es aquél que nace de la adopción, éste generará los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y que ejercerá el adoptante sobre el adoptado.

Para lo cual, el artículo 395 del código sustantivo antes señalado indica que: “El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos”. Por su parte, el artículo 419 establece: “La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten”

Tratándose de la adopción plena los efectos de ésta serán precisamente que el adoptado se equipara al hijo consanguíneo, teniendo todos los derechos, deberes y obligaciones que éste detenta; lo que conlleva a la extinción de la filiación

preexistente entre el adoptado y sus progenitores, así como el parentesco que lo una con los familiares de éstos, excepto por lo que se refiere al impedimento del matrimonio. Por otra parte, la “filiación consanguínea” subsistirá si el adoptante es cónyuge o concubino de alguno de los progenitores del adoptado.

El maestro Galindo Garfías indica que la patria potestad: “Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habitados fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguíneo o civil).”¹⁵

Esto significa que los derechos y obligaciones que se desprenden del ejercicio de la patria potestad se ejercen y la ley los otorga en igualdad de circunstancias, no importando si se trata de hijos de matrimonio, nacidos fuera de él, o bien, como resultado del acto jurídico de la adopción, por lo que en la actualidad la legislación no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen, es decir, que para nuestro sistema jurídico resulta irrelevante la forma en que se origine la filiación, ya que cualquiera que sea la manera en que ésta legalmente se establezca, los derechos que se deriven de ella serán los mismos.

Así, el Código Civil para el Distrito Federal omitió señalar tales diferencias en cuanto al ejercicio de la patria potestad, ya que el artículo 414 antes de las reformas del 30 de diciembre de 1997 establecía reglas para la atribución de la patria potestad respecto de los hijos de matrimonio, y los artículos 417 y 418 respecto de los hijos nacidos fuera de él, diferencia que carecía de sentido, ya que la ley se encuentra obligada a otorgar los mismos derechos a los menores de edad independientemente del vínculo que una a los progenitores, lo que únicamente representaba una distinción discriminatoria, ya que si la patria potestad se integra por un conjunto de derechos y obligaciones que son consecuencia directa de la filiación; una vez establecida ésta, producirá sus efectos independientemente de la existencia o falta del vínculo matrimonial entre los progenitores, o bien porque se dé como

¹⁵ GALINDO Garfías, Ignacio, Op. Cit. pág. 689

resultado del acto jurídico de la adopción. De tal manera, la legislación civil vigente en su artículo 366 se limita a señalar que: “El reconocimiento hecho por uno de los padres, produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor”, por lo que de dicho reconocimiento dependerá el otorgamiento o no de los derechos que se derivan de la filiación sin hacer distingos respecto del ejercicio de la patria potestad.

2.2.1. Quienes pueden ejercer la patria potestad

La patria potestad considerada como el conjunto de derechos y obligaciones que otorga la ley a los padres sobre los hijos no emancipados, para la obtención de un fin determinado, significa que serán padre y madre quienes tendrán a su cargo el ejercicio de tales derechos y el cumplimiento de dichas obligaciones. Así se ha estimado precisamente que: “...la patria potestad es una función propia de la paternidad y de la maternidad.”¹⁶. Lo que les da la calidad de sujetos activos dentro de la patria potestad, ya que está bajo su cargo el ejercicio de la misma, y cuyos derechos y deberes les son dados o reconocidos como consecuencia del vínculo de la filiación.

Asimismo, el jurista Ignacio Galindo Garfías reitera que: “La patria potestad tiene su origen en la paternidad y maternidad. A los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la función de la patria potestad”¹⁷. De manera que es con motivo de los vínculos creados con la filiación, ya sea a través de la maternidad y la paternidad, que se generan determinados derechos y obligaciones al igual que en las demás relaciones jurídicas familiares, los padres serán los primeros llamados a tal ejercicio, para ser titulares de derechos cuyo ejercicio se lleva a cabo para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Al respecto, puede señalarse que el que sean los padres los que en primer término detenten la titularidad del ejercicio de la patria potestad, obedece precisamente al hecho de que serán quienes no sólo con el afán de cumplir con su plan de vida, o bien con el fin de perpetuar la especie cuidarán de los hijos que

¹⁶ Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Op. Cit., pág. 811.

¹⁷ GALINDO Garfías, Ignacio, Op. Cit. pág. 694

procreen; sino en razón al interés personal que surge al crearse vínculos de amor ante el nuevo ser que es concebido, en este sentido el jurista López del Carril menciona que: “la patria potestad es una institución natural y social. Es la misma naturaleza que confiere a los padres sobre sus menores de edad la función y misión de mantener su guarda, proveer a su alimentación, vestimenta educación, protección y recreación...”¹⁸, siendo el padre y la madre los más interesados en hacer de su hijo un individuo física y psíquicamente sano, que cuente con los elementos necesarios para su normal desenvolvimiento en la sociedad. Conformándose la patria potestad como una función tuitiva, protectora, principal objetivo de la institución, ya que deberá ejercerse siempre en beneficio del menor.

El jurista Ernesto Gutiérrez y González señala que con el hecho de la procreación, ya sea través del acto jurídico del matrimonio o bien del concubinato “...se crea por la naturaleza y por el Estado, una serie de deberes, tanto morales como jurídicos, respecto de éstos, y esos deberes y también algunos derechos, es a lo que se le llama patria potestad”¹⁹.

De donde se aprecia que será a partir del hecho de la procreación que los padres se encuentran constreñidos a ejercer la patria potestad, la cual en primer término surge como un hecho natural y socialmente regulable, por tanto, el derecho de los padres a ejercer en relación a sus hijos determinadas facultades y obligaciones les corresponde como consecuencia del vínculo establecido por la procreación. Por lo que la normatividad no hace otra cosa que dar juridicidad a lo que biológica y socialmente existe, emitiendo reglas a fin de que dicha institución cumpla con sus fines que son la protección y educación de los menores.

El Código Civil vigente en el Distrito Federal en su artículo 414 dispone: “La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

¹⁸ LOPEZ del Carril Julio J. Patria Potestad, Tutela y Curatela. 1 ed. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 15.

¹⁹ GUTIERREZ y González, Ernesto, Op. Cit., pág. 430

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

De donde se desprende que si bien, la legislación reconoce el ejercicio de tal función a ambos progenitores, ésta no siempre puede llevarse en forma conjunta, para cuyo caso, la ley marca que continuará el otro en el ejercicio de la misma; lo que encuentra precisamente su fundamento en lo ya manifestado, respecto a que son precisamente los padres los llamados a tal ejercicio en forma preferencial, no sólo por la legislación, sino por la naturaleza misma, derivado de la maternidad y paternidad, para llevar a cabo la función de la patria potestad.

En tanto, el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que “En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir en los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles”

Lo que indica que si el ejercicio de la patria potestad es otorgada a ambos padres, no siempre tal ejercicio se llevará conjuntamente, pues cuando padre y madre no estuvieren juntos o no vivieren bajo el mismo techo, subsistirá para ambos el ejercicio de la patria potestad, con la salvedad de que la guarda y custodia respectiva quedará a cargo de uno de los padres; y el progenitor que no tenga a su cargo tales derechos u obligaciones, seguirá contando con la titularidad de los demás que integran a la patria potestad, ya que ésta sólo podrá acabarse, limitarse, suspenderse o decretarse su pérdida, por las razones que señala el Libro Primero, Título Octavo, Capítulo III, del Código antes señalado.

Así, los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad no siempre pueden ser detentados por ambos padres en su totalidad, pues a falta de uno de ellos, o porque se hubiese decretado su limitación, suspensión, la pérdida en su contra, o

que ésta acaba en los casos previstos por la ley; sólo será ejercida por alguno de los padres, o por quien por disposición de la ley continúe en tal ejercicio, quien tendrá a su cargo el mismo cúmulo de derechos y obligaciones sobre el menor; lo que representa que aún cuando uno de ellos no pueda llevar a cabo tal ejercicio, siempre serán preferentes para llevar tal ejercicio ante cualquier otra persona con la que el menor mantenga un parentesco, en cuyo caso sólo serán los ascendientes en segundo grado, como lo señala el artículo 414, antes citado.

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

Esto es, que sólo a falta de ambos padres o cuando por determinadas circunstancias éstos dejen de ejercer la patria potestad, acudirán a la misma los ascendientes en segundo grado de acuerdo a las circunstancias que observe el juez a cargo, situación prevista por el último párrafo del artículo 414 ya citado, y que constituye un avance jurídico importante, toda vez que con anterioridad a las reformas del 30 de diciembre de 1997 dicha disposición preveía 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 paternos; III. Por el abuelo y la abuela maternos.”; considerándose que “La innovación de la reforma pone fin a la polémica sobre la interpretación del artículo 414 ¿las fracciones del precepto constituían el orden de preferencia en la atribución de la patria potestad o el orden de las fracciones era simplemente enunciativa?”²⁰, cuestionamientos que se presentaban a pesar de que el artículo 418 citará que las fracciones se aplicaban en el orden que considerara el juez de lo familiar, de acuerdo con las circunstancias del caso; por lo que con la citada reforma se eliminan interpretaciones al respecto del citado artículo, estableciéndose en forma más clara y equitativa que a falta de ambos padres para ejercer la patria potestad ejercerán la patria potestad los ascendientes en segundo grado (ya sean abuelos maternos o paternos), en el orden que determine el juez de lo familiar tomando en

²⁰ BRENA Sesma, Ingrid. Patria Potestad y Tutela. Anuario Jurídico, Nueva Serie, 1997, Pág. 34

consideración las circunstancias del caso; ya que tal prelación significaba una desigualdad en los derechos de los ascendientes en segundo grado, quienes hoy en día para entrar a dicho ejercicio deberán acreditar ser apto para tal efecto.

2.2.2. Menor de edad

Dentro de la familia se generan estados jurídicos diversos que por lo general son establecidos a través de actos jurídicos en los que interviene la voluntad de los sujetos involucrados, voluntad que es trascendente sólo en cuanto a la creación del estado jurídico, más no para determinar la naturaleza y alcance de dicho acto, ya que esa tarea le corresponde a la ley. Sin embargo, tratándose de estados jurídicos creados por el parentesco consanguíneo en relaciones paterno-filiales de las que derivan figuras como la patria potestad, la voluntad no es propiamente la creadora de dichos estados, sino estos se dan como situaciones naturales que la ley reconoce.

El estado de la persona constituye un atributo de la personalidad, que se da en dos sentidos, ya sea como estado civil o político, entendido al primero como aquella situación jurídica que guarda una persona relación con la familia, y el segundo será respecto del Estado; en ese sentido el estado civil que una persona guarda dentro del núcleo familiar podrá ser en calidad de hijo, padre, esposa, etc., los que están vinculados por relaciones jurídicas familiares como se ha mencionado.

En tanto, la situación jurídica es como el estado civil, aquella posición que una persona tiene en relación con otras; sin embargo, se ha señalado que "...la situación jurídica es independiente de la pertenencia del sujeto a este o aquel grupo social, debido a que está constituida por un conjunto de relaciones abstractas o en potencia que pueden convertirse en relaciones concretas respecto a una determinada persona, requieren que la misma posea capacidad. El estado (civil o político) de la persona es un atributo de la personalidad, consistente en la relación jurídica concreta que guarda en relación con la familia y el Estado o la nación."²¹. En consecuencia el estado civil que la persona guarda dentro de la familia constituye una relación

²¹ TAPIA Ramírez, Javier, Op. Cit., pág. 182

jurídica específica dentro de dicho núcleo, lo que le dará determinada calidad. Así de las relaciones jurídicas que forman parte de la patria potestad como se mencionó con anterioridad se encuentran las paterno-filiales, conformadas por los padres e hijos.

El artículo 412 del Código Civil para el Distrito Federal establece en forma literal que: “Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley”. De donde se desprende que serán los hijos menores de edad no emancipados quienes estarán sujetos al ejercicio de la patria potestad, siempre y cuando haya quien ejerza tal función; conforme a lo que la ley señala, y que como se ha visto son los padres y sólo a falta de éstos serán los abuelos en segundo grado, por ello el citado artículo refiere ascendientes.

Así será la situación personal del hijo como menor de edad lo que indique que estará bajo la patria potestad, aunado al hecho de que siendo menor de edad no sea emancipado a través del matrimonio, (artículo 641 C. C.), en cuyo caso dicho menor no estará sujeto a la patria potestad.

El jurista Javier Tapia Ramírez cita lo referido por Bonnecase en cuanto a la diferencia existente entre estado y capacidad de las personas: “...el estado de las personas sólo atiende a la relación o situación jurídica que guarda con la familia (estado de familia), y el estado o la nación (estado político), es decir respecto a estos dos grupos determinados, sin tomar en cuenta la aptitud de las personas para adquirir o ejercitar derechos y obligaciones.”²², es decir, que será diferente la situación que guarde una persona ante la familia el estado, en su caso, ya sea estado civil como hijo o padre, de la situación personal que tenga, tratándose de una persona capaz o incapaz.

Específicamente: “Se debe distinguir el estado propiamente dicho (civil o político) del estado personal, que se refiere a la capacidad de ejercicio de una persona según sea menor o mayor de edad o interdicto. La capacidad de la persona (propiamente la capacidad o incapacidad personal) no se relaciona con los grupos

²² Ibidem, pág. 183

sociales, sino con la idoneidad de la persona para valerse por sí misma. Considerando su madurez intelectual, para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, para lo cual el vocabulario jurídico ha acuñado el concepto claro y adecuado de capacidad”²³.

En ese entendido, debe señalarse que para ser sujeto de la patria potestad se requiere tener la calidad de hijo, ésta como estado civil o familiar, y ser menor de edad no emancipado, que implica una calidad personal de incapaz por decreto de la ley.

Considerándose como menor de edad a aquella persona que la ley restringe su capacidad, estableciendo jurisdicciones especiales para salvaguardarlo; lo anterior, precisamente por no alcanzar aún la plenitud biológica, minoría que comprende de acuerdo a nuestra legislación desde el nacimiento hasta cumplir la mayoría de edad, que de conformidad con el artículo 646 del Código civil para el Distrito Federal será a partir de los dieciocho años cumplidos.

Guillermo Cabanellas define al menor de edad como aquella “persona que no ha cumplido todavía la edad que la ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal, determinada por la mayoría de edad.”²⁴, es decir, en forma general, la minoría de edad será aquella que se encuentra en contraposición de la mayoría de edad prevista por la ley.

Se ha establecido que: “Desde el punto de vista biológico, se llama menor a la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado una madurez plena, y desde el punto de vista jurídico, es la persona que con la experiencia de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta cumplir la mayoría de edad, la ley le restringe la capacidad, lo que da lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan.”²⁵, en ambos casos, se refiere a aquel ser humano que no ha alcanzado

²³ Ibid.

²⁴ C. D. Compendio de Términos Jurídicos Relacionados . THESAURUS JURIDICO MILENIUM 2000.

²⁵ ALVAREZ de Lara, Rosa Ma. e Ingrid Brena Sesma. Diccionario de Derecho Civil y de Familia. Editorial Porrúa-UNAM, México, 2004, pág. 249

la plenitud suficiente, ya sea hablando de madurez, o bien, la edad que conforme a la ley se requiere para que la persona por sí misma pueda suministrarse su propia supervivencia, por tanto, se establece a su favor cuidados especiales que lo protejan en el medio social que se desarrolla.

Por lo que, la minoría de edad como una restricción de la ley hacia una persona para ejercer por sí sus derechos y obligaciones se da a la par de que la misma no ha alcanzado biológicamente la madurez suficiente para proveerse por sí de los elementos necesarios para su desarrollo; así la minoridad obedece no sólo a la disposición de la ley, sino a la situación de hecho que vive el menor de edad.

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

Entendiéndose a la capacidad jurídica como la aptitud de un sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, y para ejercitar tales derechos y cumplir tales obligaciones por sí mismo; en tanto tal supuesto jurídico involucra la capacidad de goce y de ejercicio.

Por su parte, Domínguez Martínez considera a la capacidad en sentido amplio como el primer atributo de la personalidad que constituye forma general “...la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio”²⁶

Dicha legislación en su artículo 23 en forma literal señala que: “La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus

²⁶ DOMINGUEZ Martínez,, Jorge A. Derecho Civil. Parte General. Cosas Negocio Jurídico e Invalidez. 6 ed. Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 167

derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”, en cuyo entendido la legislación califica a la minoría de edad como una incapacidad de la ley, que implica restricciones a la capacidad de ejercicio.

Desprendiéndose que los menores de edad desde el momento de su nacimiento adquieren capacidad jurídica, (regla general-ya que a los no nacidos se les reconoce para determinados efectos), la cual se encuentra limitada por la misma ley, porque si se da como capacidad de goce y de ejercicio, el menor de edad no cuenta con capacidad de ejercicio, la que hará valer sólo mediante sus representantes. Y que para efectos legales sólo implica una limitación dadas las circunstancias que lo rodean, más no con el afán de crear menoscabo a su dignidad como persona.

Capacidad que detenta tal sujeto; por lo que, todo individuo al ser sujeto de derecho (personalidad jurídica) tiene capacidad jurídica, la que se da en forma independiente del estado que este guarde dentro del seno familiar, pues un individuo puede ostentar un estado determinado dentro de la familia (estado familiar de hijo) y ser un sujeto incapaz, lo que no le quitará el estado que guarda dentro de dicha familia; sino que sólo lo califica.

Por tanto, el estado personal de minoridad de un sujeto de derecho se encuentra determinado por un grado de incapacidad, que implicará aquella situación en que un individuo titular de derechos y obligaciones no cuenta con la mayoría de edad fijada por la legislación a partir de la cual se le otorga una capacidad plena para ejercitar por sí los mismos.

2.2.3. Capacidad de goce

La capacidad de goce es para el maestro Galindo Garfías “la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones”²⁷, la que al igual que la personalidad jurídica se adquiere desde la concepción y se pierde por la muerte; la capacidad jurídica

²⁷ GALINDO Garfías, Ignacio, Op. Cit. pág. 408

compone uno de los atributos más importantes de la personalidad jurídica, a tal grado que ambas se han llegado a confundir.

Sin embargo, se han distinguido al definirse "...la personalidad jurídica como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. La capacidad jurídica es el grado de aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones"²⁸.

La personalidad jurídica implica ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, que el individuo puede actuar en el mundo del derecho ya sea como activo o pasivo en innumerables relaciones jurídicas; en cambio, la capacidad es limitada, ya que si bien, todo ente jurídico tiene la aptitud de asumir todas las capacidades, éstas se otorgan en razón de supuestos normativos, por lo que, en ningún individuo se darán todos los supuestos para gozar de la amplitud de derechos que la ley otorga.

Por otra parte, a diferencia de la personalidad jurídica que es una sola y es la misma para todos los individuos (no se es ni más ni menos persona), la capacidad jurídica se da en forma gradual, es decir, se puede tener más o menos capacidad, en consecuencia se medirá en razón de los derechos y obligaciones de los que se puede o no ser titular, por lo que, la capacidad se dará gradualmente dependiendo del sujeto titular de tales derechos y obligaciones.

En tal sentido, por principio general la capacidad jurídica se tiene desde la concepción, ya que el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal ya citado, indica que si bien la capacidad jurídica se adquiere desde el nacimiento, aclara que desde el momento en que un individuo es concebido entrará bajo la protección de la ley, por lo que, se le tendrá por nacido para los efectos que señale la misma; siendo entonces una capacidad de goce al regular derechos y obligaciones respecto del no nacido principalmente en casos como son la donación herencia o legado, etc., por lo que se le puede considerar como persona.

En particular, se puede afirmar que la capacidad de goce surge al margen de una existencia biológica, y no desde el nacimiento, es inherente a todo ser humano,

²⁸ TAPIA Ramírez, Javier, Op. Cit., pág. 92

pues desde el momento en que un individuo es concebido en el seno materno ya nace a la vida jurídica como sujeto y titular de derechos antes del alumbramiento, por encontrarse protegido por determinados supuestos normativos establecidos por la ley.

En cuanto hace al hecho jurídico del nacimiento se establece por el artículo 337 del código sustantivo civil que “Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de éstas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad”.

Lo que presupone que no es suficiente el nacimiento del sujeto, sino que éste debe estar en condiciones de conservar la vida, es decir, que el recién nacido sea viable, entendiéndose por viabilidad la posibilidad natural de seguir viviendo. Tales requerimientos exigidos por la ley constituyen una condición resolutoria, ya que como se desprende de acuerdo a nuestra legislación la personalidad jurídica iniciará desde la concepción del sujeto, pues éste se encuentra protegido por determinados supuestos jurídicos; por tanto el hecho de que el nacido sea o no viable acarreará ya consecuencias jurídicas, pues el nasciturus ya pudiere tener la calidad de heredero, legatario, donatario, etc., y de la viabilidad en el nacimiento dependerán las consecuencias de tales supuestos.

Por otra parte, será con el nacimiento viable de un individuo que se puedan determinar las relaciones de parentesco, ya que tal evento natural y jurídico constituye la base para establecer la filiación y, por tanto, se da origen a la patria potestad con las responsabilidades que la ley impone a los padres o en su caso a quien por disposición de la ley tenga a su cargo tal ejercicio. Para tal efecto, el artículo 324 señala que se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario los hijos nacidos dentro del matrimonio, así como los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, porque provenga de la nulidad del mismo, divorcio o de la muerte del marido, siempre y cuando no se haya contraído un nuevo matrimonio por la excónyuge.

En mérito de lo anterior, puede considerarse que la minoría de edad surge a partir del nacimiento de la persona, en cuyo sentido, el menor tendrá una capacidad

jurídica, siendo únicamente titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce), ya que su capacidad de ejercicio es nula, por lo que sus derechos y obligaciones se harán efectivos sólo a través de un representante.

Además, la capacidad de goce que tiene todo menor de edad será gradual, ya que la legislación dispone que el menor de edad tendrá una capacidad de goce completa en cuestiones patrimoniales, teniendo algunas restricciones, por ejemplo, en materia familiar para testar toda vez que como se trata de un acto personalísimo, no puede hacerse a través de representante, requiriendo la edad de dieciséis años para hacerlo; en el caso de que el menor de edad quiera contraer matrimonio, de conformidad con lo establecido por el artículo 148, sólo podrán contraer matrimonio las personas que sean mayores de edad, y los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre y cuando ambos ya hayan cumplido los dieciséis años, para lo cual necesitarán del consentimiento del padre o madre, o del tutor; y a falta o por negativa, tal consentimiento será otorgado por el Juez de lo Familiar, quien observará las circunstancias del caso. Asimismo, de no existir impedimento alguno, si ha cumplido los dieciséis años puede designar tutor; así como reconocer a un menor con la autorización de quienes ejercen la patria potestad.

En tanto, la edad implica un elemento importante para determinar los derechos y obligaciones de los que la persona será titular considerándose que: "...el desarrollo del hombre provoca cambios físicos y mentales que son tomados en cuenta por la ley para precisar el estado civil y capacidad del menor de edad; estos estados determinan los derechos y obligaciones que les corresponden, con capacidad distinta de obrar según la edad"²⁹. Lo que supone que en la minoría de la persona, únicamente con capacidad de goce, esta será gradual pues deberá tomarse en cuenta la edad del menor, aún cuando no haya cumplido la mayoría establecida por la ley, para determinados efectos legales.

Resultando que en las relaciones paterno-filiales en que impere el ejercicio de la patria potestad el hijo siempre será menor de edad no emancipado, quien sólo tendrá capacidad de goce, ya que aún siendo titular de derechos y obligaciones, en

²⁹ Ibidem, pág. 184

cuanto a derechos no puede ejercerlos por sí, y por lo que respecta a las obligaciones no puede contraerlas ni dar cumplimiento a las mismas, si no es a través de un representante, o bien con la autorización de éste en el caso del matrimonio; lo anterior, hasta en tanto no llegue a la mayoría de edad, por lo que el menor es considerado un incapaz legal.

Tratándose de aquellas personas que aún siendo menores de edad, se emancipen a través del matrimonio, automáticamente saldrán del ejercicio de la patria potestad, en cuyo sentido el Código Civil para el Distrito Federal indica que: “Artículo 641. El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor, no recaerá en la patria potestad.”, de manera que, todo menor de dieciocho años, pero mayor de dieciséis si contrae matrimonio, se emancipa y se libera del ejercicio de la patria potestad; lo anterior, independientemente de que el citado numeral no especifica que para emanciparse un menor tendrá que ser mayor de dieciséis años, ya que de acuerdo con los requisitos señalados por la misma legislación para contraer matrimonio ambos consortes deben ser mayores de los dieciséis años para que sea válido tal acto, en ese sentido, el menor que quiera emanciparse a través del acto solemne del matrimonio deberá ser mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad. Con la salvedad de que si tal vínculo se disuelve, no caerá de nueva cuenta en el ejercicio de la patria potestad, aún cuando todavía sea menor de edad.

Se define a la emancipación como “...la figura jurídica mediante la cual los menores de edad quedan liberados de la patria potestad y, como consecuencia, de la incapacidad que impone dicha minoría.”³⁰, a lo que cabe agregar que la capacidad que adquieren es semiplena, ya que la ley establece restricciones aún respecto de su capacidad de ejercicio, pues no pueden realizar determinados actos sino es mediante la intervención de su representante. Situación que enuncia el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal que a letra dice: “Los menores de edad emancipados, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro.” ; donde se prevé claramente que los

³⁰ Ibidem, pág. 165

menores emancipados tienen aún incapacidad legal para determinados actos y que de acuerdo con el artículo 683 del referido código versan en que si bien podrá tener la libre administración de sus bienes; sin embargo, sólo con autorización judicial podrá enajenarlos, gravarlos o fincar hipoteca sobre los mismos, así como de un tutor par negocios judiciales, hasta en tanto no cumpla la mayoría de edad.

Por último, existen limitaciones a la capacidad de goce cuando se trata de algunos de los casos señalados por la fracción II del artículo 450 del código sustantivo, ya que no tendrán derecho a contraer matrimonio, o si ejerce la patria potestad ésta le será suspendida precisamente por incapacidad declarada judicialmente.

2.2.4. Capacidad de Ejercicio

Como ya se mencionó, el término capacidad de goce implica aquella aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, entonces la capacidad de ejercicio será aquella aptitud para ejercitar los primeros, contraer y dar cumplimiento a los segundos, considerada por Domínguez Martínez como: “La plena capacidad de ejercicio que permite al sujeto disponer libremente de su persona y de sus bienes, así como comparecer en juicio, en todo caso mediante la celebración y otorgamiento directos y personales de cuanto acto jurídico fuere necesario para ello, se alcanza cuando se es mayor de edad.”³¹, lo que obedece a que el individuo se encuentre en condiciones legales de realizar tales actos mediante el desplazamiento de su voluntad; mismas que se darán de conformidad con la legislación vigente, a partir de que el individuo cumpla con la mayoría de edad y que será a los 18 años de edad cumplidos como lo marca el artículo 646 del código sustantivo civil.

En tanto el artículo 24 en relación con el 647 del Código Civil para el Distrito Federal marca que. “El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que la ley establece.”

³¹ DOMINGUEZ Martínez, Jorge A. Op. Cit. pág. 187

La persona mayor de edad puede ya celebrar todo tipo de actos y negocios jurídicos, a fin de contraer o dar cumplimiento a sus obligaciones, para administrar y disponer libremente de sus bienes; aunado a la facultad de comparecer en juicio sin requerir de un representante legal. Esta última conocida como capacidad procesal, y que implica aquella facultad de un individuo para realizar actos procesales en nombre propio o de un tercero.

Cabe mencionar que quienes no tienen capacidad de ejercicio, son designados por la ley como incapaces, ya que de acuerdo con el “Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que las supla.”

Es decir, se trata de aquellas personas que aún teniendo capacidad de goce la ley las ha considerado como incapaces, por no encontrarse en la posibilidad natural, ni legal de ejercer sus derechos. Entendiéndose por incapacidad: “... la carencia de aptitud para que la persona que tiene capacidad de goce, pueda hacer valer sus derechos por sí misma”³². Pues como se ha visto con anterioridad toda persona siempre tendrá capacidad de goce, pero no contar con la capacidad de ejercicio lo que lo califica como incapaz, en una diversidad de situaciones fijadas en el numeral antes citado.

De donde se desprende que los menores de edad, están provistos de incapacidad, natural y legal, pues como puede observarse tanto los concebidos, como los nacidos viables menores de edad no emancipados tienen una incapacidad de ejercicio total, ya que por sí mismos no pueden intervenir en la vida jurídica.

En cuanto hace a la emancipación como ya se mencionó es aquella situación jurídica en que un menor de edad que haya cumplido los dieciséis años (con la

³² TAPIA Ramírez, Javier, Op. Cit., pág. 162

debida autorización) a través del matrimonio sale del ejercicio de la patria potestad, adquiriendo la calidad de emancipado libre para administrar sus bienes pero con las limitaciones que la ley marca, porque entrará sólo al ejercicio de determinados derechos y obligaciones, pues en cuanto a la disposición de sus bienes inmuebles para vender, gravar, hipotecar, será sólo con la debida autorización judicial; asimismo, a través de un tutor para celebrar negocios jurídicos; esto último designado por la ley de la materia en su artículo 451 como una incapacidad de tipo legal para el emancipado.

Así mismo, adolecen de tales incapacidad natural y legal, los mayores de edad que si bien ya alcanzaron la edad fijada por la ley para disponer libremente de su persona y bienes, no pueden ejercer sus derechos, contraer y cumplir obligaciones por sí mismos, por encontrarse afectados de las causas señaladas por la fracción II del artículo antes citado, que no les permite llevarlos a cabo por sí mismos. En esas condiciones, quien se encuentre en alguna de las situaciones mencionadas o provisto de varias de ellas, está impedido legalmente para otorgar en forma personal y directa cualquier acto jurídico, sino deberá hacerlo mediante un tutor.

Teniendo entonces a la incapacidad natural como aquella situación por la que un individuo independientemente de su edad a través de una causa permanente o transitoria, le impide querer o entender lo que haga ya que su voluntad no es plena, por lo que sus actos están desprovistos de juricidad. Y hablando de incapacidad legal nos referiremos a ella cuando por disposición de la ley un individuo no está en condiciones de ese querer o entender, independientemente de que en la realidad pueda hacerlo.

Cabe puntualizar, que pueden concurrir en un individuo tanto la incapacidad legal como la natural, y es el caso del menor de edad, quien se encuentra calificado como tal por la ley, y además biológicamente no cuenta con un desarrollo que le permita actuar en su esfera jurídica, sino que tiene que hacerlo a través de un representante legal

2.3. Características de la patria potestad

La patria potestad constituye una función destinada a la protección y pleno desarrollo de los hijos menores de edad no emancipados, que al originarse de las relaciones paterno-filiales, es calificada por la legislación en primer lugar como un cargo de interés público, característica de la que se desprenden otras que adelante se enunciarán.

2.3.1. Interés Público

La patria potestad al ser regulada por el derecho familiar, que se encuentra colocada dentro del derecho privado, es un cargo de interés público por los intereses que tutela, participando de la naturaleza jurídica de la familia, por el tipo de relaciones jurídicas que se generan de la institución. El artículo 138 Ter del Código Civil aplicable para el Distrito Federal indica que las disposiciones relativas a la familia son de orden público e interés social, y tiene por objeto precisamente proteger su organización y el desarrollo de sus miembros basados en el respeto a su dignidad.

Por ello se ha considerado que el derecho familiar podría concebirse dentro del derecho público e incluso dentro del derecho social; y no así como parte del derecho privado; lo anterior debido a que muchas de las normas del derecho familiar participan del interés público. Sin embargo, no puede considerarse que el interés público inmerso en las relaciones familiares, haga que éstas sean parte propiamente del derecho público, ya que éste será aquel "...conjunto de normas que regulan la actividad del Estado, que rigen las atribuciones, facultades y relaciones de los órganos del mismo entre sí y de éstos con los particulares."³³; definiéndosele incluso como el derecho del Estado. En cambio, hablando de derecho privado éste regulará la conducta de los particulares y las relaciones generadas entre los mismos, independientemente del interés y de la igualdad o no de los integrantes de la relación jurídica. Por lo que, para distinguir entre las normas de un derecho y otro, deberá

³³ Ibidem, pág. 36

observarse la naturaleza de los sujetos cuya conducta jurídica es objeto de regulación.

En particular, refiriéndonos a la patria potestad que en respuesta a su naturaleza jurídica contiene normas que se ejercen en interés público, es prudente establecer que dicho interés constituye aquellas "...pretensiones que son compartidas por la sociedad en su conjunto, y cuya satisfacción origina beneficios para todos los integrantes de una colectividad."³⁴, lo que implica que no serán aquellas cuya satisfacción se reduzca sólo al beneficio producido respecto de determinadas personas, sino que dichas pretensiones corresponden a las necesidades de los miembros de una comunidad.

Por lo tanto, en nuestro sistema jurídico se considera al derecho de familia dentro del derecho privado, que si bien comparte del interés público, es debido a la importancia que para la sociedad tiene el cumplimiento de sus normas. De tal manera, que la patria potestad estará integrada por un conjunto de derechos y obligaciones regulados por normas de orden público, es decir, éstas no pueden ser alteradas por la simple voluntad de los particulares, por tener dicha institución como fines principales en su ejercicio la educación y protección de los menores hijos, y por los cuales la sociedad se encuentra concernida en que se cumplan.

Por lo que, la función de proteger y educar a los hijos menores de edad no emancipados, se encuentra enfocada al interés del menor, a velar por su bienestar, derechos- deberes que si bien surgen en forma natural y espontánea por los padres, se deben en gran parte al reconocimiento que se ellas hace el derecho, y los cuales no están sujetos al libre arbitrio de ellos; ya que cualquier acto mediante el cual los padres pretendan limitar o modificar la norma jurídica que regula dicho ejercicio, serán nulos, pues se encuentra de por medio el interés que tiene la sociedad en que se dé debido cumplimiento a la ley.

³⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. 7 ed. Editorial Porrúa, UNAM, México, 1994, pág. 1779.

2.3.2. Irrenunciable

Como consecuencia de la anterior característica por tratarse de una institución de orden público, la patria potestad es irrenunciable.

Para tal efecto, el artículo 448 del mencionado código refiere en forma expresa que: “La patria potestad no es renunciable...”, ya que esta únicamente puede excusarse, en los casos que la ley señala, y que obedecen propiamente a causas que no son imputables a la voluntad del que la ejerce, pues señala que podrán hacerlo aquellas personas que por su avanzada edad hayan alcanzado los sesenta años, así como las que por su mal estado de salud no puedan cumplir con dicha función. En este sentido, no es por decisión libre del que tiene a su cargo la función de la patria potestad, sino en observancia a circunstancias que por su naturaleza no permiten continuar con el ejercicio de la misma.

En relación con lo que establece el artículo 6° del código en cita: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no afecte derechos de tercero.”, así por disposición expresa de la ley no se puede renunciar a las normas que sean del interés público, y en este caso el ejercicio de la patria potestad es de tal naturaleza, pues la sociedad tendrá interés en que se cumpla con la misma en bienestar de los menores de edad. Lo anterior, en obediencia a la misma naturaleza que guarda la patria potestad, pues no se trata de un simple derecho subjetivo ejercido o no a la voluntad del titular. Para tal efecto, cito el siguiente criterio jurisprudencial:

“PATRIA POTESTAD, IRRENUNCIABILIDAD DE LA. La patria potestad es irrenunciable. Tal irrenunciabilidad es evidente y encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, sino que, por el contrario, constituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que ésta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen, por ello, en la idea de potestad, junto al elemento de poder jurídico, un elemento

de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 60. del Código Civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos, pero, en cambio, no lo es a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco técnico de las potestades. El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de renunciarse a esa potestad, ello se haría, indudablemente, contra el orden público y en perjuicio de tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad. Por otra parte, la renuncia siempre se produciría en perjuicio de tercero, cuyo tercero que es el hijo, a quien perjudica indudablemente, el que el padre o la madre se liberen de aquellos deberes que la potestad paterna les impone.

Amparo directo 3601/70. Armando Quintero Rodríguez. 17 de junio de 1971. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Solís.”³⁵

2.3.3. Intransferible

La patria potestad está conformada por una serie de derechos que se consideran personalísimos, por lo que su ejercicio no puede delegarse o bien transferirse por ningún medio a un tercero, es decir, se encuentran fuera del comercio, no siendo transmitible ni a título gratuito u oneroso.

Al reconocerse dicha función a los progenitores en razón del vínculo de la filiación que se genera, podría considerarse que se da una transmisión de la misma a través de la adopción plena, cuyos efectos serán precisamente la extinción de la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo por lo que respecta a los impedimentos para contraer matrimonio; en relación con lo establecido en el artículo 395 del Código Civil para el Distrito Federal en cuanto a que el que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de los hijos. Sin embargo, puede afirmarse que la adopción no

³⁵ Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Séptima Época. Volumen 30 Cuarta Parte. Tesis: Página: 65. Tesis Aislada.

es propiamente una transmisión de tales derechos y obligaciones, ya que el menor de edad antes de ser dado en adopción, no se encuentra sujeto al ejercicio de la patria potestad, ya sea porque no hay quien la ejerza o por disposición de ley; por lo que al celebrarse el acto jurídico de la adopción, el adoptante(s) adquiere por el vínculo filial que se genera del parentesco civil que se crea, tales derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, por lo que no es una transmisión de la función.

Por otra parte, el artículo 443, fracción V del Código Civil para el Distrito Federal señala que “La patria potestad se acaba: ...V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles.”; en cuyo caso, en principio se declarará que la patria potestad se acaba, y después al darse el acto jurídico de la adopción será cuando se genera el ejercicio de la patria potestad para el adoptante con motivo del procedimiento que señala el código adjetivo de la materia; lo que no implica en ningún sentido la transmisión directa de los derechos y obligaciones inherentes a la misma, pues la titularidad es personalísima y sólo la tendrá quien por disposición de la ley tenga tal derecho, y en su caso, tratándose de adopción se hará a través del correspondiente procedimiento ante el juez de lo familiar o ante la autoridad que la legislación prevea, quien aprobará la misma para beneficio del adoptado, y no por la simple voluntad de particulares.

2.3.4. Temporal

Al establecerse por el ordenamiento jurídico en el artículo 412 del Código Civil para el Distrito Federal que: “Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley”; ello presupone la temporalidad de la misma, de donde se desprende que ésta será ejercida sólo mientras los hijos sean menores de edad y no se encuentren emancipados por matrimonio, es decir, hasta en tanto no cumplan dieciocho años que es la mayoría de edad establecida, y a partir de la cual los hijos pueden disponer libremente de su persona y bienes, o bien, cuando aún no alcancen

la mayoría de edad, pero teniendo dieciséis años previo consentimiento contraigan matrimonio, con lo cual se emancipan y salen de la patria potestad.

Se ha señalado que “La patria potestad sobre los menores hijos es un derecho fundado sobre su naturaleza y confirmado por la ley que da al padre y a la madre por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilancia de la persona, la administración y goce de los bienes de los hijos.”³⁶, lo que presume una temporalidad, hasta en tanto los hijos no alcancen la mayoría de edad o se emancipen a través del matrimonio, minoría que es precisamente, uno de los fundamentos de tal función, mientras el hijo se encuentra imposibilitado fisiológica y jurídicamente a velar por sí mismo.

Por otro lado, dicha norma prevé la existencia de la persona que se encargue de tal ejercicio, en cuyo sentido, de acuerdo con ley les corresponde dicho ejercicio a los ascendientes, limitando que sólo estará a cargo de los padres o en su caso de los ascendientes en segundo grado, trátase de abuelos maternos o paternos, a consideración del juzgador en atención a al caso en particular; quienes por determinadas circunstancias pueden entrar o no al ejercicio de la patria potestad, prevista como una simple voluntad de los sujetos activos de la relación, sino también como una obligación, por lo que tales causas podrán ser de las contempladas por el Libro Primero, Título Octavo, Capítulo III, del código ya citado.

2.3.5. Excusable

Como ya se mencionó con anterioridad, la patria potestad es excusable, ya que se permite tal acto sólo en los casos que señala el artículo 448: “La patria potestad no es renunciable, pero aquéllos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

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

³⁶ QUINTANA García Miguel A., Op. Cit. pág. 47

Para tal efecto, el autor Felipe de la Mata Pizaña señala que: “La diferencia entre excusa y renuncia es que la primera debe estar fundada en una causa previa establecida en la ley, mientras que la segunda es una cuestión potestativa basada en una causa posterior a que se ha ejercido el cargo”³⁷; por tanto la excusa tiene un fundamento legal en el cual se basa y que se ha considerado como causa suficiente por el legislador, para que quienes se encuentren dentro de dicho supuesto jurídico puedan dejar de ejercer el cargo única y exclusivamente en los casos citados. Sin embargo, por lo que respecta a la renuncia esta será necesariamente potestativa, lo que sería improcedente de acuerdo a lo ordenado en nuestro sistema jurídico, tratándose de patria potestad, ya que los padres o quienes ejerzan la patria potestad no pueden renunciar a tal cargo.

Lo previsto por el citado numeral constituyen excepciones y no formas de renuncia, pues, tales circunstancias no obedecen a la simple voluntad del llamado a ejercer la función jurídica, sino que son motivos que le impiden de alguna manera cumplir con los derechos y obligaciones a que están constreñidos; por lo que obedece precisamente a una facultad que la ley les otorga y no un deber, pues si la persona que ejerce la patria potestad se encuentra en dichas circunstancias y es su deseo continuar con tal ejercicio, puede hacerlo, más aún, si es en beneficio del menor.

2.4. Efectos de la patria potestad

Estos consistirán en los derechos y obligaciones que se desprenden del ejercicio de dicha función, hay autores para quienes más que obligaciones son deberes, o bien para quienes más que un derecho- deber, es un derecho- función; a lo que independientemente del término con que se refiera a los mismos conforman aquellos elementos a través de los cuales los padres darán cumplimiento a la función jurídica protectora y formativa de los hijos menores de edad. Y que serán sobre la persona y bienes de los hijos.

³⁷ MATA Pizaña, Felipe de la. Derecho Familiar y sus Reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal. 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 262.

2.4.1. Efectos sobre la persona del hijo

2.4.1.1. Guarda y Dirección

Por guarda de los hijos se ha entendido “...la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con diligencia propia de buen padre.”³⁸, así la guarda se refiere a la protección material del menor de edad, misma que es citada por nuestra legislación conjuntamente con el deber de custodia; que si bien “ambas palabras proceden, respectivamente de la palabra germana *wardon*, que significa cuidar, y del latín *custos*, derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también quiere decir cuidar.”³⁹, debiendo entenderse a la custodia propiamente como el cuidado y vigilancia de los hijos, en tanto que la guarda, se referirá específicamente a la posesión material de los hijos.

En ese sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la guarda material de la persona de los hijos menores de edad, implica la posesión que es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades, siendo entonces, que será a través de la guarda del menor como se le podrá procurar protección y un desarrollo integral, así como la satisfacción de sus necesidades.

Tanto la guarda como la custodia son detentadas por ambos padres, ya que en primer término son ellos quienes gozan del derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos; sin embargo, dado el caso de divorcio o si los padres se encuentran separados, el código sustantivo señala en el artículo 416 que “ En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores”; por lo que la jurisprudencia ha establecido que dicha guarda y custodia podrá ser encomendada a uno de los padres, dadas las circunstancias del caso y en obediencia al mayor beneficio del menor. A que quien tenga a su cargo la guarda y custodia se le exigirá

³⁸ ALVAREZ de Lara Rosa Ma. e Ingrid Brena Sesma, Op. Cit. pág. 187

³⁹ Ibid

no sólo la tenencia física y vigilancia, sino que implicará la protección y cuidado del menor.

En el caso de disolución del vínculo matrimonial actualmente el artículo 282 de la citada legislación refiere que desde el momento en que es presentada la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio respectivo, se dictarán diversas medidas provisionales, entre las que se encuentran la prevista en la fracción V, y que en su última parte prevé la llamada “custodia compartida”, al referir que se debe: “Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiendo compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.”. En tal caso, ambos padres podrán estar al cuidado directo de la persona del hijo, en los términos que ambos padres convengan, y que el juez considere conveniente para el menor.

El cumplimiento adecuado de la guarda y custodia como efectos de la patria potestad, resulta relevante, ya que de no llevarse a cabo lo mismo conforme lo ordena la legislación, es causa suficiente para que se decrete la suspensión de tal función tuitiva; ya que de conformidad con el artículo 447, fracción V, del Código Civil en cita: “La patria potestad se suspende: ...V Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.”. Lo anterior, como una afortunada medida del legislador, puesto que si la custodia del menor de edad no es llevada a cabo conforme a los lineamientos que marca la legislación, existe la posibilidad latente de colocar en riesgo al menor de edad sujeto a la patria potestad, ya sea, en cuanto a su salud física o psíquica, e incluso la vida de éste, en cuyo caso no se estaría cumplimiento con tal función jurídica.

2.4.1.2. Cuidado y vigilancia

En la patria potestad ambas funciones se encuentran implícitas en lo que contrae la guarda y custodia, ya que se llevarán a cabo por quien se encuentre en

contacto directo con el menor de edad, y sólo se podrán materializar teniendo bajo el mismo techo al menor de edad que se encuentra bajo la patria potestad; circunstancia a que ley constriñe al señalar en el artículo 421 del código en cita, que mientras el hijo estuviere en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente; situación necesaria para que los que ejercen tal función puedan tener el debido cuidado y vigilancia sobre los menores, quienes por su estado de minoridad requieren de los cuidados más elementales.

Dentro de este rubro se puede hacer referencia a la suministración de alimentos a que están obligados los padres en favor de sus menores hijos que se encuentran bajo su cuidado, a lo que establece en forma literal el artículo 303 del Código Civil vigente para el Distrito Federal que :”Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes, por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado”.

De donde se deduce que tal obligación no es propia del ejercicio de la patria potestad, sino se establece con motivo del parentesco existente en la relación paterno-filial, ya que incluso al alcanzar los hijos la mayoría de edad, tal obligación puede seguir subsistiendo; o bien, puede ser proporcionada por los ascendientes más próximos, ya sea en línea recta o colateral. Por ello se ha determinado que “La obligación de recibir alimentos toma su fuente de la ley; nace directamente de las disposiciones contenidas en la ley; sin que para su existencia se requiera de la voluntad del acreedor ni del obligado.”⁴⁰; en ese sentido, la obligación alimentaría no es potestativa ni del acreedor ni del constreñido a darlos, pues deberá darse cumplimiento forzoso a ésta, cuando ley así lo decrete en razón de las diversas relaciones de parentesco.

Cabe apuntar que de conformidad con lo señalado en el artículo 311 bis se da la presunción de necesitar los alimentos para los menores de edad, las personas con discapacidad, los sujetos a un estado de interdicción, e incluso el cónyuge que se

⁴⁰ GALINDO Garfías, Ignacio, Op. Cit. pág. 481

dedique al hogar; esto último con independencia a que dicha ley establece que los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos.

En tal sentido, y se debe tomar en consideración que para que se dé cumplimiento al objetivo primordial de la patria potestad que conlleva la protección y formación del hijo menor de edad no emancipado, el hecho de que los padres proporcionen en forma adecuada los alimentos a quien se encuentra sujeto tal ejercicio, si bien, a la posibilidad del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos (art. 311 C. C. D. F.), dicha obligación es primordial, ya que resulta apremiante por su naturaleza misma, y porque a través de ella se cumplen en el menor que está bajo su cuidado las necesidades primarias que éste tenga; aunado al hecho de que es a través de de esta obligación que se cumplen con otros rubros importantes en el desarrollo del menor.

De acuerdo con el artículo 308 del referido código: “Los alimentos comprenden:

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto.

II. Respecto de los menores además los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario, para lograr en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia”

Lo que supone que en la medida en que los padres que ejercen la patria potestad, ya sea que uno o ambos proporcionen los alimentos en los términos que la ley les exige, dependerá el normal cumplimiento de otras de las obligaciones que tiene a su cargo por el ejercicio de tal función.

2.4.1.3. Educación

Como se puede observar, el deber de la educación es parte de los alimentos, estableciendo el referido código en su numeral 422 que: “ A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente”, lo que dará la pauta a su pleno desarrollo, estableciendo incluso la norma en dicho artículo que cuando llegue al conocimiento de los Consejos Tutelares que los padres han omitido tal cumplimiento se dará aviso al Ministerio Público, para que proceda como corresponda.

Lo anterior, por la vital importancia que reviste tal derecho mismo que está instituido por nuestra Carta Magna en su artículo 4º al señalar que todos los niños y niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Por lo tanto, los padres al proporcionar los alimentos en todos los rubros que exige la ley, estarán cumpliendo no sólo con las necesidades relativas a la subsistencia y desarrollo físico del menor de edad, sino también con todo aquello que es inherente a la educación del menor, la cual requiere no sólo del aspecto económico en sí, sino de otros aspectos que permitan la correcta formación de los hijos menores de edad. Así Ricardo Couto opina que “El padre no solamente tiene la obligación de velar por la conservación y desarrollo físico del hijo, sino también la de atender a su educación moral e intelectual.”⁴¹; en consecuencia, la educación exige no sólo la cuestión intelectual, sino otros rubros que el padre deberá atender como son el cultural, religioso, etc.

2.4.1.4. Representación Legal

La representación legal que realizan los padres sobre los hijos menores no emancipados se da como resultado de la incapacidad natural y legal que tienen éstos últimos, por lo que para ejercitar derechos, contraer o cumplir con las obligaciones que tengan a cargo, es decir carece de capacidad de goce; así como tampoco podrá comparecer a juicio por sí; deberán hacerlo a través de sus representantes que de conformidad con la ley serán en primer término los que la ejercen; pues indica que

⁴¹ COUTO Ricardo. Derecho Civil. Personas. Colección Grandes Maestros del Derecho Civil. Serie Personas y Bienes. Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, pág. 355

los que ejercen la patria potestad con legítimos representantes de los que están bajo ella, y tiene la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de dicho Código (art. 425 C.C.); asimismo, la persona que ejerza la patria potestad representará en juicio a los hijos menores de edad, pero no podrá celebrar arreglo alguno para darlo por terminado, sino es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autoridad judicial cuando así lo exija la ley (art. 427 C. C.), lo anterior obedece a que es precisamente a ellos a quien la ley les ha encomendado la tarea de proteger tanto la persona como los bienes del menor de edad, pues ha asumido la responsabilidad de actuar en interés del hijo, por lo que supliendo su incapacidad será su legítimo representante.

De lo antes mencionado, dado el caso que los padres como representantes legítimos tengan un interés opuesto al del menor, en tal caso el código sustantivo establece en su artículo 440 que en esas circunstancias los menores serán representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso. Lo que supone que si los padres no pueden actuar en dicha representación para proteger los intereses del menor por ser opuestos a los mismos, la ley protege de tal hecho a los menores con el fin de que siempre se actúe en observancia del bienestar del menor de edad.

2.4.1.5. Corrección

Esta facultad se encuentra estrechamente vinculada con la de educar al hijo menor por quienes ejercen la patria potestad, y para tal efecto, la ley indica en su artículo 423 que "...quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código."

Agregándose a dicha disposición el último párrafo que trata de enunciar los límites de la facultad de corregir ante los abusos cometidos por quienes ejercen la patria potestad, pues tal situación se prestaba a interpretaciones equivocadas en virtud de que se imponían castigos corporales a los hijos que sólo constituían una forma de ejercer violencia sobre su persona; lo que si bien se encontraba previsto en la ley penal con la sanción pertinente, ello no era la solución al problema que incluso en la actualidad se presenta; ya que el maltrato a los hijos menores de edad sigue siendo una práctica constante en algunos hogares. Sin embargo, ha disminuido conforme se le ha dado por la ley un perfil distinto a la patria potestad, que obedece hoy en día a una función esencialmente protectora, y en consideración del último párrafo del artículo 323 Quáter se colige que “La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato”.

Se ha señalado al derecho de corrección como. “...una consecuencia del deber que tienen los padres de educar a sus hijos, para que puedan llenar este deber, es preciso que puedan emplear ciertas medidas correctivas en contra del hijo; pero estas medidas no han de ser por ningún motivo rigurosas, el derecho moderno no concede ya al padre, como el primitivo derecho romano, facultades de vida o muerte sobre los hijos, ni siquiera le permite imponerles castigos que lleven perturbaciones a la salud; nada de eso; el padre puede castigar al hijo, porque sin esa facultad carecería de medios para llenar el deber de educación que la naturaleza y la ley le imponen, pero el castigo deberá ser templado y medido. Si excediéndose de esas facultades, el padre impone al hijo castigos que atenten a su salud y a su vida, las autoridades tendrán el derecho de intervenir para reprimir estos abusos.”⁴².

Por lo que, la intervención del Estado ha procurado que dicha facultad se realice con moderación, haciendo conciencia en los titulares de la patria potestad para que se eliminen los malos tratos o castigos hacia los hijos, que no sólo los lesionan físicamente, sino también los dañan psíquicamente, a fin de que éstos tengan un sano desarrollo; para lo que incluso los padres podrán solicitar el apoyo de las autoridades sobre la educación y corrección de sus hijos menores de edad; quienes también deberán educar y corregir con el ejemplo; infundiendo en dichas

⁴² Ibidem, pág. 354 y 355

relaciones paterno-filiales el afecto en sus integrantes, ya que incluso en el numeral 411 exhorta a que dentro de las relaciones entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición; esto para su sano desarrollo.

Esto último considerado como un contenido de índole moral, pero que permite que las relaciones no sólo entre padres e hijos, sino entre todos los integrantes de la familia, se establezcan en forma afable.

2.4.2. Efectos sobre los bienes del hijo

En virtud de que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados, quienes mientras no tengan la mayoría de edad no pueden disponer de su persona y bienes, y toda vez que tendrán que estar representados por quienes ejerzan tal función; es precisamente a ellos a quienes corresponde la administración y el usufructo de sus bienes.

De manera que mientras el menor esté sujeto a la patria potestad los bienes que éste adquiera se dividen en dos categorías: I Los bienes que obtenga como resultado de su trabajo, II. Y los bienes que adquiera por algún otro título (art. 428 C. C.); distinción que realiza la ley toda vez que los efectos serán distintos.

Por lo que se refiere a los bienes que el menor de edad no emancipado adquiera por el producto de su trabajo, según el numeral 429, éstos pertenecerán en propiedad, administración y usufructo al hijo.

En cuanto a los bienes que el menor adquiere por cualquier otro título señala la ley, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, y la administración así como la otra mitad del usufructo les corresponderán a las personas que ejercen la patria potestad. Con la salvedad de que si dichos bienes los adquiere el menor por herencia, legado o donación y el testador o donante dispone que el usufructo corresponda únicamente al hijo, o que se destine a un fin determinado, se dará cumplimiento a tales disposiciones (art. 430 C. C.).

Aunado a lo anterior, la ley prevé que los padres podrán renunciar al derecho que tienen a la mitad del usufructo, lo cual podrán hacer por escrito, o por cualquier otro medio que cree convicción. Tal renuncia será considerada como donación. En consecuencia, el derecho de usufructo que detentan quienes ejercen a patria potestad se extinguirá: I Por la emancipación por matrimonio o la mayoría de edad; II. Por la pérdida de la patria potestad y; III. Por renuncia (art. 438 C. C.).

Pese a que el usufructo de los padres constituye el derecho de usar y gozar de los bienes del hijo, a fin de percibir para sí los frutos y rentas que ellos produzcan; se ha establecido por la doctrina que los ingresos que obtengan los padres por ese medio deben destinarlo en forma preferente al cumplimiento de los derechos y deberes que tiene para con el hijo menor de edad.

Por cuanto hace a la administración los que ejercen la patria potestad no pueden disponer libremente de los bienes inmuebles o bienes muebles preciosos que pertenezcan a los hijos pues necesitan autorización judicial para hacerlo, donde acreditarán fehacientemente ante el juez la notoria necesidad o el evidente beneficio que implica para el menor dicha venta; por lo que, el juez se cerciorará que lo obtenido de la misma se destinará para el fin que se manifestó al solicitarse la enajenación, y que será siempre a favor del menor. Tampoco podrán los padres celebrar contrato de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir rentas anticipadas por más de dos años, vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones frutos y ganados, por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos.

Así mismo, respecto de la administración de los bienes, el referido código en su artículo 439 obliga a los que ejercen la patria potestad a rendir cuentas de la misma a los hijos, por lo que tal administración no queda al libre albedrío de los padres. En consecuencia, tanto en los actos de disposición como en los de administración que lleven a cabo quienes ejercen la patria potestad, la ley protege dichos bienes en interés del menor.

Ya que como señala el autor Ignacio Galindo Garfías que: “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 este produzca”⁴³. En cambio señala por actos de disposición se entiende “aquellos que tienen como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro de distinta naturaleza y los que producen la disminución del patrimonio...”⁴⁴; y en ambos supuestos, la ley establece medidas necesarias para impedir que se vean derrochados o disminuidos los bienes del menor de edad, quien por su incapacidad natural y legal, no se encuentra incluso en posibilidad de evitar el abuso o negligencia con que se conduzca el que ejerza la patria potestad, razón por la cual, estarán obligados a reparar el daño que se ocasione al menor por la mala administración, ya que el fin de la patria potestad es el cuidado de la persona del hijo y la conservación de sus bienes; los que le serán entregados en caso de que se emancipen o bien al llegar a la mayoría de edad.

⁴³ GALINDO Garfías Ignacio, Op. Cit., pág.704.

⁴⁴ Idem.

CAPITULO TERCERO

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

3.1. Intervención Judicial

Como se ha establecido, la patria potestad se encuentra conformada por un conjunto de derechos y obligaciones regulados por normas de orden público, es decir, éstas no pueden ser alteradas por la simple voluntad de los particulares, en atención a los fines que se persiguen en su ejercicio, mismos que la sociedad se encuentra interesada en su cumplimiento, por velar por el interés superior del menor de edad.

Todo como resultado de la naturaleza jurídica que tiene la patria potestad al regirse por normas que se ejercen en interés público, pues como se ha visto son aquéllas cuya satisfacción no se limita al beneficio de los titulares, sino que dichas pretensiones corresponden a las necesidades de un tercero, y consecuentemente de los miembros de una comunidad.

Por otra parte, a fin de que dicho interés de carácter público se encuentre garantizado, se requiere de la intervención del Estado, estableciéndose que “el interés público es protegido por el Estado no sólo mediante disposiciones legislativas, sino a través de un gran número de medidas de carácter administrativo que integran una actividad permanente de los poderes públicos dirigida a satisfacer las necesidades públicas.”¹, por lo que, para garantizar el cumplimiento del interés público del que participan la mayoría de las normas que rigen las relaciones familiares se requiere de la intervención directa y permanente del Estado. Esta protección del mencionado

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Op. Cit., pág. 1780.

interés por parte del Estado lo llevará a cabo al desarrollar sus propias funciones, a través de cualquiera de los tres poderes establecidos mediante los diversos órganos creados.

En consecuencia de lo anterior, se desprende el fundamento jurídico del por qué tratándose de la patria potestad el Estado tiene especial interés en el debido cumplimiento de dicha función, pues de ello depende el adecuado desarrollo y protección de los menores como los integrantes más vulnerables en las relaciones familiares, así como en gran medida el avance y adecuado funcionamiento del núcleo familiar, que a su vez influirá notablemente en el grupo social.

En la actualidad, el avance jurídico logrado en la institución de la patria potestad ha permitido que más que ser sólo una serie de facultades o poderes otorgados a los padres sobre los hijos y sus bienes, se ha convertido en una función para el cumplimiento de fines ya predeterminados por la legislación.

Al respecto, Rafael de Pina comenta que la patria potestad :”ha evolucionado...hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor, a la que no es extraña la intervención del Estado.”²; de donde se desprende que la intervención Estatal se confirma como necesaria para vigilar que se dé debido cumplimiento a los fines de la institución observando el fiel desempeño de dicha función por quienes detentan el ejercicio de la misma; por lo que las normas que la rigen son de vital acatamiento, toda vez que no se encuentran definidas en provecho de quien tiene a cargo dicha función, sino con el objeto de generar un beneficio para quienes están sujetos a tal potestad; en este caso los hijos menores de edad no emancipados, quienes tanto biológica, psíquica y jurídicamente no tienen la posibilidad, ni de hecho, ni de derecho para valerse por sí mismos.

Constituyendo el estado personal de minoridad en que se encuentran los hijos, la causa principal por la cual éstos tienen la imperiosa necesidad de que les sean proporcionadas determinadas atenciones y cuidados, que hacen de la patria potestad una institución de orden público y, por tanto, la intervención del Estado se hace

² DE PINA, Rafael, Op. Cit., pág. 376.

patente ante la posibilidad de que tal función no se lleve a cabo en los términos que la ley establece; ya que si la misma no se ejerce conforme a los lineamientos que marca el derecho, se pueden causar graves perjuicios a los menores de edad, pues al no tener a su alcance formas de subsistencia para poder cubrir en la mayoría de los casos sus necesidades primarias, tales deficiencias son de injerencia del grupo social, ya que a la comunidad le interesa el bienestar individual para que éste pueda imperar así en la generalidad.

En consecuencia, no puede dejar de mencionarse que la preocupación por parte de la sociedad para mantener una vigilancia, en algunos casos, en forma directa sobre el ejercicio de la patria potestad, ha sido resultado de una constante evolución de esta figura y de la institución familiar, ya que después de contener ésta última únicamente fines de índole reproductivo o para la obtención de un determinado poder económico dentro del grupo social, ha llegado a tener matices que revelan el desarrollo y protección de sus integrantes, como fines principales de la misma.

El maestro Galindo Garfías indica respecto de la patria potestad: "...su finalidad que es la formación del hombre solidario de sus semejantes y responsable ante la sociedad. ... invoca necesariamente la asistencia del Estado en colaboración con la familia, para lograr esa finalidad de interés conjunto público y privado."³.

De donde se deriva que la participación del Estado en el cumplimiento de los fines que se persiguen mediante el ejercicio de la patria potestad, se encuentra enfocada no sólo a vigilar el debido cumplimiento, sino también, en colaborar con el núcleo familiar para que dichos fines se puedan llevar a cabo; constituyendo una forma de asistencia para la familia encaminada al progreso de la misma, y en consecuencia, una verdadera colaboración en interés de la comunidad.

Por tanto, la labor a cargo del Estado consistirá no sólo en vigilar el cumplimiento de la función de la patria potestad, sino también su participación será procurar por los medios a su alcance, que el ejercicio de ésta se materialice dentro del seno familiar de la forma más natural y adecuada. De donde surgen diversas

³ GALINDO Garfías, Ignacio. Revista de Derecho Privado. Año 7, Número 19. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, Enero-Abril, 1996

opiniones por los estudiosos del derecho respecto al alcance de la intervención estatal dentro del entorno familiar, pues algunos han considerado que dicha participación es excesiva, violándose la intimidad de la familia.

Al respecto, la maestra Montero Duhualt comenta: “La vida familiar que es uno de los ámbitos más íntimos y privados del humano, recibe la influencia y la intervención estatal, ya otorgando licitud a las relaciones entre los sujetos, ya imponiendo normas imperativas o prohibitivas”⁴; es decir, que a pesar de que las relaciones que se generan dentro del seno familiar implican privacidad, la intervención del Estado tendrá como tarea observar que el desenvolvimiento de las mismas, se lleve conforme a las normas que la regulan, las que si bien pueden calificarlas o descalificarlas mediante una orden o abstención, su fin es que dichas relaciones se desenvuelvan dentro del marco de la legalidad; sin que ello implique un asalto a la intimidad del núcleo familiar.

Teniéndose en principio que señalar que dicha intervención respecto de los conflictos que se generan dentro del seno familiar, de conformidad con nuestro orden jurídico, deberán tratarse en un marco de privacidad debido a la delicada postura que presentan, en virtud de que no son cuestiones a las que pueda dárseles un trato público, sino por el contrario, procurar asistir en dichas cuestiones dentro de un margen de respeto para que éstas se desenvuelvan en una forma natural, que no transgreda la intimidad de la misma.

En tal sentido, es de observarse que tal intervención Estatal no es plena, sino que ésta se debe dar a la par de restricciones que permitan la intimidad entre los integrantes de las distintas relaciones familiares, en este caso, entre padres e hijos; porque si bien el debido cumplimiento de los fines que se persiguen con el ejercicio de la patria potestad corresponden al orden público, éste debe darse en un ambiente de respeto y privacidad.

Sin embargo, algunos tratadistas incluso en el ámbito internacional han llegado a considerar que la intervención del Estado en la vida del hombre constituye

⁴ MONTERO Duhualt, Sara, Op. Cit. pág. 341

una amenaza grave, como es el caso del jurista Julio López del Carril quien afirma que: “ ...aún en los Estados democráticos, la intervención del Estado impone siempre una desembozada intromisión del Estado en el sagrado recinto de la familia...porque es el seno de la familia donde se haya la intimidad privada y hasta secreta de cada familia y donde cada uno de sus componentes expone libremente y sin recato sus ideas, sus aspiraciones, sus directivas en el vida, sus afectos, sus defectos, sin que nadie tenga acceso a ellos...”⁵; señalando una diferencia entre la citada Intervención Estatal; y lo que considera como el Control Estatal, presentándose éste último en forma lícita y necesaria, y que obedece a solamente a los casos en que el Estado suple a los padres cuando éstos son indignos de ostentar la patria potestad, como sería tratándose de niños abandonados o expósitos.

En tal sentido, dicho criterio sólo justifica la participación del Estado en aquellos casos en los que el Estado funge como tutor, a través de las diversas instituciones de asistencia pública creadas para acoger a los menores respecto de los cuales no haya quien ejerza la patria potestad; supuestos en los que sin duda es inminente la colaboración del Estado; sin embargo, dicha participación no puede constreñirse a tales supuestos, que si bien, pueden significar de los más reprochables y péfidos, existen más situaciones respecto de las cuales dicha intervención es imperiosa de acuerdo a la realidad que arroja nuestra sociedad.

En efecto, la intervención del Estado será oportuna principalmente en los casos en que se pone en entredicho la seguridad de un menor, por una diversidad de circunstancias graves que atentan incluso en ocasiones contra la vida de éste, y a las que no se les puede restar importancia, ya que debe tomarse en cuenta el bien jurídico que se encuentra en peligro, y que seguramente será de mayor preeminencia que la intimidad familiar, casos en que será urgente dicha intervención, pues se trata de problemas que no pueden quedar encajonados en el seno de la familia, sino que tienen que trascender para que puedan ser evitados.

Pese a lo señalado en líneas anteriores, en nuestro país se dan aún comentarios como el del jurista Ernesto Gutiérrez y González, quien señala que:

⁵ LOPEZ del Carril Julio J. Op. Cit., pág. 78.

“...aprecia la diferencia de las normas de los Códigos Civiles de 1870 y el de 2000, ya que en éste último se le da ya al Estado una intervención que ha mostrado no sólo ser inconveniente en asuntos tan privados como son los familiares, sino que ha resultado francamente pernicioso esa llamada regulación de la “violencia familiar”...”⁶; lo cual se encuentra fuera de todo enfoque jurídico, ya que no puede dejar de enaltecerse los avances legislativos que ha tenido la regulación de las relaciones familiares, y en particular los concernientes a la patria potestad, pues han hecho de dicha figura una función en beneficio de los hijos menores de edad evitando que éstos vivan en un ambiente de hostilidad, maltrato, peligro o cualquier circunstancia que no permita su sana educación y desarrollo. En tanto, las reformas del 30 de diciembre de 1997 y del 25 de mayo de 2000 relativas al código sustantivo, respecto de las aportaciones tan trascendentes para legislar la cuestión de la violencia familiar, éstas no pueden minimizarse por ser como dice el autor “asuntos tan privados”, pues han constituido un avance importante a través del cual pretende el legislador proteger a cualquier integrante de la familia ante hechos tan terribles como lo son los que se derivan de la violencia familiar; mismos que no por hacerse del conocimiento de las autoridades competentes, violan la privacidad que debe imperar en el seno familiar, pues es necesario, por la gravedad de las circunstancias que tales males no queden ocultos.

A lo que cabe mencionar, que la legislación que rige debe ser acorde a la realidad que impera, siendo objetiva y adecuándose a las circunstancias que rodean los problemas que atañen no sólo al grupo social sino en particular a la familia, misma que si bien surge en forma natural y cuya existencia es previa al Estado, y éste sólo le da reconocimiento a lo ya existente, también surge como regulador de la convivencia entre los integrantes de una sociedad, y para lo cual se sirve de normas que son creadas con dicho fin.

En forma acertada, el jurista Rafael de Pina comenta que : “Esta intervención se acentúa cada día más, como una manifestación del interés público que se reconoce actualmente, con absoluta unanimidad, por los sociólogos y juristas, en la institución familiar, y como consecuencia de la necesidad que existe de que esta institución se

⁶ GUTIERREZ y González, Ernesto, Op. Cit., pág 434.

desarrolle normalmente y cumpla de este modo sus fines característicos, entre los cuales no es el menos importante el que se refiere a la protección de los menores, para lo cual en bastantes ocasiones se requiere la acción directa de la autoridad estatal.”⁷. En consecuencia, la intervención del Estado es cada día más evidente ante la problemática que se vive dentro del seno familiar, y en particular al realizarse el ejercicio de la patria potestad, ya que puede incumplirse con dicha función, o bien, haber excesos al momento de ejercitarse.

Con ello se puede decir, que respecto del ejercicio de la patria potestad, el Estado no pretende definir arbitrariamente los límites de la misma y la forma que ésta debe revestir, desplegando un control inadecuado del seno familiar que sólo arremete contra la intimidad del mismo; sino que su labor es velar tanto por quienes ejercen la patria potestad, como por los menores sujetos a la misma, ante cualquier clase de conflicto que se presente, y que primordialmente estará enfocada en todo momento en beneficio de los hijos menores de edad.

En resumen, el maestro Galindo Garfías resuelve que: “La intervención del Estado, si ha de ser eficaz, debe tender a dictar las medidas protectoras de orden moral, económico o social que fortalezcan a la familia misma, y le permitan llenar de la mejor manera posible sus finalidades naturales, que son la procreación y la educación moral, intelectual y física de los hijos.”⁸. Siendo entonces, que dicha intervención se encuentra jurídicamente planteada con objetivos fundamentalmente de asistencia y colaboración para el bienestar de la familia, enfocados a lograr que sus integrantes cumplan con lo que la naturaleza misma y el derecho, les ha planteado como medio de desarrollo de la sociedad en general.

En consecuencia, no puede dejar de reconocerse la necesidad de que el Estado se encuentre presente en el desarrollo del ejercicio de la patria potestad, ya que en la mayoría de los casos generará firmeza y estabilidad entre los integrantes de dicha relación, otorgando principalmente seguridad a los menores de edad, en cuanto a que quienes tienen a su cargo tal función la ejercerán siempre en pro de los menores de edad; ya que de lo contrario se podrán tomar las medidas que sean necesarias para

⁷ DE PINA, Rafael, Op. Cit., pág. 376.

⁸ GALINDO Garfías Ignacio, (Revista de Derecho Privado), Op. Cit., pág. 457.

salvaguardar su integridad, procurando un bienestar general, esto ya sea en el núcleo familiar o incluso fuera de éste, es decir, que tal protección se extiende no sólo en el seno familiar sino fuera de éste, o incluso protegerlo aún en contra de la familia misma, cuando ésta no cumple con los fines que la misma naturaleza y la sociedad le han encomendado. Por ello, “La participación del Estado en asuntos familiares es subsidiaria cuando los integrantes de la familia no cumplen con sus deberes de protección y respeto que se deben entre ellos”⁹.

Ante la falta de cumplimiento por parte de los padres al ejercer la patria potestad, la legislación ha previsto la pérdida de la misma, mediante la intervención importantísima del juzgador; pues ha considerado como graves y suficientes determinadas causas que sólo afectan la integridad de los menores y no permiten su sano y pleno desarrollo, privación que se decreta al no alcanzarse la finalidad que se persigue con dicha institución.

3.2. Formas de terminación de la patria potestad

Es necesario mencionar que de modo genérico al presente apartado se le ha denominado como “formas de terminación de la patria potestad”, sin que ello implique que los distintos puntos a tratar en él, constituyan en su totalidad un modo de dar por terminado el ejercicio y los efectos de la patria potestad; excluyendo en principio el último punto a estudio referente a la suspensión de la patria potestad, así como lo referente a la limitación que de ella señala la ley, de la cual no se estimo necesario realizar un apartado especial por los motivos que más adelante se expondrán.

Lo anterior con el propósito de ir delimitando en los distintos puntos de este apartado, sólo en que casos previstos por la norma se puede considerar que se dan por terminados los efectos del ejercicio de la patria potestad, o bien, en qué supuestos algunos de ellos subsisten. En tanto, el jurista Rafael de Pina define a la palabra “término” como el “momento en que un acto jurídico debe comenzar a producir o

⁹ Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas., Op. Cit. pág. 752

deja de producir sus efectos característicos”¹⁰; por lo que, tratándose de la patria potestad y de los distintos modos a través de los cuales puede o no tenerse por terminados sus efectos se tratará de analizar cada supuesto.

En ese orden de ideas, se enunciará el Libro Primero, Título Octavo, Capítulo III, del Código Civil para el Distrito Federal, tomando en cuenta dicha legislación por pretenderse a través de este trabajo que se realice una adición al artículo 444, en su fracción V, del citado ordenamiento; razón por la que se considera pertinente citar lo que prevé dicho código sustantivo al respecto. En tanto, se establece como subtítulo “DE LA PERDIDA, SUSPENSIÓN, LIMITACIÓN Y TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD”; las que tienen distintos alcances en relación al ejercicio de la patria potestad.

Es pertinente comenzar con una de las dos formas que el código considera como “terminación” de la patria potestad, y que es propiamente lo que establece el artículo 448 que a la letra dice: “La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponde ejercerla pueden excusarse:

I Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.”

En lo que concierne a la irrenunciabilidad de la patria potestad constituye uno de los elementos más importantes que la caracterizan, ya que como se dijo en el capítulo anterior, se trata de una función que se ejerce en interés público, por lo que la sociedad está interesada en su debido cumplimiento, así como en el hecho de que los fines que se persiguen no dejen de llevarse a cabo.

Como se ha mencionado, la excusa tiene un fundamento legal, en el cual se basa y que se ha considerado como causa suficiente por el legislador, para que quienes se encuentren dentro de dicho supuesto jurídico puedan dejar de ejercer el cargo única y exclusivamente en los casos citados. Y por lo que respecta a la renuncia, ésta será necesariamente potestativa, lo que sería improcedente nuestro

¹⁰ DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara, Op. Cit., pág. 471.

sistema jurídico, tratándose de patria potestad, ya que los padres o quienes ejerzan la patria potestad no pueden renunciar a tal cargo.

Esta sin duda, constituye una forma de terminación de la patria potestad donde aquellos que encontrándose en los casos mencionados por el artículo 448 del código citado, se excusan de su ejercicio por razones que al parecer obedecen a circunstancias de estado y salud física, que les impide cumplir con tal función. Derivándose de tal excusa, la terminación de los efectos que se generan con el ejercicio de la misma conformados por una serie de derechos y obligaciones de los que no serán más titulares.

Así, una de las características más importantes de la patria potestad, es precisamente su irrenunciabilidad; pese a ello cabe hacer mención del contenido del artículo 443, fracción V, del código en comento, cuyo contenido es: “La patria potestad se acaba: V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles.”, que si bien implica que los padres entregan a una Institución pública o privada a un menor para que éste sea dado en adopción, se deja en el tintero, sino constituye ésta una forma de renuncia; ya que si bien, no se cede dicho ejercicio para que lo ejerzan quienes conforme a la ley pueden acudir al mismo; sino que existe de por medio un acto jurídico para que sean personas distintas quienes a través de la adopción ejerzan tal función; pareciera ser una forma de renuncia. Pese a ello, si se trata o no de una forma de renuncia, a través de un acto jurídico que la misma ley establece; me parece que es una buena medida a favor y en protección de los menores, ya que es mejor que sean dados en adopción en los términos que establece el artículo 901 bis, a que queden al desamparo por exposición de sus padres.

3.2.1. Extinción

En el presente trabajo se utilizó el vocablo “extinción” como sinónimo de **acabar**, que es como propiamente define dicha forma de terminación de la patria

potestad el Código Civil vigente para el Distrito Federal; para Ricardo Couto "...la patria potestad se extingue, o se acaba, cuando carece en lo absoluto de razón de ser..."¹¹; empleándose como sinónimos, a fin de poder comprender con mayor precisión el alcance de la terminación de los efectos de la patria potestad, así como de las relaciones jurídicas existentes entre padres e hijos.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal señala en su artículo 443 que:

“La patria potestad se acaba:

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

II. Con la emancipación derivada del matrimonio;

III. Por la mayor edad del hijo;

IV. Con la adopción del hijo.

V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles.”

Como se mencionó, “extinción” implica acabar, cesar, o bien, aquello que desaparece del todo, para el jurista Rafael de Pina dicha expresión corresponde a la “Desaparición de los efectos de una relación jurídica o de un derecho”¹²; por lo que, es importante precisar si al acabarse la patria potestad, desaparecen los efectos de la relación jurídica existente, o bien, es sólo la pérdida de los efectos generados con la misma, que en este caso, se tratará de derechos y obligaciones.

Para tal efecto, es necesario hacer una división entre los diversos modos de acabarse la patria potestad, antes mencionados; por tanto, los que se refieren a las fracciones I, II y III, de dicho artículo, en donde la fracción I, atañe a la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga dicho ejercicio; la II fracción referente a la emancipación derivada precisamente del matrimonio y la III fracción que alude al hecho del momento en que el sujeto a la patria potestad cumple la mayoría de edad. Por lo tanto, dichas formas establecidas mediante las cuales se acaba el ejercicio de la patria potestad, implican la pérdida no sólo de derechos, sino

¹¹ COUTO, Ricardo, Op. Cit. pág. 369

¹² DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara, Op. Cit., pág. 282.

también de las obligaciones inherentes al ejercicio de dicha función. Siendo importante distinguir que en estos casos no se podrá hablar de la desaparición de los efectos de la relación jurídica existente, entre padres e hijos, porque dicho vínculo jurídico surge propiamente de la filiación, y la patria potestad es una institución que surge de dicha relación paterno filial. Es decir, al hablar de la extinción de la patria potestad por los modos señalados en las fracciones I, II y III, no se extingue con ello el vínculo que une a los padres con los hijos (relación jurídica), derivada de la filiación, pues dicho vínculo permanecerá durante la vida de los titulares, mientras no ocurra el fallecimiento de alguno de los integrantes de la relación jurídica, o bien mientras el hijo no sea dado en adopción pese a ser mayor de edad si se trata de un individuo con incapacidades reconocidas por la ley.

En cuanto, se refiere a los modos de acabarse la patria potestad por las causales previstas en las fracciones IV Y V del citado artículo, la primera que contiene el acto jurídico de la adopción; y la última fracción de dicho numeral como una gran aportación al contemplarse que la patria potestad se acaba cuando el que la ejerza entregue al menor a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles. Es de vital importancia señalar que en ambos supuestos al darse por acabado el ejercicio de la patria potestad, siempre y cuando el adoptante no se encuentre casado o tenga relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, se extingue la relación jurídica que existe entre padres e hijos y que obedece al vínculo jurídico de la filiación, ya que de conformidad con la reformas del 09 de junio de 2004 se estableció en el artículo 410-A, párrafo segundo, que: “La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.”. En cuyos casos, de no darse éste último supuesto los alcances al acabarse el ejercicio de la patria potestad van más allá de la simple terminación de los derechos y obligaciones a cargo de quien la ejerce; sino que rompen definitivamente con el vínculo de la filiación, subsistiendo solamente los impedimentos para el matrimonio.

Por ello, propiamente al referirse que acaba la patria potestad, implica la terminación de los derechos y obligaciones propios al ejercicio de dicha función; y en determinados casos, también será la extinción del vínculo de la filiación, por lo que los alcances al acabarse el ejercicio de la patria potestad pueden llegar a ser muy amplios, ya que dicha relación filial dejará de existir el mundo jurídico, con las limitaciones que la misma legislación señala.

3.2.2. Pérdida

La pérdida de la patria potestad constituye el menoscabo de una serie de derechos otorgados a los padres para llevar a cabo el ejercicio de la misma, implicando la privación de tales derechos, por las causas y en los casos que la misma ley señala; los cuales el legislador ha considerado como graves y suficientes para que el padre o la madre, o bien, quien en su caso la ejerza, sean privados de los mismos en razón de no dar debido cumplimiento a los deberes que integran tal figura, por no alcanzarse la finalidad que se persigue con la misma.

En ese sentido, Marcel Planiol y Georges Ripert, consideran que: “Si no se alcanza este fin, si el padre no cumple con sus deberes, no tienen ya razón de ser las facultades que les corresponden, debiendo privárseles de ellas.”¹³.

De conformidad con el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal:

“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 de éste Código.
- III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida;
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada;

¹³ MARCEL Planiol-Georges Ripert, Op. Cit. pág. 271

V. Por el abandono que el padre o la madre hicieron de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;

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

VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.”

El decretamiento de la pérdida de la patria potestad ha sido motivo de diversos debates, en virtud de que hay juristas que consideran dicha medida como reprochable pues argumentan que se causa un mayor perjuicio a los hijos privándoseles de sus padres, que a los padres restándoles los derechos que detentan con tal ejercicio; sin embargo, otros estudiosos de la materia, entre ellos el legislador, han considerado tal medida como necesaria, y en muchos de los casos, como urgente debido a la gravedad de los conflictos que se presentan dentro de las relaciones paterno filiales, o bien, materno filiales.

Uno de los principales exponentes del criterio enfocado a que la pérdida de la patria potestad constituye una infamia, es el maestro Julián Guitrón Fuentes, quien a lo largo de su trayectoria ha considerado lo siguiente: “¿Quién pierde más cuando se decreta esa pena? ¿El padre o el hijo?... El legislador no consideró que el hijo pierde más cuando no tiene padre, que el padre cuando no tiene al hijo, pues evidentemente que la intención del código, de sancionar, no tomó en cuenta los mayores daños que se causarían con esta sanción...porque la ley ha sancionado al padre, pero con más saña al hijo...”¹⁴. Por consiguiente, el mencionado autor enumera algunas de las causas previstas por la ley para decretar dicha pérdida, señalando que tal castigo en la mayoría de los supuestos es innecesario; ya que una vez que desapareciese el problema o se le diere una solución en sentido favorable para los hijos, los padres tendrían la oportunidad de recuperar la patria potestad, por lo que debiera aplicarse sólo una sanción consistente en la suspensión temporal más no su pérdida, y así los padres estarían en la posibilidad de recuperar en un momento dado tales derechos, no afectándose de tal manera a los menores.

¹⁴ GÜITRON Fuentes, Julian. ¿Qué es el derecho familiar?. Segundo Volumen. 3ª ed. Promociones Jurídicas y Culturales, S. C., México, 1987.

Dicho criterio lo ha sostenido en la elaboración realizada del proyecto de un Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos, creado para regular la institución de la familia y las relaciones jurídicas que se dan en dicho núcleo; y en el cual dentro de un Capítulo Vigésimo Séptimo, trata lo referente a la patria potestad, definiendo no sólo a dicha figura, sino que también propone una nueva regulación para la misma; estableciendo que la patria potestad sólo podrá darse por terminada, o en su caso suspenderse, de conformidad con los artículos 343 y 344, en los que refiere que:

“Artículo 343.- La patria potestad se termina:

I.- Por la muerte del titular, si no hay persona en quien recaiga;

II. Por la mayoría de edad de la hija o hijo;

III.- Por la adopción de la hija o hijo en cuyo caso la patria potestad se transmite a la o el adoptante; y

IV.- Por abandono de la o del menor, durante seis meses.

Artículo 344.- La patria potestad se suspende:

I.- Por malos tratos de la o del menor;

II.- Por poner a la o al menor e peligro de perder la vida;

III.- Por causarle daños físicos o morales;

IV.- Por afectar la moralidad de la o del menor;

V.- Por condenar por delito grave a quien la ejerce;

VI.- Por la incapacidad del titular, declarada judicialmente;

VII.- Por ausencia declarada en forma;

VIII.- Por sentencia condenatoria, imponiendo como pena esta suspensión; y

IX.- Por violencia intrafamiliar en los términos regulados en este Código y en el de Procedimientos Familiares para la entidad.”¹⁵

De donde se desprende que en desarrollo a su criterio, el citado autor eliminaría totalmente de la legislación familiar, la pérdida de la patria potestad, ya que cataloga a tal pérdida como un castigo para éstos al privárseles de la presencia de sus padres; y no como una medida de protección que el legislador ha establecido para salvaguardar muchas veces la integridad de los menores de edad. Al respecto, cabe analizar si dentro del marco de la realidad los padres o quienes tengan a su cargo tal ejercicio, incurren en cualquiera de las conductas que cita el artículo 444 en mención, tiene la ferviente voluntad de dar cumplimiento a lo que conlleva dicha función, y de

¹⁵ GÜITRON Fuentesvilla, Julián, Op. Cit., (Código Familiar), pág. 122.

igual manera cuestionarse, sí su conducta podrá o querrá ser enmendada a fin de no ser separados de sus menores hijos.

Pese a lo anterior, en otra de sus obras el mencionado autor alude que: “Perder la patria potestad significa, que al titular de ella, sólo le quedan las obligaciones y no los derechos; quiere decir que en el supuesto de un menor de un año de edad, no podrá volver a verlo físicamente en los próximos diecisiete años, ni participar en su educación, ni auxiliarlo en caso de enfermedad, ni siquiera de poder llevarlo de vacaciones”¹⁶.

De tal suerte que las actitudes que refiere el mencionado autor son propias de un padre que tiene verdadero interés en el desarrollo y cuidado de su menor hijo; mismas que de ser exteriorizadas en ningún momento darían lugar a la pérdida de la patria potestad; sin embargo, en la mayoría de los casos en que se decreta tal privación por causas previstas en el artículo 444 del citado código, dichas conductas no se encuentran patentes en el actuar de los padres. Por que tales argumentos, obedecen principalmente a sucesos que se espera ocurran entre padres e hijos, ya no porque así la ley lo exija, sino porque su misma naturaleza humana les permita establecer relaciones de afecto, amor y protección mutua, pero principalmente para procurar un bienestar en los hijos menores.

Por ello, la jurista Alicia Pérez Duarte, en opinión contraria considera “que el temor de decidir sobre la pérdida de la patria potestad apunta a una distorsión de la institución transferida a la relación afectiva que idealmente debe existir en las relaciones paterno-filiales y materno-filiales. La pérdida de la patria potestad no implica el menoscabo de la presencia afectiva del padre o de la madre en la vida de un hijo o hija...la existencia del amor y la responsabilidad paterna y materna no depende de una sentencia condenatoria o absolutoria. Su presencia o ausencia se dan más allá del mundo jurídico y este mundo sólo debe facilitar el mundo de la niñez frente a los conflictos de sus progenitores.”¹⁷. Lo que sin duda se encuentra apegado a la realidad, ya que en los casos en que la legislación prevé el decretamiento de la

¹⁶ GÜITRON Fuentevilla, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar?. 1ª ed. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S. C., México 1992.

¹⁷ PEREZ Duarte, Alicia. Derecho de Familia. 1ª ed. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pág. 222.

pérdida de la patria potestad es en interés del menor, a fin de salvaguardar sus intereses, pues si los padres verdaderamente mantienen sentimientos de amor, respeto y cuidado hacia sus menores hijos, no habría causa alguna para que se decretase dicha privación.

En consecuencia, no puede hablarse de la pérdida de la patria potestad desde el punto de vista de los lazos afectivos, pues ante la posible existencia de éstos, se podría en todo momento catalogar a dicha medida como cruel e inhumana, y sólo se redundaría en lo mismo. En principio, puede decirse que de existir lazos de cariño primordialmente será de los hijos hacia los padres pese a las circunstancias, porque todo menor es noble por naturaleza; ya que en cuanto hace a los padres o quien en su caso ejerzan la función, si se analizan las causas que establece el artículo en estudio, que de acuerdo al contenido que arrojan de actualizarse al menos una de ellas, puede verse que no existe mucho sentido del amor, de la responsabilidad y del cuidado para con los menores de edad; aunado a que no existe certeza jurídica de que tales conductas quieran ser corregidas o no vuelvan a repetirse en agravio de los menores.

Ante tales eventos, determina la autora Alicia Pérez Duarte que: "...la evolución de cada una de las causas de la pérdida o suspensión del ejercicio de la patria potestad y de las modalidades que se le impongan a ésta como a la custodia deberán verse como medidas de protección hacia la persona del menor de edad y no como sanción."¹⁸; Parece difícil de acuerdo a nuestra idiosincrasia, aceptar que la pérdida de la patria potestad más que un castigo, sea propiamente una forma de protección en beneficio de los menores, al presentarse cualquiera de los supuestos que la legislación establece para tal efecto, pues muchos de los estudios que se han realizado acerca de los niños que no crecen dentro de un entorno familiar han señalado que afecta esto a su normal desarrollo, lo cual se comentará más adelante; pero lamentablemente hay situaciones que se presentan en la realidad dentro de los grupos familiares, y que atentan en contra de la vida e integridad de los menores de edad, por lo que sólo se les puede poner a salvo lejos de los mismos seres que los procrearon, suena terrible, pero constituye una realidad. Para lo cual se ha requerido

¹⁸ Ibidem, pág. 233

de la intervención inmediata de las distintas autoridades que tienen como tarea vigilar que la patria potestad sea ejercida conforme a la ley.

En efecto, será trascendental la intervención de la autoridad judicial de la que se ha hecho énfasis en el presente trabajo, y la cual se ha considerado no sólo relevante sino indispensable; labor que velará antes que todo por los intereses del menor, aquello que considere como más benéfico; pues en muchas ocasiones el menor se encuentra a salvo fuera del seno familiar; ya que como lo afirma el jurista Antonio de Ibarrola: “El papel natural de la familia es proteger al niño. Debe el Estado resolverse a organizar la protección del niño fuera de su familia, aún, en ciertos casos, en contra de la familia.”¹⁹; desafortunadamente, tal resguardo se extiende no sólo dentro del seno familiar, sino aún en contra de la familia misma. En tanto, si los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad son ejercidos en forma contraria a los intereses de los menores, no se encontrará satisfecha la finalidad de dicha función, siendo indispensable la participación del Juez de lo Familiar.

Intervención que como hemos visto, erróneamente se ha llegado a considerar como inadecuada, en virtud de que es precisamente el Estado a través de sus diversas funciones el encargado de vigilar su debido cumplimiento. Por ello ha sido motivo de múltiples discusiones las facultades que se han otorgado al Juez de lo Familiar, para resolver lo relativo a los derechos y obligaciones de la patria potestad, tildándose dichas atribuciones como omnímodas; esto pese a las reformas que se han efectuado al artículo 283 del Código Civil, el que en principio establecía que: “La sentencia de divorcio fijará la situación, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según sea el caso...”, precepto que sin duda podía catalogarse de excesivo; mismo que ahora con las últimas reformas del 06 de septiembre de 1994 señala que: “La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes relativos a la patria potestad, su pérdida, suspensión y limitación o recuperación según sea el caso”. En los que sin duda varía

¹⁹ IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia. 7ª ed. Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 463

el sentido de la intervención del juzgador; teniendo, sin embargo, aún una responsabilidad importante y una tarea delicada, ya que las decisiones que se establezcan respecto de los diversos derechos y obligaciones propios de la patria potestad, dependerá el buen y sano desarrollo de los menores de edad.

Por ello, el legislador ha tratado de complementar dicha tarea con lo vertido en el artículo 284, estableciendo que: “El juez de lo familiar antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o la tutela de los hijos menores o incapaces, podrá acordar a petición de los menores, de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Público, cualquier medida que se considere necesaria para el desarrollo de los hijos menores o incapaces.”. En este sentido, puede afirmarse que el Juez de lo Familiar no sólo tomará en cuenta al momento de determinar aquellos elementos de prueba que le hubiesen sido aportados por las partes en conflicto, sino que principalmente estará obligado a escuchar al menor si así se solicita; lo que sin duda resulta importante porque no sólo se está haciendo valer su derecho a ser escuchado, sino que también, existe la posibilidad de que el juzgador conozca los intereses del menor, dichos por él mismo.

A consideración de la jurista Alicia Pérez Duarte como resultado de su experiencia adquirida como H. Magistrada en los Tribunales Judiciales del Distrito Federal, comenta que el criterio de todo juzgador se encuentra normado por reglas, ya que tratándose de patria potestad debe decidir en beneficio del menor escuchando el interés superior de éste. Compartiendo cuáles son los parámetros principales que guían al ánimo del juzgador para resolver; por ello y al considerarlo importante en el presente trabajo, es por lo que se transcribe, a fin de conocer a grandes rasgos cuales son esos elementos preeminentes para determinar o no la pérdida de la patria potestad.

La jurista explica que: “Es claro que la solución de los conflictos familiares relacionados con la prole no es sencilla; sin embargo, podemos auxiliarnos de una serie de criterios definidos en la doctrina para la toma de decisiones: Este conjunto de criterios puede dividirse en tres grandes rubros: a) los criterios que ponen énfasis en la personalidad del progenitor; b) aquellos que lo ponen en su rol social e ideológico, y c) aquellos que atienden el entorno de la familia en conflicto.

Dentro del primer grupo de deben tener presentes todos los elementos que nos sirvan para evaluar la personalidad del padre y de la madre, como son: comportamientos, incorrectos, desinterés hacia el hijo o hija, personalidad o disponibilidad hacia la prole, capacidad de guarda, custodia, guía y afecto hacia los hijos e hijas. En este punto, aunque exista una corriente que afirma que la probidad moral del padre y la madre en el matrimonio son el valor determinante para decidir sobre la custodia, existe también otra que separa con claridad las relaciones entre los cónyuges y las relaciones de éstos hacia los hijos e hijas que procrearon juntos. En esta segunda corriente se afirma que no importa que la causa de la separación sea, incluso, la prostitución de la madre o el adulterio del padre, para definir que los hijos e hijas se queden con el cónyuge “inocente”, pues la peor esposa puede tener la mejor disposición hacia sus hijos e hijas como el peor esposo lo puede hacer. La valoración en cada caso debe hacerse teniendo en mente que el objetivo es el bienestar y la educación de los hijos e hijas, de tal suerte que resulten irrelevantes los errores e injurias que se hayan hecho entre sí los cónyuges.

En relación con los criterios sobre el rol social y la ideología del padre o de la madre como determinantes para decidir sobre la custodia de la prole, señala Sparpaglione que se debe tomar en consideración que la crianza es un factor socializante y reproductor de conductas e ideologías socialmente aceptadas; sin embargo, las relaciones afectivas entre el padre o la madre y su prole son puntos de referencia básicos.

Finalmente en relación con los criterios que valoran el entorno habitacional de cada progenitor, se deben tomar en cuenta tanto la habitación como las posibilidades materiales de cada uno después de la separación. Asimismo, debe analizarse al conjunto de personas que vayan a vivir bajo el mismo techo. Al respecto cabe precisar que la presencia de un tercero junto al padre o a la madre no necesariamente implica un daño a los hijos e hijas; actualmente podemos descartar que esta circunstancia, en sí misma, pueda ser fuente de desajustes emocionales en la prole.

De todo esto concluimos que la acción precisa, rápida y eficiente de un juzgador en la toma de decisiones relativas a un conflicto familiar relacionado con menores es de vital importancia para cada uno de los miembros del núcleo y para la sociedad, pues en la medida en que se determinen los conflictos en su entorno, los niños y niñas tendrán mayores oportunidades de un desarrollo sano y pleno²⁰

En cuyo sentido puede afirmarse que las decisiones que toma el juzgador, no pueden obedecer a un simple albedrío, sino a métodos de estudio previamente planteados que les sirven sólo como base para fijar su criterio, guiados por lo que la ley establece, y principalmente en apego a las circunstancias particulares de cada caso; todo en miras del beneficio de los menores. Para tal efecto, nuestros máximos tribunales han establecido el siguiente criterio jurisprudencial:

“PATRIA POTESTAD. El juzgador, dentro de su competencia, debe vigilar que quien la ejerce cuide tanto de la integridad física, como de la psicológica y emocional del menor. De un análisis detallado y en su conjunto del contenido del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal se advierte, válidamente, que la finalidad primordial del legislador es prevenir y evitar, con la vigilancia del juzgador dentro de su competencia, que se ponga en riesgo la integridad, tanto física como psicológica y emocional del menor, cuando la conducta de quien ejerce la patria potestad pueda comprometer dichos principios en perjuicio del desarrollo integral de aquel.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO²¹

Con lo que se confirma que será “el interés superior del menor” lo que impere en todos los supuestos en que la familia se encuentre en conflicto, ya que pese a que existan diversos criterios sobre qué es lo que debe prevalecer, afortunadamente en la actualidad las decisiones a tomar deberán ser siempre en favor de los menores cuando sus intereses estén en juego, sobre todo, con antelación a cualquier interés de tercero que pudiese intervenir en la relación paterno filial. Así, deberán ser los padres o quienes ejerzan la patria potestad, los llamados en primer instancia, a procurar actuar sólo en provecho de sus menores hijos; de ello se comenta que: “...los

²⁰ PEREZ Duarte, Alicia, Op. Cit., págs. 235, 236 y 237.

²¹ Tesis 1.6°.C.300. C, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Época: Novena, Tomo XIX, Enero de 2004Pág. 1579

criterios con que los progenitores han de ejercer sus quehaceres paternos o maternos será: el del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...”²²; con ello, sin lugar a dudas, se daría cabal cumplimiento a lo que ahora constituye no sólo una serie de derechos y obligaciones, denominada patria potestad, sino una verdadera función en favor de los menores de edad.

De tal manera, que los titulares del ejercicio de la patria potestad, deberán hacerlo dentro del marco de la legalidad, ya que si bien es cierto, nuestro ordenamiento jurídico precisa sólo los lineamientos sobre los cuales debe llevarse dicha función, es decir, en forma genérica marca los parámetros a seguir por los padres o quien tenga a su cargo el ejercicio, con el fin de tratar de establecer como debe actuar respecto de expresiones tales como cuidado, educación, bienestar, etc., que deben procurarse a los menores; también lo es, que la ley en ese sentido permite un margen de libertad a los padres sobre el cómo cumplir con tales derechos y obligaciones, en el entendido que cada individuo lo hará en la medida de sus posibilidades y de acuerdo a su estilo de vida, siempre y cuando provea al menor del mayor bienestar y seguridad posible.

En tanto, se dice que: “...es una función tuitiva genérica, porque abarca la totalidad de los intereses y necesidades del hijo menor, pero no comporta una predeterminación exacta de la conducta a seguir, que queda al prudente arbitrio de los progenitores.”²³; lo que significa que tal función se ejercerá con el objeto de satisfacer todas aquellas necesidades que presente el menor, lo que si bien, no se encuentra cabalmente delimitado, si se puede afirmar que independientemente del grupo social en que se desenvuelva el núcleo familiar, existe un sentido común que permite a los padres o quien la ejerza, estar en parcial equilibrio con lo que la sociedad ordena; y más aún lo que su calidad humana de ha dado y le exige; donde se incluyen sin lugar a dudas cuestiones de moral y ética de las que están afectas muchas normas jurídicas de carácter familiar, elementos que no se encuentran contrapuestos con el derecho.

²² RODRIGUEZ Torrente, Jesús. El Menor y la Familia: Conflictos e Implicaciones. Nueva Serie 3. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, Madrid, 1998, Pág. 101.

²³ Idem.

En efecto se ha referido que: “Los preceptos que regulan la pérdida o suspensión de la patria potestad demuestran en sí mismos la intervención constante de la moral en esta rama del derecho, pues fundamentalmente las causas que traen consigo la pérdida o suspensión de la patria potestad son de carácter ético y tienden inmediatamente a la protección del menor.”²⁴

En consecuencia, se desprende que la pérdida de la patria potestad no es otra cosa que la manifestación de graves incumplimientos de las obligaciones a cargo de quienes la ejercen, faltas que se no quedan en simples descuidos, sino que se trata de circunstancias graves, que como ya se mencionó, la ley ha considerado suficientes para decretar tal sanción. Misma que tiene diversas consecuencias que se pueden circunscribir en lo que determina el artículo 285 del Código Civil para el Distrito Federal que indica: “El padre y la madre aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos”; lo que significa, que al decretarse la pérdida de la patria potestad, se priva totalmente a los padres o ascendientes en segundo grado, de todos los derechos que les fueron otorgados para llevar dicho ejercicio, subsistiendo únicamente las obligaciones a su cargo, lo que producirá necesariamente un alejamiento de quien se le haya decretado tal pérdida para con sus menores hijos.

Afirmando Marcel Planiol-Georges Ripert que “La pérdida los priva de sus derechos (derechos de dirigir la educación, de administrar los bienes del hijo, de cobrar los ingresos de éstos); pero no los libera de sus obligaciones.”²⁵, en el entendido que hasta en tanto el menor alcance la mayoría de edad, el padre deberá continuar cumpliendo con las obligaciones que la patria potestad comprende y, que por lo regular, son de carácter económico. De donde se infiere, que al determinarse pérdida de la patria potestad se terminan sólo parcialmente los efectos de dicha función; porque sólo se perderán los derechos y no así las obligaciones.

De acuerdo a nuestro sistema jurídico, la pérdida de la patria potestad que se decretaba, era en forma definitiva; sin embargo, ahora en la legislación sustantiva

²⁴ BOLAYNAS Sánchez, Elsy. El interés de la sociedad en el debido desempeño de la patria potestad. Revista de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, México, diciembre, 1994.

²⁵ MARCEL Planiol-Georges Ripert., Op. Cit., pág. 262.

vigente para el Distrito Federal, se establece una excepción respecto de la causa prevista por la fracción IV del artículo 444, que señala el incumplimiento de la obligación alimentaria, por más de noventa días cuando no exista causa que justifique dicho incumplimiento; en cuyo caso ha establecido la citada legislación por primera ocasión con las adiciones realizadas al artículo 283 de ese ordenamiento, en un tercer párrafo el texto que a la letra dice: “La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos en que por cuestiones alimentarias se ha perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación.”; facultándose para proveer sobre dicha medida al Juez de lo Familiar, según aparece en el párrafo primero del mismo artículo, al estipular que será éste quien deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o **recuperación**. Encontrándose el juzgador facultado para tales efectos pues “... los jueces se declararán encargados de prevenir y reprimir los excesos de la patria potestad siempre que el interés material y moral del hijo lo reclame.”²⁶; siendo entonces, ardua la intervención que el juzgador debe llevar a cabo, ya sea para decretar la pérdida de la patria potestad, o dado el caso antes mencionado, ordenar su recuperación, pues de ello dependerá el bienestar del menor de edad.

La recuperación de la pérdida de la patria potestad por incumplimiento de la obligación alimentaria constituye sin duda una innovación, respecto a lo que en forma literal implicaba la pérdida de tales derechos por los padres, ya que éstos, por ningún motivo se volvían a recuperar, lo anterior, independientemente de que durante el tiempo que durase el estado de minoría, estuviere vigente la relación paterno filial. Ya que los actos cometidos por los padres debido a su gravedad son totalmente reprochables, por lo que la ley no permitía tal restitución de derechos, y en consecuencia el ejercicio de la patria potestad.

A lo expuesto, considero que los casos que actualmente contempla el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal para decretar la pérdida de la patria potestad, son sin duda una medida necesaria de protección a favor de los menores de edad, ya que las circunstancias graves que prevé, y que constituyen conductas

²⁶ AMBROISE Colín y Henry Capitant, Op. Cit. pág. 324

reprochables completamente a quienes la ejercen, y bajo las cuales el menor en ningún momento lograría su pleno desarrollo físico, psíquico y social en forma normal, con los elementos suficientes para lograr integrarse a la sociedad.

3.2.3. Suspensión

El artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, contempla los casos por los cuales se puede suspender a quien tenga a su cargo el ejercicio de la patria potestad. En estos supuestos, la patria potestad no se extingue ni se pierde, sino sólo se determina por el Juez de lo Familiar que su ejercicio lo lleve a cabo ya sea el otro progenitor, o bien, cualquiera de las demás personas que conforme a la ley puedan detentar el mismo, que en este caso serán los ascendientes en segundo grado, ya sean paternos o maternos según lo considere el juzgador; en forma temporal en tanto el motivo de dicha suspensión se elimina. A continuación se transcribe el citado artículo:

“Artículo 447. La patria potestad se suspende:

I Por incapacidad declarada judicialmente;

II Por la ausencia declarada en forma;

III Cuando el consumo del alcohol, el hábito del juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las ilícitas no destinadas para ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y

IV Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esta suspensión.

V Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.

VI Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.”

A mayor abundamiento, se puede decir que la suspensión implica “detener una acción”, por tanto, el citado artículo prevé situaciones que posiblemente el legislador ha considerado como aquéllas que pueden ser corregidas por el transcurso

del tiempo; ya que la suspensión no implica en sí una privación, sino mas bien una cuestión de temporalidad, por lo que será sólo una detención temporal del ejercicio de la patria potestad, el cual se podrá continuar cuando cese el motivo que determinó la misma de conformidad con los casos previstos por la ley.

En ese sentido, la maestra Sara Montero Duhualt menciona que: “Puede ser que en un momento determinado la conducta del que ejerce la patria potestad sea considerada por el juez como inconveniente a los intereses del menor, por múltiples razones; en este caso como sanción temporal se le condenará a la suspensión de la patria potestad”.²⁷

Esta forma de restringir el ejercicio de la patria potestad a los padres o quien tenga a su cargo el mismo, ha sido considerada como hemos visto por algunos juristas como la única forma por la que se debe optar para solucionar los distintos conflictos que se dan con motivo del ejercicio de dicha función; sin embargo, como se puede observar, los supuestos que se contemplan en el citado artículo prevén situaciones que a criterio del legislador pueden ser corregidas en un tiempo determinado, y por las cuales, una vez que son subsanadas quien tenga a su cargo dicho ejercicio podrá retomar el mismo. Por tal razón, las causas para suspender el ejercicio de la patria potestad no pueden tratarse a la par de las que prevé nuestro ordenamiento jurídico para decretar la pérdida de la patria potestad, pues éstas obedecen como ya se ha visto a situaciones consideradas como graves porque en primera instancia ponen en riesgo la vida, la salud y la integridad física, de los menores de edad no emancipados.

En otras legislaciones el decretamiento de la suspensión del ejercicio de la patria potestad obedece generalmente a motivos que no son reprochables a quienes ejercen la patria potestad, sino se trata de casos en que material o jurídicamente no pueden desplegar dicho ejercicio, y que en el citado artículo serían únicamente las relativas a las fracciones I, II y IV, en donde la persona se encuentra física y jurídicamente imposibilitada a continuar con dicho ejercicio, considerándose de igual manera que puede ser sólo en forma temporal. En nuestra legislación puede decirse

²⁷ MONTERO Duhualt, Sara, Op. Cit., pág. 252.

que se trata de actos desplegados por los padres o quien en su caso la ejerza, que se consideran nocivos por el juzgador, pero que no revisten los alcances de gravedad como en los supuestos por los que se decreta la pérdida de tal función.

Aclarando entonces, que la suspensión no implica la terminación o pérdida de los derechos y obligaciones que la ley ha concedido a los padres o quien en su caso conforme a la ley ejerza la patria potestad, sino sólo se trata de una suspensión temporal de los mismos, hasta en tanto el juzgador considere que se está en posibilidades de ejercer de nueva cuenta dicho ejercicio.

Por otra parte , el Código Civil vigente para el Distrito Federal contempla la limitación de la patria potestad, entendiéndose por “limitación” según el jurista Gutiérrez y González: “La carga positiva, o bien la abstención que el legislador de una época que se considere, impone al titular de un derecho, a efecto de que no lo ejercite contra el interés de otros particulares o bien en contra del interés general.”²⁸; consistente entonces en la abstención de un hacer o no hacer del titular de un derecho, en el caso de la patria potestad, también de una obligación; a fin de que no lo ejercite en contra de otro interés diverso.

Así se establece en el artículo 444-Bis que: “La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este Código.”

La cuestión de la limitación de la patria potestad se puede decir que se da propiamente con las reformas realizadas a la legislación antes citada, correspondientes al 30 de diciembre de 1997; pues a pesar de que con anterioridad a éstas, se señalaba en el artículo 283 de la misma ley, que la patria potestad podría limitarse teniendo facultades amplísimas el juez para decidir al respecto, aunado a que no existía en forma expresa artículo alguno que determinará en que casos o de que forma se decretaría la misma; es hasta las reformas referidas en líneas anteriores, que se adicionó el artículo 444-Bis con el objeto de **limitar** a aquéllos que ejercieren la patria potestad, cuando se cometiere violencia familiar; dichas reformas obedecen

²⁸ GUTIERREZ y González, Ernesto, Op. Cit., pág. 441.

a la gran inquietud de legislar sobre la violencia inherida hacia los integrantes del grupo familiar, principalmente en contra de la mujer y de los menores de edad como seres más vulnerables, por lo que se consideró que la patria potestad debía limitarse en situaciones tan graves. El referido artículo señalaba: “Artículo 444.Bis: La patria potestad podrá ser limitada cuando el que la ejerce incurra en conductas de violencia familiar previstas en el artículo 323 Ter de este Código, en contra de las personas sobre las cuales la ejerza.”; aclarando que en aquella época la violencia familiar no era contemplada aún dentro del artículo 444 del Código Civil como una causal que da lugar a su pérdida, y no así a la limitación de ésta.

Es entonces hasta las reformas del 25 de mayo de 2000 que el artículo 444-bis cambia los motivos y el sentido de la limitación de la patria potestad, ya que ésta no será limitada por causa de violencia familiar, sino que en tal caso, se decretará su pérdida; Por lo que ahora, y de conformidad con el texto que actualmente contiene se limitará la patria potestad en los casos de divorcio o separación de quienes detentan dicha función, en cuyo caso al no poder ejercerse conjuntamente, el Juez de lo Familiar tomará medidas establecidas en la ley.

Siendo aplicable en ese sentido el artículo 416 que establece: “En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.”

En consecuencia, se entiende que la patria potestad se limitará en el caso en que los padres o quien tenga a su cargo dicho ejercicio se separen, ya sea que se trate de divorcio o separación de concubinos; donde deberá establecer el Juez de lo

Familiar quien detentará determinados derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, sin que ello implique que los pierdan, sino que sólo se conceden a uno u otro, para continuar con el ejercicio, velando por “el interés superior del menor”, que será lo que conducirá al juzgador para determinar lo señalado por el artículo anterior.

En resumen, como puede verse la limitación, no implica la terminación de los efectos de la patria potestad, sino será la asignación a los padres separados o progenitores en segundo grado, de los derechos y obligaciones, de acuerdo a lo más conveniente para el menor.

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO COMPARATIVO DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL CON EL CODIGO CIVIL DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TLAXCALA

4.1. Abandono

Es relevante presentar en forma particular el tema del abandono, trátase del abandono de menores de edad, no únicamente como una causa para decretar la pérdida de la patria potestad prevista tanto en el Código Civil del Distrito Federal como en el correlativo del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, considerada por los legisladores como fundamento suficiente para que se decrete dicha privación; sino que es necesario hacer hincapié sobre el citado tema a fin de señalar algunas de las implicaciones que conlleva tal acto, mismas que dan lugar y sirven de apoyo al presente estudio comparativo.

El abandono de los menores de edad, ha sido considerado por diversos ámbitos precisamente por la trascendencia que tal hecho implica en el desarrollo físico, psíquico, emocional y social de los menores de edad, y como un grave problema que atañe a la sociedad. Así, varios sectores sociales se han avocado en las últimas décadas al estudio no sólo de las causas y los efectos relativos a la falta cuidado y protección a los menores de edad, por parte de los progenitores o quienes tienen a su cargo el cuidado de éstos, sino de todas aquellas acciones u omisiones que afecten su integridad, considerándose a los menores como el sector más vulnerable de la sociedad.

En consecuencia, los principales adelantos legislativos logrados en favor de los menores de edad se dan como resultado no únicamente del interés de procurarles

a éstos una mejor calidad de vida, sino a partir del estudio de fenómenos como el maltrato infantil, el que pese a ser un problema que existe desde la antigüedad, la preocupación por su estudio y prevención es reciente; apenas “durante los siglos XVII y XVIII, la infancia comienza a considerarse como un periodo específico de la vida, distinto al de los adultos y, por tanto, necesitado de atenciones especiales, apareciendo definitivamente el interés por la protección infantil en el siglo XIX”¹, en donde se asevera que la preocupación por la integridad de los menores se encontraba enfocada como un asunto de beneficencia y no como seres sujetos de derecho.

Algunos autores denominan al siglo XX como el siglo de la infancia, ya que es precisamente en éste en que comienza a legislarse en forma significativa a favor del menor, y en el año de 1924 surge la Declaración de los Derechos del Niño o Carta de Ginebra, que representará el momento en que la sociedad toma conciencia de su responsabilidad, así como el Estado comenzará a asumir una actitud protectora para el respeto de los derechos de los menores. Misma que fue revisada en 1949, para ser sustituida por la Declaración Universal de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año de 1959, “Este documento recoge en diez principios las normas a las cuales debería conformarse la vida de todo menor, según patrones universales fundados en la dignidad humana”², los que al ser sólo una declaración de principios carecen por tanto de carácter obligatorio.

Como resultado de ello, en nuestro país el 10 de octubre de 1956 fue publicado en el Periódico Oficial del Estado de Guerrero el Código del Menor para dicha entidad, en el que se retomaron los derechos fundamentales que había reconocido la Declaración de los Derechos del Niño, lo que sin duda constituye un avance importante en legislación del menor en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, fue hasta el año de 1973 que se llevó a cabo el Primer Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del Menor, en el cual se tuvo como propósito crear un orden normativo aplicable en forma exclusiva al niño. Más tarde se declara por la Organización de Naciones Unidas el año de 1979 como el año Internacional del

¹ GOMEZ DE TERREROS, Ignacio. Los profesionales de la salud ante el maltrato infantil. 2 ed. Editorial Camares S. L. Granada, 1997, pág. 21 y 22.

² GONZALEZ Mora, Ricardo. Abandono y Adopción de Menores de Edad. Antología. 1 ed. Poder Judicial, Escuela Judicial. Costa Rica, 1999, pág. 17.

Niño. Así en el año de 1980 en nuestro país se adiciona el artículo 4º Constitucional en un sexto párrafo a través del cual se constriñe a los padres a la satisfacción de las necesidades de sus menores hijos.

Fue hasta el 20 de noviembre de 1989 que la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Convención de los Derechos del Niño, la cual a diferencia de la Declaración Universal de los Derechos de los Niños “que reviste la forma jurídica de una recomendación,... es un tratado o convenio internacional que sitúa los problemas del menor dentro del amplio contexto de la protección de derechos fundamentales”³. Dicha Convención es ratificada por nuestro país en septiembre de 1990, adquiriendo el compromiso de respetar y realizar las acciones que sean pertinentes para que se dé cumplimiento a los derechos reconocidos a los niños.

Por ello en diciembre de 1999 nuestro país, ante la necesidad imperiosa de legislar a favor del interés de los menores de edad, se reforma el artículo 4º Constitucional a fin de consagrar la preservación de los derechos de los mismos, y que en la actualidad establece: “Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación, y sano esparcimiento para su sano desarrollo”, lo que sin duda es el fundamento jurídico para el reconocimiento de sus derechos de protección y cuidado; norma en la que acertadamente se amplía la designación del cumplimiento de dicha misión, al establecerse no sólo como deber de los padres, sino de todo aquel que tenga a su cargo el cuidado directo de los menores de edad.

Con la reforma mencionada a Nuestra Carta Magna, se contribuye óptimamente a regular situaciones especiales como es la de menores abandonados o huérfanos, ya que desafortunadamente los menores de edad no siempre se encuentran dentro de un entorno familiar, por lo que sus derechos deberán ser respetados por cualquier persona o institución que lo tenga bajo su tutela. En tanto, el Estado se compromete a procurar el cumplimiento de tales derechos al establecerse en el último párrafo del citado artículo que: “El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”, lo que

³ Ibidem, pág. 18

conlleva a determinar que dado el caso, de ausencia de quien por designio de la ley le corresponda el cuidado de los menores, el Estado tendrá la obligación de proveer lo necesario para procurar el respeto y cumplimiento de tales derechos.

Aunado a lo anterior, en nuestro régimen jurídico se han creado leyes a fin de generar la defensa de los derechos de los niños, como son la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, publicada y promulgada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2000, misma que contiene los preceptos dictados por la Convención de los Derechos del Niño, teniendo por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. En ese sentido, las entidades se encuentran en proceso de adecuar sus legislaciones locales con el objeto de garantizar el respeto de los derechos de la niñez, como es el caso del Distrito Federal en donde ya se cuenta con la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, cuyo primer objetivo es precisamente garantizar y promover el ejercicio de los derechos de los niños.

La UNICEF en México ha señalado que tanto la Convención sobre los Derechos de la Niñez y la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes constituyen “la base jurídica para el cumplimiento de los derechos a la supervivencia, desarrollo, protección y derechos civiles y libertades de la niñez mexicana.”⁴. Por tanto, la normatividad a favor de los menores de edad surge de la concientización del ámbito internacional, y que constituye el impulso para la creación de nuevas normas en nuestro país en su beneficio, con el fin de garantizar que dichos menores reciban la protección que requieren para su desarrollo pleno, aunado a la responsabilidad que los adultos y la sociedad en general adquieran conscientemente para respetar los derechos que sean determinados en favor de los menores de edad.

En tanto, se ha establecido que los derechos de la niñez son aquel “...conjunto de derechos humanos, cuya aplicación está dirigida a los niños y niñas en función de los cuidados y asistencia especiales que requieren para lograr un

⁴ www.unicef.org/méxico/derechos/index.html

crecimiento y desarrollo adecuados dentro de un ambiente de bienestar familiar y social”⁵, lo que implica el cumplimiento y ejercicio de normas que permitan para los menores una buena calidad de vida.

Considerado también como “un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social”⁶; es decir, que las normas a favor de los menores contendrán la protección de todos aquellos aspectos que en su calidad de niño le permitan un desarrollo adecuado para su vida social, hasta en tanto alcancen la mayoría de edad, que supone ya una capacidad plena.

A pesar de que se ha opinado que los derechos establecidos por la legislación internacional y nacional para la protección de los menores de edad y el óptimo desarrollo de éstos, se encuentran con dificultades para poder ser ejercidos en forma efectiva, lo anterior como consecuencia de factores como la pobreza que viven muchas familias mexicanas; ello no debe ser obstáculo para que se promueva y se procure incansablemente el ejercicio de los mismos, ya que muchos de éstos derechos si bien, aluden a circunstancias que en razón de los escasos recursos con que cuentan los padres o quienes tienen a su cargo a los menores de edad, son difíciles de llevar a cabo como es el caso de la educación; no puede tampoco ignorarse que se trata de derechos fundamentales que deben ser procurados no sólo por quienes tienen bajo su cuidado a los mismos, sino por cualquier autoridad u órgano ante quien se encuentre en juego los intereses del menor, ya que de su conocimiento depende en ocasiones la permanencia de la vida misma de los menores de edad.

En tales términos uno de los principios fundamentales establecido a través de la Convención de los Derechos del Niño se refiere al “interés superior del menor”, establecido en el artículo 3.1 que señala que: “Se comprometen los Estados partes a colocar el interés del menor por encima de toda medida adoptada en la que se vean

⁵ PEREZ Duarte, Alicia, Op. Cit., pág. 346

⁶ ALVAREZ de Lara, Rosa Ma. e Ingrid Brena Sesma, Op. Cit., pág. 107.

involucrados niños, ya sea que estas decisiones se tomen por instituciones públicas o privadas, por autoridades administrativas, tribunales y órganos legislativos”⁷; y que conlleva a determinar que ante cualquier circunstancia que implique toma de decisiones respecto de dicho periodo de la vida, en primer término se procurará el beneficio directo del niño, ante cualquier otro interés.

Para determinar quienes serán los titulares de esos derechos es pertinente mencionar que en los diversos estudios realizados por los especialistas en el tema y que han llevado a legislar al respecto, se emplea el término de “niño” para nombrar al menor de edad, expresión que se ha preferido por dichos profesionales al considerar que la palabra “menor” implica un cierto grado de discriminación, considerando adecuado designárseles como “niños”, calidad que supone serán aquellas personas que no cuentan con la capacidad biológica y jurídica que les permitan valerse por sí mismos.

El penalista Francisco González de la Vega señala que: “Por niño se entiende a la persona humana desde su nacimiento hasta la iniciación de la edad púber”⁸, recordando que este último termino se empleó en el derecho romano para distinguir una fase de la minoridad, siendo que ésta se dividió en tres etapas: la infancia, la impubertad y la pubertad, teniéndose por la primera a los menores que no sabían hablar, mismos que fueron declarados incapaces totales, y en los que se comprendía a los niños hasta los siete años de edad; después a los impúberes que formaban el siguiente grupo que partía del término de la infancia, hasta los doce años tratándose de las mujeres y de catorce años para los varones, considerados fisiológicamente inaptos para reproducirse; por último, estaban los púberes que eran los menores que habían salido de la impubertad hasta los veinticinco años, los que al igual que los impúberes se les consideraba capaces para celebrar todos aquellos actos que se dieran en su beneficio. De donde se desprende que si bien, en la antigua roma, la calidad de púber se extendía hasta la edad de veinticinco años, tal término refiere primordialmente a aquellos menores que han iniciado en el sentido fisiológico su capacidad de reproducción.

⁷ JIMENEZ García, Joel Francisco. Derechos de los Niños. Cámara de Diputados, LVIII Legislatura-UNAM, México, 2001, pág. 13.

⁸ GONZALEZ de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano.35 ed. Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 144.

El Diccionario de la Real Academia considera al niño como una persona que se halla en la niñez, definiéndola como “El periodo de la vida humana que se extiende desde el nacimiento hasta la adolescencia”⁹, indicando que esta última es la edad que sucede a la niñez y que transcurre desde que aparecen los primeros indicios de la pubertad hasta la edad adulta.

En donde se ven inmiscuidas tanto la cuestión biológica, como la jurídica, la primera estará inmersa como consecuencia del desarrollo y crecimiento del menor de edad, y se considerará como tal a aquel ser humano que en atención al desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado la madurez plena, que si bien ha llegado a la etapa de la pubertad, y que arroja el inicio de la facultad de procrear; y en cuanto hace al aspecto jurídico será aquella persona ya con determinada madurez biológica, prevista desde su nacimiento viable hasta la mayoría de edad, establecida por la ley; y a la cual se estará en todo momento para alcanzar una capacidad jurídica plena.

Por la Convención de los Derechos del Niño se ha establecido que se entiende por niño “todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Con excepción de los seres humanos que hayan alcanzado antes la mayoría de edad, a consecuencia de que su régimen legal así lo establezca (artículo 1º). Es importante aclarar que si algún régimen jurídico establece una edad distinta a la que señala la Convención, se estará a lo que disponga la ley local de que se trate, pues lo que expresa la Convención es una regla general”¹⁰; siendo entonces, que por regla general se entenderá por niño a todo ser humano que no haya alcanzado la mayoría de edad, de conformidad con la legislación que sea aplicable.

Dentro de nuestro sistema jurídico, legislaciones vigentes como la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal señala en su “Artículo 3. Para los efectos de esta Ley, se entiende por: XVII. Niño ó Niña: A todo ser humano menor de 18 años de edad”; en cambio la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, realiza una mayor diferenciación de los rangos de edad, al indicar en su artículo 2º que para efectos de la misma se considera como

⁹ OSORIO Y NIETO, César Augusto. El niño maltratado. 4 reimp. Editorial Trillas, México, 1992, pág. 11

¹⁰ JIMENEZ García, Joel Francisco. Op. Cit., pág. 12

niñas y niños a las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 incumplidos; por ello los menores de edad, titulares de los derechos inmersos en dicha ley podrán tener la calidad de niñas, niños o adolescentes, en contraposición a los que han alcanzado la mayoría de edad.

De tal manera que se puede considerar como niño a aquella persona física comprendida desde su nacimiento hasta alcanzar la etapa de la adolescencia, y que es menor de 18 años cumplidos. Lo que implica que dentro del marco legal vigente es protegible en calidad de niño todo aquel ser humano nacido que aún no ha alcanzado la mayoría de edad prevista por la legislación mexicana, independientemente de que por razón de su edad cronológica se pueda determinar que ha entrado a la pubertad, considerada como aquella etapa en que se da principio a la capacidad de procrear.

Por lo anterior, el estado de minoridad ha significado precisamente la base y el fundamento de los primeros estudios relevantes que se llevaron a cabo al respecto, quienes en tal calidad llamaron la atención de especialistas en primer lugar del ramo de la medicina, ámbito que realmente se preocupó al notar constantemente en los menores de edad lesiones físicas que muy difícilmente eran consecuencia de situaciones accidentales; con lo cual se comienza a vislumbrar el maltrato inferido sobre los niños, y que en un principio es considerado sólo en cuanto al elemento físico de éstos.

Siendo precisamente dentro de los años sesentas y setentas del siglo anterior que comienzan a realizarse estudios más profundos sobre el maltrato infantil, donde médicos preocupados por la problemática optan por hacer público tal fenómeno, esto en contraposición a las opiniones referentes a que tales sucesos debían dilucidarse sólo dentro del núcleo familiar.

Importantes estudios e investigaciones como los realizados por el Doctor Kempe y colaboradores, en los años sesentas generan la calificación de tales eventos como el “síndrome del niño golpeado”, problemática que al ser publicada constituyó una revelación, ya que se describía al niño maltratado por sus padres, se discutía el número de muertos y el de menores dañados irreparablemente, así como el de casos que fueron llevados ante los tribunales, lo que permitió que tales sucesos llegaran al

conocimiento de la comunidad como un fenómeno no poco común, y que afectaba gravemente la integridad de los menores de edad, pese al interés de determinado sector de la comunidad interesada en que tales hechos no fueran mostrados.

Más tarde otros especialistas comenzaron a considerar que el término hasta entonces adoptado para identificar dicho problema no abarcaba determinadas circunstancias que más que maltratos físicos eran signos de descuidos graves; dándose a la tarea en distinguir entre los que implicaba el maltrato y lo que representaba el descuido en los menores de edad; situación que se consideró importante al percatarse de que en ciertos casos no era precisamente el niño físicamente lesionado al que más se le dificultaba responder a los estímulos externos, pues en muchas ocasiones aquél que no presentaba lesiones físicas era el que se encontraba lamentablemente más dañado; fenómeno que era tan común como las lesiones físicas inferidas a los menores, y cuyas consecuencias llegaban a ser más lesivas que los golpes físicos.

Ante tal disyuntiva, señaló el doctor Vincent J. Fontana que: “El maltrato y el descuido del niño forman parte del mismo problema. Por supuesto, hay a menudo una diferencia entre el padre descuidado y el que maltrata, y una comprensión de dicha diferencia es vital para tratar al padre y, en último término para salvar al niño, pero desde el punto de vista de este último, ambas cosas constituye maltrato”¹¹, en tal sentido se decidió ampliar el concepto de niño golpeado a “síndrome de maltrato en los niños”, expresión genérica que sin duda abarca todas aquellas acciones u omisiones que causan daños a los menores de edad; sin embargo, hasta entonces y a diferencia de lo apreciado ya por el especialista antes citado se establecía que el maltrato infantil significaba sólo “un espectro de condiciones clínicas; en un extremo del mismo estarían los niños mal nutridos, hambrientos o los que no medraban; en el otro los que habían sido dañados físicamente”¹², omitiéndose aún el daño psíquico como forma de maltrato, mismo que fue considerado como tal con posterioridad.

¹¹ FONTANA, Vincent J. En Defensa del Niño Maltratado. 1 ed. Editorial Pax-México, Librería Carlos Césarman, S. A., México, 1979, Pág. 58

¹² Ibidem, pág. 62

En tal sentido, la integración del concepto de maltrato infantil se ha dado como consecuencia de múltiples investigaciones, ya que por ejemplo en la actualidad el aspecto psíquico de los menores de edad que han sido sujetos de algún tipo de maltrato, representa uno de los elementos más importantes a tratar, ya que independientemente de la forma de maltrato que se le haya inferido, es muy probable que dicho menor a la par resienta complicaciones en su desarrollo psíquico que al no ser atendidas adecuadamente repercutirá gravemente en su desarrollo personal.

Debe estimarse que los datos mencionados son base fundamental de estudios e investigaciones realizados inicialmente sobre el problema del maltrato infantil, dentro de los cuales se incluyó al abandono de menores de edad como una forma más de maltrato, ya que precisamente muchos de los hallazgos descubiertos eran casos de abandono. Por ende, como consecuencia de los avances que se tenían sobre dicho fenómeno, se amplía el concepto del maltrato infantil estimando que: “Cualquier trato por el cual el potencial de desarrollo de un pequeño se vea retardado o completamente nulificado por el sufrimiento mental, emocional o físico constituye maltrato, ya sea negativo (como la privación de las necesidades emocionales o materiales) o positivo (como el maltrato verbal o físico)”¹³. Por lo que se considera ya como maltrato todas aquellas acciones positivas y/o negativas, es decir, conductas de acción u omisión y que signifiquen un daño al menor, ya sea en su estado físico, mental o emocional.

Sin embargo, a la fecha no se ha logrado establecer una definición universal del maltrato infantil, concepto que es cada día más difícil de unificar en virtud de los múltiples estudios que se realizan continuamente y que permiten encontrar nuevas formas de maltrato inimaginables, que requieren de investigaciones profundas para su determinación; debido a su propia complejidad y a factores externos que muchas veces dificultan el avance de las mismas. Situación esta última que ha representado un reto más para los profesionales enfocados a establecer tales fenómenos, pues dado que los mismo se dan en su mayoría dentro del seno familiar en forma clandestina, dicho núcleo se ha visto enfrentado, al argumentarse en muchos de los casos que no se debe violentar su intimidad.

¹³ Ibidem, pág. 53

En el ramo internacional la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido al maltrato infantil como: “toda forma de perjuicio, o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, al niño por parte de sus padres, o representantes legales, o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”¹⁴. Calificando ya las conductas inferidas en calidad de maltrato como “abuso”, “descuido o negligencia”, “malos tratos o explotación”, en las que se encuentran contenidas la mayoría de las formas de maltrato, aunado a que enuncia toda aquella forma de perjuicio, que lleva a considerar que constituirá maltrato todo daño que se ocasione a los menores de edad.

En México, la Clínica de Atención Integral al Niño Maltratado (C.A.I.N.M.), establecida en el año de 1997 en el Instituto Nacional de Pediatría, aporta la definición del síndrome del niño maltratado como resultado del esfuerzo de diversos especialistas en el tema y con el objeto de delimitar dicho fenómeno estableciendo que es: “Toda agresión u omisión intencional, dentro o fuera del hogar contra un menor (es) antes o después de nacer que afecte su integridad biopsicosocial, realizada habitual u ocasionalmente por una persona, institución o sociedad, en función a la superioridad física y/o intelectual.”¹⁵.

La cual enuncia mayor amplitud y defensa del ser humano al contemplar como sujetos de agresión a aquellos seres que han sido concebidos, pero que al igual que los ya nacidos, pueden ser objeto de agresiones u omisiones; además de que incluye como sujetos activos del maltrato no sólo a las personas físicas que por sí infieran la agresión, sino también responsabiliza a aquellas instituciones de las que dependa la integridad de un menor, e incluso a la sociedad misma constreñida a procurar un bienestar a los menores de edad. Por otro lado se señala que para constituir maltrato la acción u omisión deberá ser siempre intencional, en cuyo sentido aquellas acciones u omisiones en donde no se tenga la voluntad de causar un daño a los menores de edad no serán considerados como maltrato.

¹⁴ AZAOLA, Elena. *Violencia Intrafamiliar y Maltrato Infantil*. 1ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2003, pág. 24

¹⁵[http:// 148.245.185.189/cainm/definiciónmaltrato.htm](http://148.245.185.189/cainm/definiciónmaltrato.htm)

Lo anterior se confirma al establecerse que en nuestro país se considera como niños maltratados a “Los menores de edad que enfrentan y sufren ocasional o habitualmente, violencia física, emocional o ambas, ejecutada por acción u omisión, pero siempre en forma intencional, no accidental, por padres, tutores, custodios o personas responsables de los niños.”¹⁶.

Se ha estimado que los daños ocasionados a los menores de edad, principalmente tratándose de lesiones físicas, deben ser consideradas como maltrato aún cuando éstas se infieran en forma accidental, ya que “la mayor parte de los abusos son el resultado no intencional de castigos corporales o métodos disciplinarios que han escalado al punto de provocar heridas o daños físicos”¹⁷; criterios que surgen al analizarse que los castigos que puedan imponer los padres o quien tenga bajo su cuidado a los menores de edad se encuentran permitidos por la ley, siempre y cuando a través de ellos no se cause un daño, mediante el cual se dejen heridas permanentes.

Al respecto el artículo 423 señala que: “...La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código”, haciendo notar que la ley no refiere el término castigo, sino habla de una facultad de corrección, aclarando el legislador que ello no implica en ningún momento conductas que atenten contra su integridad física o psíquica; sin embargo, dado que dicho precepto se presta a confusión interpretándose como un derecho por parte de los padres o quienes tengan bajo su cuidado a los menores de edad de someter a éstos a castigos, siempre y cuando no se les produzcan lesiones; y se manifieste que su propósito último nunca fue el de causar un daño al menor de edad. No puede considerarse que en tales castigos no existió la intención de causar un daño, ya que el sentido común arroja que su superioridad física e intelectual les permite discernir que cualquier tipo de castigo o medida de represión puede causar un perjuicio al menor, por lo que la intención de producir un daño siempre existirá al imponerse un castigo; pudiendo estimarse sólo la magnitud del daño que quería causarse.

¹⁶ II Congreso Nacional sobre Maltrato Infantil. Memoria. DIF. UNICEF. PGR. CNDH. PGJDF. SEP, México, 1988, pág. 33

¹⁷ AZAOLA, Elena, Op. Cit, pág. 29

En tanto, el maltrato a los menores de edad debe considerarse como intencional en todos los casos, ya que se da como resultado de actitudes que se han calificado como violentas, abusivas, agresivas negligentes, etc., y que lesionan a un ser antes o después de nacer, y que incluso pueden llegar a causarle la muerte, porque muchas veces los resultados o secuelas de los daños causados son tan graves que tienen tan lamentables consecuencias.

Ante la preocupación por determinar las distintas formas de maltrato a los menores de edad, en ocasiones inconcebibles, se han realizado clasificaciones que en su mayoría coinciden en las siguientes: “a)maltrato físico, b)maltrato psicológico o emocional, c)abuso sexual y d)negligencia”¹⁸, incluyéndose en esta última al abandono; aunque algunos autores lo clasifican en forma independiente.

En nuestro país, la Clínica de Atención Integral al Niño Maltratado (CAINM), perteneciente al Instituto Nacional de Pediatría, en forma sobresaliente se han incluido como formas de maltrato poco conocidas: “En el hogar: Abuso fetal, Síndrome de Münchhausen, Ritualismo Satánico; Fuera del hogar: Niños de la guerra, Maltrato étnico, Niños de la Frontera”¹⁹, lo que arroja el esfuerzo profesional por descubrir formas de maltrato con el fin de prevenir y salvaguardar la integridad de los menores de edad, así como brindarles una atención adecuada al tenerse el conocimiento de las formas de maltrato.

Referencias que se realizan con el objeto de ubicar al abandono como una forma más de maltrato infantil, encuadrándose dentro de dicho fenómeno por los daños que con tal conducta se producen a los menores de edad, enunciados en consecuencias graves que merecen la misma atención que cualquier otro tipo de maltrato que se pueda verter a los niños.

Incluso diversos estudios han arrojado que: “los niños que han sufrido negligencia o han sido abandonados sufren mayores problemas de salud que los que

¹⁸ Ibidem, pág. 39

¹⁹ [http:// 148.245.185.189/cainm/definiciónmaltrato.htm](http://148.245.185.189/cainm/definiciónmaltrato.htm)

han padecido maltratos físicos o abuso sexual”²⁰, en cuyo sentido puede afirmarse que tanto la negligencia como el abandono llegan a producir daños incluso más graves y duraderos que otras formas de maltrato más visibles. Llegándose a considerar incluso, que por ejemplo tratándose del abandono emocional hacia los menores de edad, que implica aquella falta de respuesta a las expresiones de los menores de edad, o la proximidad con señales de afecto hacia éste, constituyen casos aberrantes que arrojan daños muy severos; aunado a que el daño emocional o psíquico es más difícil de detectar al menos para la gente común.

Con ello se reafirma lo señalado con anterioridad y que fue motivo de relevantes investigaciones, en cuanto a que muchos de los menores que habían sido dañados físicamente respondían más favorablemente a estímulos externos, que aquéllos que no lo habían sido, y que inexplicablemente presentaban mayores complicaciones para superar su estado anímico, todo ello como consecuencia de descuidos u omisiones. Situaciones en las que puede colocarse al fenómeno del abandono, que bien puede darse como abandono físico o emocional, ambos causan un trastorno en los menores de edad, ya sea en su desarrollo físico y/o psíquico.

Para poder delimitar lo que es el abandono, es pertinente indicar que se entiende por negligencia y que es “el fracaso repetido al proporcionar al niño en estándares mínimos de alimentación, vestido, atención médica, educación, seguridad y satisfacción a sus necesidades tanto físicas como emocionales”²¹, es decir, será la nula actitud de los padres o de quien tenga a su cuidado a los menores de edad, para brindar los satisfactores mínimos en relación a sus necesidades inmediatas.

En tal sentido, la negligencia se clasifica en diversos tipos: “negligencia física: el abandono o expulsión del niño de la casa, falta de supervisión, el fracaso de proporcionar los cuidados necesario a la salud, las condiciones de insalubridad severas en el hogar o de higiene personal en el niño o la nutrición y vestimenta inadecuadas; negligencia emocional: la desatención de las necesidades emocionales del niño, la violencia doméstica o permitirle el consumo de drogas o alcohol...; negligencia educativa: incluye ausencias crónicas e inexplicables en la escuela; el

²⁰ AZAOLA, Elena, Op. Cit., pág. 39

²¹ Idem

fracaso de inscribir al niño o el ignorar sus necesidades educativas”²², las que en su conjunto engloban la falta de satisfacción de necesidades de los menores de edad que no son otra cosa que un resumen de las obligaciones a cargo de quien ejerce la patria potestad o quien tenga a su cargo a los mismos.

Razón por la que se ha tenido al abandono como sinónimo de negligencia, ya que varias de las conductas enunciadas puedan considerarse por sí mismas como abandono, por la desatención grave que se comete en contra de los menores de edad; sin embargo, de las formas de negligencia citadas se desprende que no toda negligencia implica una actitud de abandono, ya que por ejemplo contempla a la “violencia doméstica”, la que de acuerdo con la legislación se ha denominado violencia familiar que se considera como: “..el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones”(artículo 323-Quáter del Código Civil para el Distrito Federal); de donde se deriva que tanto la negligencia como el abandono constituyen formas de violencia hacia los menores de edad, no todo tipo de violencia representa un abandono; en cuyo sentido, al contemplarse a la violencia como una forma de negligencia, puede interpretarse que se considera a la violencia como una actitud negligente.

Consecuentemente, si bien se trata de una línea poco visible para determinar la diferencia entre negligencia y abandono, se puede observar que la negligencia es más amplia al abarcar conductas que no son propias del abandono.

En países como los Estados Unidos de Norteamérica se denomina al abandono en forma independiente de la negligencia, ya que se establece que existe negligencia médica, física; emocional; falta de supervisión, y el abandono lo considera como “el fracaso para asumir la responsabilidad y los cuidados que un niño requiere”²³; concepción que alude precisamente a esa actitud negativa de dar cumplimiento a las responsabilidades y obligaciones que se tienen para con un menor de edad.

²² Idem

²³ Ibidem, págs. 39 y 40

En términos generales, se ha establecido que el “abandono infantil” así llamado, implica: “la falta injustificada de asistencia a un niño de corta edad”²⁴, de donde se deduce que la carencia de asistencia al menor no tendrá fundamento alguno, es decir, que la ausencia de cuidados es consecuencia de un actuar arbitrario; además de que el término “asistencia”, resulta amplio, en virtud de que dentro del mismo se pueden contemplar un sinnúmero de situaciones en que a un menor se le prive de lo necesario no sólo para su desarrollo integral, sino incluso para la conservación de su vida, lo que se considera acertado ya que a un menor de edad se le puede abandonar en todos los aspectos inherentes a su vida. Pese a lo anterior, tal definición resulta limitativa al referirse “a un niño de corta edad”, toda vez, que como se ha mencionado, para efectos de nuestra legislación, se considera en calidad de niño a todo menor de edad que no haya cumplido los dieciocho años de edad, resultando inadecuado denominar niño de corta edad a todos los menores que se encuentran dentro de tal rango estipulado por la ley, como es el caso de los adolescentes que de conformidad con la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que considera que serán los que tengan entre doce años cumplidos y 18 incumplidos, siendo niños no sólo los menores de corta edad, sino también aquellos que aún habiendo alcanzado la adolescencia son menores de edad.

Por su parte, la autora Cecilia P. Grosman considera que “El abandono o negligencia comprende las diversas omisiones que implican una inadecuada protección de la salud, seguridad y bienestar del niño”²⁵; la cual refiere al abandono como sinónimo de negligencia y que se ha visto que no son siempre equivalentes; además de que señala que se trata sólo de una “inadecuada protección”, cuando el abandono de menores puede implicar una total desprotección o nulos cuidados, por lo que constituye un problema más amplio.

La figura del abandono no sólo se ha definido desde el punto de vista de la actitud del sujeto que deja de cubrir las necesidades inmediatas de un menor, sino desde el punto de vista de éstos como “toda situación de carencia en que se encuentre un menor, que afecte su protección y formación integral desde el punto de vista

²⁴ PEREIRA de Gómez, María Nieves. *El Niño Abandonado. Familia, Afecto y Equilibrio Personal*. 3 reimp. Editorial Trillas, México, 1991, pág. 29

²⁵ CARDOCHE, Sara Noemí. *Violencia Familiar*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 2002, pág. 167

material, psíquico o moral, por ejercicio defectuoso o abusivo de la autoridad paterna o de instituciones análogas, de hecho o de derecho, o por no estar el niño sometido a ella”²⁶.

La cual prevé como abandono todas aquellas situaciones en que por falta de asistencia se afecte su integridad física o psíquica, entorno en el que se le coloque por ejercicio defectuoso, es decir, no se cumpla con lo exigido en el ejercicio de la patria potestad, o bien, por exceso en tal desempeño, ya sea de parte de los progenitores o de cualquier persona que estuviere encargado directamente del menor, por circunstancias de hecho o delegadas por la ley. Misma que al referir el ejercicio defectuoso de la autoridad paterna presupone un actuar positivo u omisivo por parte de los progenitores.

En tanto, al abandono se le ha considerado por los especialistas desde el aspecto, físico, psíquico o emocional, en cuyo sentido el autor Ignacio Gómez de Terreros contempla al abandono en el aspecto físico y emocional, delimitando al primero como: “Las necesidades físicas-alimentación, vestido, higiene, protección y vigilancia en las situaciones potencialmente peligrosas, cuidados médicos, área educativa, no son atendidas, temporal o permanentemente, por ningún miembro del grupo que convive con el niño. Abandono emocional. La falta “persistente” de respuesta a las señales (llanto, sonrisa), expresiones emocionales y conductas procuradoras de proximidad e interacción iniciadas por el niño y falta de iniciativa de interacción y contacto por parte de una figura adulta”²⁷; lo que arroja la falta de cumplimiento a las necesidades tanto físicas como emocionales que tiene un menor, para lograr un desarrollo integral de su persona; abandono que el menor puede sufrir no sólo por parte de quienes tienen el contacto directo con el menor por ser los titulares de la patria potestad o de la tutela, sino respecto de cualquier persona que tenga contacto con el menor de edad.

Así, el abandono puede definirse como toda falta de asistencia total o parcial hacia los menores de edad, que afecte su integridad y desarrollo físico, psíquico,

²⁶ GONZALEZ Mora, Ricardo, Op. Cit., pág 70

²⁷ GOMEZ de Terreros, Ignacio, Op. Cit., pág. 39

emocional y social, por parte de quien ejerza la patria potestad, la tutela, de las instituciones o de la sociedad misma.

4.1.2. Concepto Jurídico

Etimológicamente la palabra “abandono” de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, significa “acción y efecto de abandonar”, en tanto que el término “abandonar” es “dejar, desamparar a una persona o cosa²⁸”

La Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal ha definido al abandono en su artículo 3° de la siguiente manera “Para los efectos de esta Ley se entiende por: I. Abandono: La situación de desamparo que viva una niña o niño cuando los progenitores, tutores o responsables de su cuidado dejan de proporcionarles los medios básicos de subsistencia y los cuidados necesarios para su desarrollo integral sin perjuicio de lo que prevengan otras leyes;”; así el término abandono supone una situación de desamparo, al dejarse de cubrir sus necesidades inmediatas, así como los cuidados ineludibles para un buen desarrollo en todos los aspectos personales, lo que conlleva a determinar que tal desamparo se dará tanto en el aspecto material como en el emocional.

En cuyo sentido se ha fijado que el abandono de un menor de edad implica una situación de desamparo que puede abarcar todos los aspectos de su desarrollo, tanto el físico, psíquico, emocional y social; al no contar con la protección y cuidados debidos, y ante la imposibilidad de procurárselos el mismo. Elementos que han dado pauta a consideraciones como la prevista en el artículo 3°, fracción XIX de la Ley de los Derechos de las Niñas y de los Niños en el Distrito Federal respecto a que los menores en situación de abandono se encuentran o viven en circunstancias de desventaja social, ya sea de manera temporal o permanente, independientemente de que se encuentren dentro o fuera del ámbito familiar, principalmente por causas de pobreza o miseria. Lo que arroja que aquellos niños en situación de abandono, no

²⁸ MOLINA Arrubia, Carlos M. Delitos contra la Vida y la Integridad Personal. 1 ed. Editorial DIKE, Biblioteca Jurídica, Medellín Colombia, 1995, pág. 298

sólo se duelen con las carencias propias de su estado, sino que ante los demás integrantes de la sociedad se encontrarán en desventaja.

Ante tales atrocidades, la conducta del abandono se ha calificado por nuestra legislación penal como delito, en términos generales para efectos de la sanción penal se ha dicho que: "...es dejar a la persona en situación de desamparo material con peligro para su integridad física"²⁹, donde se prevé que el abandono afecta la seguridad física de la persona, no precisamente porque puede sufrir daños incluso ocurrir la muerte, sino porque físicamente se le deja desprotegido y no cuenta con las condiciones para cuidarse por sí mismo.

En forma más amplia, se tiene por abandono de personas: "En general, desamparo en que se deja a una persona con peligro para su integridad física en circunstancias que no le permiten proveer a su propio cuidado"³⁰, de donde se infiere que para considerarse como abandono de personas se requiere no sólo la situación de desamparo y que se ponga en peligro la integridad física; sino también, que las circunstancias que la rodean sean tales que no le permitan a la persona salvaguardarse por sí misma, así se ocupa el término "su propio cuidado", lo que implica que se tratará de una persona que no se encuentre en posibilidades de cuidarse por sí misma.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal tipifica la conducta de abandono en varios tipos penales, en el Libro Segundo, Título Tercero, denominado, "Delitos de peligro para la salud e integridad de las personas", establece lo que se conoce como abandono de personas en su artículo 156 que señala: "Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrán de tres meses a tres años de prisión si no resultare lesión o daño alguno. Además si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de la patria potestad o tutela.". Título en el que al igual contempla el delito de omisión de auxilio de un lesionado.

²⁹ C. D. Compendio de Términos Jurídicos Relacionados . THESAURUS JURIDICO MILENIUM 2000.

³⁰ DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara, Op. Cit., pág. 14

El delito de abandono de personas se encuentra definido dentro del título relativo a los delitos de peligro para la salud e integridad de las personas, y lo que tal delito refiere es exclusivamente una situación de peligro, más no así a situaciones en que se provoque algún daño que se cause precisamente en la salud e integridad del sujeto pasivo. Por tanto, de suceder cualquier lesión o incluso la muerte a la persona que ha sido sujeta del abandono, no podrá hablarse de un delito de abandono de persona, sino que se clasificará dicha conducta dentro de los delitos que atentan contra la vida y la integridad de las personas.

De ahí la diferencia que se genera entre los delitos contra la vida y la integridad corporal, y aquéllos que se consideran delitos de mero peligro; ya que las primeras son normas que “vedan el que se produzca una variación en el mundo exterior dañino a los bienes jurídicos; las segundas prohíben determinadas acciones en cuanto éstas entrañan el peligro de convertirse en causas de un determinado resultado lesivo³¹”. Así los bienes jurídicamente protegidos podrán ser directamente lesionados, o bien, solamente puestos en una situación de peligro, donde se distingue que la lesión es un daño efectivamente causado al bien jurídico, y el peligro es la posibilidad de dicho daño.

Se ha establecido que como el abandono consistirá en el desamparo que implique forzosamente una situación de peligro a personas con necesidades de cuidado por ser incapaces de proporcionárselo por sí mismas, tal incumplimiento será lo que propicie dicha situación de peligro.

Para tales efectos, se ha dicho que el abandono de una persona puede tener dos fines distintos: “a)ser medio para ocasionar un homicidio o una lesión personal y en estos casos no se configura el delito de abandono de personas, sino el de homicidio o lesiones, ya sea consumado o en grado de tentativa; y b)ser un fin en sí mismo, para liberarse de obligaciones de cuidados derivados de parentesco, de contrato o de la ley”³²; por lo que el delito de abandono de personas sólo se configurará tratándose del segundo supuesto, donde se pone en situación del peligro

³¹ GONZALEZ de la Vega, Francisco, Op. Cit., pág. 138

³² Ibidem, pág. 145

al incapaz, con el objeto de no dar cumplimiento a las obligaciones que por la ley, contrato o por cuestiones de parentesco se tengan o se hayan adquirido.

Aunado a lo anterior, el sujeto pasivo del delito, refiere la ley será un incapaz de cuidarse por sí mismo, lo que lleva a determinar que se tratará de una persona que independientemente de ser menor o mayor de edad, no cuente con la capacidad de proveerse por sí satisfactorios inmediatos; en tanto, que el sujeto activo será aquella persona que tenga la obligación legal de cuidar al incapaz, ya sea que dicho cargo lo tenga por que la ley así lo establezca (ya sea por razones de parentesco o tutela) o por algún contrato.

Dicho abandono no implicará más que la ferviente intención de no cumplir con las obligaciones de cuidado que por parentesco, por contrato o por mandato de la ley tenga a su cargo, y no precisamente que el sujeto pasivo sufra un daño, por lo que se sanciona formalmente por sí mismo una vez que se reúnen los elementos en él previstos, sin esperar a que el resultado final sea un daño fisiológico. No se requiere la concretización de un daño material, basta que se dé una situación de peligro y que el incapaz no pueda cuidarse por sí mismo, por lo que sólo constituye una posibilidad grave de que se origine un daño, un peligro de convertirse en causas de un determinado resultado lesivo.

Se trata entonces de un estado de peligro inmediato, “de ejecución instantánea, a fin de que aparezca la situación de riesgo”³³, cuya consumación se da en tanto se produce la situación de peligro y se omiten los cuidados respectivos; por lo que se supone potencialmente peligroso, para ser sancionado por la legislación penal con la finalidad de prevenir males posteriores.

Se da en “omisión simple, obedece a que no se exige la producción de un resultado distinto a la puesta en peligro”³⁴, por lo que no pueden realizarse en grado de tentativa, porque es muy difícil determinar la intención finalista, es decir, el propósito definitivo que anima al obligado de los cuidados del incapaz a abandonar

³³ ZAMORA Jiménez, Arturo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 1 ed. Ángel Editor, México, 2000, pág. 128

³⁴ Ibidem, pág. 127

los mismos, aunque se considera que de tenerse conciencia de las obligaciones de cuidado, será doloso.

En consecuencia, para determinar si se da o no en su caso el delito de abandono de personas al dejar a un incapaz sin cuidado alguno, será tarea del Ministerio Público, y en su caso el legislador quienes determinen si se dio tal delito que implica sólo una puesta en peligro, o en su caso, si se ocasionó algún daño o lesión, calificándose por tanto a tal conducta como lesiones u homicidio según sea el caso. Lo que genera una valoración de las circunstancias y que forma parte del trabajo de peritos en la materia.

Por otra parte, se equipara al delito de abandono de personas la conducta prevista en el segundo párrafo del artículo 193 del Código Penal para el Distrito Federal ubicado dentro del Título Séptimo denominado “Delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar”, que señala:

“Artículo 193. Al que abandone a cualquier persona, respecto de quien tenga la obligación de suministrar alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando cuenta con apoyo de familiares o terceros, se le impondrá de tres meses a tres años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa, privación de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente.

Se equipara al abandono de personas y se impondrá la misma sanción al que, aún viviendo en el mismo domicilio, no proporcione los recursos necesarios para su subsistencia de quien se tenga la obligación de suministrar alimentos.

Para los efectos del presente artículo, se tendrá por consumado el abandono aún cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado de un pariente, o de una casa de asistencia.

La misma pena se impondrá a aquel que teniendo la obligación de dar alimentos no los proporcione sin causa justificada”

Precepto que supone el abandono que se infiere al no dar cumplimiento a la obligación alimentaría, respecto de quien por disposición de la ley está constreñida a

dar dicha prestación, siempre que el abandonado no cuente con recursos suficientes para su subsistencia, independientemente de que éste encuentre apoyo de familiares o de personas diversas, o bien, se encuentre bajo su cargo y no sean los titulares de tal obligación.

Delito que sólo se equiparará al abandono de personas cuando el que teniendo la obligación de proporcionar los alimentos comparta el domicilio de los acreedores alimentarios y no cumpla con suministrar las necesidades inmediatas de éstos. Delito para cuya configuración al igual que el abandono de personas, no se requerirá que se cause un daño por tales omisiones, sino el simple hecho de cohabitar con el acreedor alimentario y no suministrar alimentos en forma deliberada. El penalista Francisco González de la Vega indica que en este caso “El abandono de personas, es un delito que se prolonga sin interrupción todo el tiempo que dure la actitud omisa del abandonador”³⁵.

El citado delito al equipararse al abandono de personas, puede admitirse que genera una situación similar a lo determinado por Nuestro Máximo Tribunal al suscitarse la reforma en materia familiar y que fue motivo de controversia respecto del artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal que establecía antes de la reforma del 25 de mayo de 2000 que: Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial: ...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, aún cuando esos hechos no cayeren bajo sanción de la ley penal;”; quedando después de la reforma en una fracción IV como sigue: “ El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaría inherente a la patria potestad”; respecto de lo que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó a través de la Jurisprudencia 1ª /J. 62/2003, cuyo título es **PATRIA POTESTAD, PARA QUE PROCEDA DECRETAR SU PERDIDA POR INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, NO ES NECESARIO ACREDITAR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE COMPROMETA LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS, NI LA**

³⁵ GONZALEZ de la Vega, Francisco. Op. Cit. pág. 143

EXISTENCIA DE REQUERIMIENTO JUDICIAL ALGUNO (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL), correspondiente a la contradicción de tesis 137/2002-PS.”³⁶.

En el mismo sentido tratándose del delito previsto por el artículo 193 del Código Penal para el Distrito Federal como delito contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar, cuando éste se equipara al abandono de personas, no se requiere que se cause un daño o se comprometa la salud del acreedor (es) alimentista, sino que será suficiente que se ponga en peligro su integridad ante tal incumplimiento, en tanto la Suprema Corte de Justicia consideró suficiente el hecho de que en forma reiterada no se suministren los alimentos, de la misma forma, aunque el código punitivo no señala que dicho incumplimiento se dé en forma reiterada, sino que es suficiente la negativa a cumplir con dicha obligación; de igual manera no se necesitará acreditar un perjuicio en la salud o un daño posterior.

Es importante señalar que algunos penalistas han considerado que la conducta de abandonar puede darse en dos formas “...o bien llevar a la persona fuera del ambiente de protección en que se encontraba, dejándola sin otra, en cuyo caso se procede trasladando al que luego es abandonado o bien alejándose el sujeto activo mismo del ambiente de protección y dejando en el mismo lugar al abandonado.”³⁷; consideración que sin duda resulta importante a fin de que el juzgador estuviere en posibilidad de determinar el grado de peligro en que se coloca al menor de edad; sin embargo, se ha estimado que lo único que tiene que hacer el sujeto activo para que su conducta sea reprochable por la ley, será colocar a la víctima en situación de peligro.

Se ha estipulado por diversos tratadistas que en materia penal “la exposición exige que se traslade a la víctima del lugar que tenía hasta ahora, en el cual estaba protegido, a un lugar en el cual queda sin protección y en peligro a su vida y a su salud. ...por abandono se entiende que al contrario de la exposición, sea el autor el que se traslade del lugar donde se encuentra la víctima, y por ello se coloque a la víctima en un peligro concreto”³⁸; sin embargo, en ambos casos se ha considerado que para efectos de la punibilidad de la conducta lo relevante es colocar a la persona

³⁶ Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIX; Marzo de 2004. Pág. 195. Tesis de Jurisprudencia.

³⁷ BASILICO Ricardo A. Abandono de Personas. Editorial Mave, Argentina, 2002, pág. 28

³⁸ Ibidem, pág. 34

en situación de desamparo, lo que implica que el autor por cualquiera que sea el medio, ponga a otro en situación de desamparo que conlleve a un entorno de peligro para integridad y la vida del sujeto pasivo.

En tanto, si en el derecho civil la diferencia entre la exposición y el abandono estriba en diversos fundamentos, se tendrá en común con la materia penal, el hecho de colocar a un menor de edad (persona incapaz de cuidarse por sí misma), en estado de desamparo, independientemente de las circunstancias; ya que para constituir delito tal desamparo deberá además implicar una situación de peligro, que consiste en “...un anormal estado antijurídico en el que, para un juicio conforme a la experiencia, la producción de un daño aparece como probable según las concretas circunstancias existentes, y la posibilidad del mismo resulta obvia.”³⁹, por lo que versa en un juicio de probabilidad de daño.

Cabe señalar que si bien de conformidad con lo establecido por el Código Civil para el Distrito Federal, respecto del abandono de menores de edad, se requiere únicamente de la acción de colocar al menor de edad en situación de desamparo, no especificándose si ésta conlleva peligro para el mismo o no, sin embargo, debe entenderse que toda situación de desamparo implica un peligro para quien se encuentra en tal supuesto, considerándose que al igual que en la figura del abandono de personas, puede darse éste sin provocar un daño o lesión, o incluso la muerte al menor de edad, (requisito indispensable en la figura penal); la realidad arroja que todo abandono en la mayoría de los casos generará un daño sea físico o psíquico en los menores de edad, ya sea en menor o mayor grado, como consecuencia de la agresión que envuelve tal hecho.

4.1.2.1. Dictamen médico sobre abandono de un menor por más de veinticuatro horas incapaz de proveerse por sí mismo su subsistencia.

El punto a tratar constituye uno de los más importantes en el presente trabajo, ya que el abandono de un menor de edad, como se ha mencionado con anterioridad puede repercutir enormemente en el desarrollo físico, psíquico y social del menor de

³⁹ Ibidem, pág. 44

edad, que antes que cualquier cosa es un ser humano con limitaciones que de no ser atendidas pueden llegar a ser mortales o conducentes de un estado psíquico grave; de tal manera que se pretende a través de la siguiente exposición realizada por especialistas en la materia, el dar a conocer elementos que determinan la supervivencia o en su caso, un desarrollo o no en menores abandonados, ello con la finalidad de crear conciencia en este tipo de situaciones, para que a través de su debida legislación se puedan lograr avances importantes en materia familiar, previendo ante todo el bienestar del menor de edad, y principalmente de aquéllos que lamentablemente viven la difícil situación del abandono; en ese entendido, se ha considerado importante no sólo contemplar lo que jurídicamente implica el abandono en sí, sino dar a conocer algunos de los factores que influyen en el menor de edad abandonado, y que servirán de soporte al legislador.

Respecto del dictamen médico que se pueda emitir sobre un menor de edad abandonado por más de veinticuatro horas, sin tener los cuidados necesarios, se cuenta con la inestimable aportación vertida por la Doctora Margarita Montaña Soriano Subdirectora de Medicina en la Coordinación General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal que señala que: “En cuanto la intervención médico legal en el caso particular de abandono de personas tiene que ser específico y particular para cada individuo, dependiendo desde la clasificación de edades pediátricas (Neonato que va de 0 a 28 días, Lactante Menor de 29 días a 364 días, Lactante Mayor de 1 año a 2 años de edad, Preescolar de 2 años a 5 años, 11 meses y 29 día, Escolar de 6 años a 12 años de edad, Pubertad de 12 años a 15 años de edad y Adolescencia de 15 años de edad a 18 años de edad), hasta las enfermedades propias de cada uno de ellos (Patologías: Síndrome de Down, parálisis cerebral, retraso mental, cardiopatías y otras malformaciones congénitas, limitaciones funcionales-postraumática, secuelas de polio, alteraciones o enfermedades neurológicas y psiquiátricas,) por lo que el estudio va a ser concreto para cada uno de ellos. Ahora, entendiendo como abandono de personas que se le va a dejar encerrado en un lugar, aislado sin el cuidado de nadie, que nadie sepa absolutamente de ellos, a esto se van a unir las condiciones generales de Alimentación y Asistencia, en cuanto a cuidados generales,- ¿qué son cuidados generales?-, el aseo, ya que si no tienen aseo ellos mismos pueden consumir sus excretas, por no tener la capacidad, dependiendo de la edad y las enfermedades, de

discriminación y discernimiento, entonces, cada dictamen será específico y particular para cada neonato, o para cada niño, o para cada adolescente, en particular. No se cuenta con un formato general, pero sí tenemos que irnos hacia lo que marca la legislación específica en cuanto a lo que se refiere un abandono de persona, así como los cuidados a que están obligados, tanto jurídicamente, como en el ámbito de salud; y lo que nos da la calidad como padres o tutores de los menores- ¿Al examinar el estado fisiológico de un menor de edad ustedes pueden determinar el periodo de tiempo del abandono sufrido?_ Sería analizar cada caso en particular, volvemos a la clasificación de edades, si hablemos por ejemplo de un lactante menor probablemente podemos ver las condiciones de deshidratación, si tiene mucosas resacas, si cuenta inclusive con alguna lesión, si tiene ya llanto fácil o ausencia de llanto; son condiciones que pueden ayudar, pero más bien hay que ver el aspecto fisiológico sí, condiciones generales, hidratación general, de conducta inclusive, porque además dependiendo de las condiciones si los niños están en abrigo o a la intemperie, se tiene que ver cada caso en particular,_ ¿Así de las condiciones de salud que presente el pasivo del delito de eso dependerá si se puede determinar o no el tiempo que lleva abandonado?- así es- ¿y en el caso de un menor que no tenga mayor o menor daño fisiológico?- es algo total y absolutamente subjetivo- ¿en el caso de un menor que es abandonado por más de veinticuatro horas sin cuidado alguno, que tanto se puede afectar su estado fisiológico?_ si sus condiciones alimentarias, nutricionales generales anteriores al abandono eran buenas no va a tener mayor problemática, si no fueren buenas, entonces si será un problema, si se va a exacerbar, inclusive podrían llegar a la muerte; dentro de las veinticuatro horas sería muy difícil que llegara a la muerte, dependiendo en que lugar se dejara y lo que hubiera alrededor del ambiente, porque se tendría que analizar cada caso en particular y conocer los antecedentes_ ¿teniendo intervención en un caso específico dentro de un litigio si se puede determinar teniendo mayores referencias?_ sería muy cuestionable en un periodo de tiempo menor a las veinticuatro horas porque depende de la capacidad individual de respuesta de cada niño, y si por ejemplo se presentan determinadas lesiones o infecciones, no se podría determinar ello a través del tiempo transcurrido; tratándose de un periodo de tiempo mayor a las veinticuatro horas habiendo falta de alimentación y cuidados, los daños sufridos, constituirían elementos más objetivos, más de veinticuatro horas sin alimento, sin agua, si se presenta desnutrición, alguna infección, conduce al deterioro de esas características.”

En ese sentido, para presentar algunas de las implicaciones que sufren los menores abandonados en su estado fisiológico, la Dra. Erika Galván Rojas Subdirector Médico del Albergue Temporal de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, pediatra especialista en Atención Integral al Niño Maltratado; tuvo a bien colaborar en forma por demás valiosa en este trabajo señalando en término generales que “los menores que son abandonados, principalmente en vía pública son llevados a los hospitales de la zona que corresponda al lugar donde fueron localizados, realizándose un diagnóstico de ingreso al Hospital, menores que en su mayoría se encuentran en un rango de edad de 48 ó 36 horas a 30 días de nacidos, y que en su mayoría presentan infecciones y problemas en la regulación de su temperatura; quienes ya con posterioridad son trasladados al albergue temporal de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, donde se continúa con su tratamiento y vigilancia de evolución. ”

De manera que el Albergue Temporal de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal constituye una “institución que tiene como objetivo brindar la asistencia temporal a niños y niñas de 0 a 12 años de edad, que son víctimas de abandono, maltrato, conflictos familiares, familiar detenido, abuso sexual y/o violación, enfermedad mental y/o incapacidad permanente por parte de los padres, extravío, o cualquier situación que afecte la integridad física y emocional del menor”⁴⁰. Lo que precisamente revela su importancia, no sólo por ser una de las primeras instituciones que tiene contacto directo con el menor abandonado, sino porque al contar con especialistas en diversos ámbitos; quienes están enfocados a procurar al menor de edad la mayor asistencia posible, ante su propia situación, ya delicada en sí, y ante cualquier otra contrariedad. A continuación se presentan con el propósito único de investigación algunos de los diagnósticos médicos de ingreso a hospital de menores abandonados, proporcionados por el Albergue Temporal de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; correspondientes a los años de 2002 a 2005, de los que se desprende que dichos menores presentaron trastornos de diversa índole en su salud, requiriendo de atención médica.

⁴⁰ www.pgjdf.gob.mx/procuraduria/albergue.html

DIAGNOSTICOS MEDICOS DE MENORES ABANDONADOS

RESUMEN MÉDICO

NOMBRE	EDAD	FECHA INGRESO	NO. DE CASO
	2 AÑOS 9M	11-SEPTIEMBRE-02	245/02
ENFERMEDADES EXANTEMÁTICAS: VARICELA SIN COMPLICACIONES (8-28 OCT/04)			
VACUNAS APLICADAS: NINGUNA			
EXAMENES DE LABORATORIO: PERFIL TORCH NEGATIVO, VIH 1 Y 2 NEGATIVO TAMIZ METABOLICO: NORMAL			
SOMATOMETRÍA:			
PESO	P	TALLA	P
10.910KG	3	85CM	-3
DIAGNÓSTICOS IMPORTANTES: DESNUTRICIÓN GRADO II TALLA BAJA ATROFIA CORTICOSUBCORTICAL/ HIDROCEFALIA TIPO EXVACUO CONTROLADA/ AGENESIA DE CUERPO CALLOSO/ RETRASO PSICOMOTOR GLOBAL NEUMOPATIA CRÓNICA/ HIPERREACTIVIDAD BRONQUIAL PERSISTENCIA DE CONDUCTO ART. CON CIERRE FARMACOLÓGICO.			
EVOLUCIÓN:			

RESUMEN MÉDICO

NOMBRE	EDAD	FECHA INGRESO	NO. DE CASO
	1 Año 6 Meses	16-Dic-02	0293/02
ENFERMEDADES EXANTEMÁTICAS: Ninguna			
VACUNAS APLICADAS: ESQUEMA DE INMUNIZACIONES COMPLETO ACORDE A EDAD			
SOMATOMETRÍA:			
PESO	P	TALLA	P
9.32 Kg.	5	76cm.	5
DIAGNÓSTICOS IMPORTANTES: RECIEN NACIDO DE TERMINO POTENCIALMENTE CONTAMINADO PB ASFIXIA NEONATAL HIPERBILIRUBINEMIA MULTIFACTORIAL			
EVOLUCIÓN: Se trata de masculino de un año de edad quien ingresa al Albergue a los 19 días de vida extrauterina, con el antecedente de ser abandonado en vía pública, razón por la que se mantiene en observación en hospital reportándose que durante su estancia presentó Hiperbilirubinemia multifactorial, probable asfisia perinatal (se refiere que fue encontrado en una bolsa de plástico, requiere manejo con fase 2 de ventilación mecánica por un día, se refiere manejo con fototerapia y doble esquema antibiótico, se egresa del hospital sin complicaciones posteriores.			

NOMBRE		EDAD	FECHA INGRESO	NO. DE CASO	
		1 Mes 26 Dias	22 Noviembre 03	0308/03	
ENFERMEDADES EXANTEMÁTICAS:					
Ninguna					
VACUNAS APLICADAS:					
1º SABIN 1º PENTAVALENTE 14 ENERO 2004					
2º SABIN Y 2º PENTAVALENTE 23 ABRIL					
SOMATOMETRIA:					
PESO	P	TALLA	P	PC	P
6.65Kg		64Cms.			
DIAGNÓSTICOS IMPORTANTES:					
Lactante menor peso adecuado a edad - ERGE clínica en Tx. Hiperbilirrubinemia multifactorial rem. Sepsis descartada Abandono de Persona Conjuntivitis rem. Bronquiolitis rem.					

RESUMEN MÉDICO

NOMBRE		EDAD	FECHA INGRESO	NO. DE CASO	
		9 meses	18- agosto- 04	0108/04	
ENFERMEDADES EXANTEMÁTICAS:					
Ninguna					
VACUNAS APLICADAS:					
BCG OCT-04					
SABIN 1º OCT-04 2º ENE-05 3º MAR-05 PENTAVALENTE 1º OCT-04 2º ENE-05 3º MAR-05					
EXAMENES DE LABORATORIO: TORCH NORMAL CON MEMORIA PARA HERPES, RUBÉOLA Y CMV; TAMIZ METABOLICO: NORMAL , VIH NEGATIVO, GRUPO SANG. O(+)					
SOMATOMETRIA:					
PESO	P	TALLA	P	PC	P
7.650KG		74cms.			
DIAGNÓSTICOS IMPORTANTES:					
RECIEN NACIDA DE TÉRMINO/ POTENCIALMENTE CONTAMINADA CONJUNTIVITIS @					
EVOLUCIÓN:					
es enviada a esta unidad proveniente de Hospital Pediátrico por haber sido abandonada en vía pública.					
EXPLORACIÓN FÍSICA:					

NOMBRE		EDAD		FECHA INGRESO		NO. DE CASO	
		6 Meses		27- Agosto- 04		200/04	
ENFERMEDADES EXANTEMÁTICAS:							
Ninguna							
VACUNAS APLICADAS:							
BCG: NOV-04 Pentavalente: 1°. OCT-04 2°. ENE-05 Sabin: 1°. OCT-04 2°. ENE-05							
EXAMENES DE LABORATORIO: TORCH NEGATIVO, TAMIZ METABOLICO NORMAL, VIH NEGATIVO.							
SOMATOMETRÍA:							
PESO	P	TALLA	P	PC	P		
5.80KG		62CM		43CM			
DIAGNÓSTICOS IMPORTANTES:							
SEPSIS NEONATAL @ ENF. HEMORRÁGICA DEL RECIÉN NACIDO @							
EVOLUCIÓN: El niño ingresó a esta unidad por haber sido abandonado en vía pública, procedente de Hospital FedMico donde cursó Sepsis Tetrágena/Peso Lento, ameritando aplicación de vitamina K.							
EXPLORACIÓN FÍSICA:							

RESUMEN MÉDICO							
NOMBRE		EDAD		FECHA INGRESO		NO. DE CASO	
		6 meses		30-Sept-04		230/04	
ENFERMEDADES EXANTEMÁTICAS:							
Ninguna							
VACUNAS APLICADAS:							
NINGUNA							
EXAMENES DE LABORATORIO: TORCH NORMAL, TAMIZ METABOLICO: NORMAL EN SANGRE Y ORINA, VIH NEGATIVO							
SOMATOMETRÍA:							
PESO	P	TALLA	P	PC	P		
7.00kg		65 cm					
DIAGNÓSTICOS IMPORTANTES:							
RECIÉN NACIDO DE TÉRMINO HIPOTRÓFICO POTENCIALMENTE CONTAMINADO							
EVOLUCIÓN:							

RESUMEN MÉDICO

NOMBRE		EDAD		FECHA INGRESO		NO. DE CASO	
		6 meses		25-octubre-04		0153/04	
ENFERMEDADES EXANTEMÁTICAS:							
Ninguna							
VACUNAS APLICADAS:							
SABIN 1° ENE-05 2° MAR-05 PENTAVALENTE 1° ENE-05 2° MAR-05							
EXAMENES DE LABORATORIO: TORCH NEGATIVO (NORMAL); TAMIZ METABOLICO: NORMAL EN SANGRE Y ORINA, VIH NEGATIVO							
SOMATOMETRÍA:							
PESO	P	TALLA	P	PC	P		
5.91 KG		61CM					
DIAGNÓSTICOS IMPORTANTES:							
ABANDONO DE PERSONA RECIÉN NACIDA POTENCIALMENTE INFECTADA@ HIPERBILIRUBINEMIA MULTIFACTORIAL @ @							
EVOLUCIÓN:							

NOMBRE		EDAD	FECHA INGRESO	NO. DE CASO	
		4 Meses	08-11-04	/04	
ENFERMEDADES EXANTEMÁTICAS:					
Ninguna					
VACUNAS APLICADAS: NINGUNA					
EXAMENES DE LABORATORIO: TORCH: MEMORIA INMUNOLÓGICA PARA RUBÉOLA Y C.M.V.					
TAMIZ METABÓLICO: NORMAL; HCV: NEGATIVO VIH 1 Y 2: NEGATIVO					
SOMATOMETRÍA:					
PESO	P	TALLA	P	PC	P
5.7 Kg		59cm.			
DIAGNÓSTICOS IMPORTANTES:					
RECÉN NACIDO HIPOTROFICORINOPENICITIS* CONJUNTIVITIS @CANDIDIASIS ORAL @					
SEPSIS NEONATAL TARDIA/ARNEA SEC. A SEPSIS @.					
EVOLUCIÓN:					

RESUMEN MÉDICO

NOMBRE		EDAD	FECHA INGRESO	NO. DE CASO	
		7 Meses	18 octubre 05	0237/06	
ENFERMEDADES EXANTEMÁTICAS:					
NINGUNA					
VACUNAS APLICADAS: BCG-C-CICATRIZ; SABIN/ PENTAVALENTE: 1ª DOSIS 30-NOV-05, 2ª DOSIS 20-ENE-06					
3ª 22-MAR-06					
EXAMENES DE LABORATORIO: PERFIL TORCH : NEGATIVO; VIH: NEGATIVO; TAMIZ METABÓLICO: NORMAL					
SOMATOMETRÍA:					
PESO	P	TALLA	P	PC	P
6.4 Kg	25	62 cms.	5	40cm	25
DIAGNÓSTICOS IMPORTANTES:					
HIPOGLUCEMIA @					
ALTERACIÓN EN LÓBULO OREJA DERECHA					
EVOLUCIÓN:					

Por otra parte, es de vital importancia hacer hincapié sobre la cuestión psíquica que puede presentar un menor de edad en estado de abandono, ello con el fin de exponer el nivel de daño que puede llegar a causarse en el desarrollo de la personalidad de éste, y que sin duda repercutirá en su vida adulta si no es atendido adecuadamente o no se le provee de un entorno familiar debido.

A fin de que tal cuestión se encuentre debidamente fundamentada, se ha tenido a bien contener la loable participación del Dr. Jorge Luis Ponce Carmona, Médico Especialista en Psiquiatría, subespecialista en Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia, posgraduado en Psiquiatría Legal y Forense, adscrito al Hospital de Pediatría del Centro Médico Siglo XXI IMSS y Asistente de Dirección y coordinador de Psiquiatría Legal del Hospital Psiquiátrico Infantil “Dr. Juan N. Navarro” SSA, quien expone en forma sistemática los diversos factores que influyen en el estado mental y emocional de un menor de edad cuando éste es abandonado, lo que hace de la siguiente manera:

“*Etapa de desarrollo

Dentro de lo que es el desarrollo del niño se toman en cuenta muchos aspectos, porque la etapa del desarrollo en la que el niño se encuentre va a ser fundamental para el desarrollo o no de psicopatologías cuando se está expuesto al abandono de una figura de vínculo significativa (la madre). Por lo que las etapas críticas en el desarrollo temprano, por ejemplo, un niño de tres o cuatro años, necesita más apego (vínculo), ya que tiene muy fijada o muy firme la imagen de la madre, del padre o de la persona que los cuida; por lo que la privación prolongada de la convivencia con esta figura puede alterar el estado emocional del niño. Lo anterior variaría grandemente si el menor tuviera menos de seis meses de edad, o bien, si se tratara de un adolescente; en cuyo caso pudiera haber menos susceptibilidad al desarrollo de psicopatología tras la separación, aunque sin estar exentos de ésta.

*Temperamento

Otro factor importante a considerar es el temperamento, su origen es completamente biológico, aparece desde el nacimiento y se expresa mediante el estilo de conducta propio del niño, adolescente o adulto. El temperamento determina el nivel de actividad, la forma de responder a los estímulos, la regularidad en los ciclos o hábitos, el buscar lo nuevo o evitarlo; así encontramos estilos de conducta muy pasivos, tímidos y

rutinarios, a diferencia de otros, en donde son muy inquietos, extrovertidos, constantemente buscan lo nuevo, la emoción, etc. Si se acude a una sala de cuneros de un hospital, se encontrarán distintas formas de reaccionar de los niños recién nacidos, algunos de ellos casi no se mueven, permanecen prácticamente inmóviles, sus hábitos alimentarios y de excreción son a intervalos regulares, son dóciles, etc.; otros están muy inquietos, llorando todo el tiempo, se despiertan a diferente hora para comer, es decir, tienen una irregularidad de los ciclos fisiológicos.

Por lo que en términos generales, habría dos tipos de temperamento, el temperamento fácil, en donde estaríamos hablando de un niño fácilmente adaptable a diferentes situaciones, incluso a una situación, en un momento dado de abandono momentáneo o temporal y podría recuperarse fácilmente de alguna alteración emocional, o incluso ni siquiera tener repercusiones; mientras, que por otro lado, un niño con temperamento difícil, resultaría susceptible de desarrollar psicopatología, ya que con frecuencia reacciona violentamente, en donde fácilmente se frustran, etc.

*Vínculo afectivo

Otro factor a considerar es el vínculo afectivo, que es la interacción afectiva entre el niño y su madre (figura significativa), en donde uno y otro, la madre y el niño, se retroalimentan mediante señales verbales y no verbales (gestos, mímica, etc.) y donde el niño logra obtener seguridad y confianza, que posteriormente serán la base para el logro de su independencia para su sano desarrollo y consolidación de su personalidad. Si este vínculo llegara a ser patológico, el niño no logra esa seguridad y confianza en sus diferentes actividades, sobre todo, en la interrelación con sus semejantes; situación que lo hace vulnerable para el desarrollo de psicopatología, ante una eventualidad como puede ser el abandono. Los primeros años de vida son cruciales en el sano desarrollo del vínculo afectivo (El contacto piel a piel entre madre e hijo), cuando la mamá amamanta al niño, la sonrisa del niño estimula o da fortaleza a la madre para continuar brindando los cuidados que el menor necesita, entonces, todos los sentidos, tanto de la madre como del niño, están en su máxima sensibilidad y en constante interacción a modo de formar un vínculo excelente a través de la retroalimentación.

*Trastornos mentales (Psicopatología)

En el caso del estudio de las repercusiones mentales o emocionales, de los niños que son expuestos a abandono, es importante saber si el niño en cuestión ya presentaba alteraciones en los factores arriba mencionados, o bien, ya presentaba un trastorno psiquiátrico como tal. Asimismo es importante tener en consideración que muchos adultos que abandonan al niño, con frecuencia, desde tiempo atrás, ya propiciaban maltrato en el niño en alguna de sus formas: físico, negligencia, abuso sexual, emocional, etc.

*Resiliencia.

Otro factor importante, que conjunta todos los anteriores, es la capacidad de resiliencia del niño, que implica aquella capacidad que tiene todo ser humano, incluyendo al niño, en poder sobreponerse a factores adversos, como diversas situaciones estresantes; es decir, en estos niños se incrementa la capacidad de adaptación, utilizando de manera óptima sus mecanismo de afrontamiento.

Cuando un niño ha tenido un buen vínculo con su figura significativa, independientemente de que sea la madre o no, que tenga un temperamento fácil y que tenga un nivel de desarrollo adecuado (cuando hablamos de nivel de desarrollo adecuado, nos referimos a que en un niño su edad mental corresponde a su edad cronológica) tendría mayores posibilidades de no desarrollar psicopatología tras un evento adverso.

* Personalidad

Finalmente, en el ser humano, los factores antes referidos, son fundamentales en la integración de la personalidad, precisando que un niño e incluso un adolescente, aún no tienen una personalidad bien definida, sino que son seres que están en un proceso de desarrollo para la consolidación de su personalidad en la edad adulta, y de ahí la importancia del presente estudio: ¿Dónde puede repercutir un evento traumático? precisamente en el desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, las redes de apoyo social (escolar) y familiar serán muy importantes:

*La socialización

La socialización que tengan los niños, si son unos niños uraños, aislados, retraídos, o si son unos niños que socializan mucho y que pueden convivir abiertamente con los demás niños, eso también será un factor protector.

En conclusión, si un niño tiene un adecuado nivel de desarrollo, su desarrollo mental corresponde a su edad cronológica, tiene un temperamento fácil, tiene un buen vínculo, con seguridad estará libre de un trastorno mental o conductual, gracias a su capacidad de resiliencia y eso favorecerá que aún cuando se le separe, de su figura significativa, por horas o días, tendrán menor posibilidad de desarrollar alteración o secuela en el desarrollo de su posterior personalidad.

Contrario a lo anterior, si se tiene a un niño en desventaja en el desarrollo, con un temperamento difícil, con un mal vínculo afectivo, que presenten ya desde antes psicopatología, aunque sea leve, y que finalmente no tengan mucha capacidad de resiliencia, lo cual es frecuente con los niños abandonados, serán susceptibles al desarrollo de trastornos de ansiedad graves, secundarios o posteriores a la separación o abandono del padre o de la madre; pudiendo desarrollar, desde lo que es un estrés agudo, que es una forma de estrés severo, donde el niño experimenta crisis de ansiedad terribles, puede presentar pesadillas, donde puede dolerle el estómago, la cabeza; además de sudoración de manos, estar muy inquieto, mucha aprensión y tensión, y que dura menos de treinta días; o que desarrolle un estrés postraumático cuando pasan más de treinta días con esta sintomatología, ante un evento traumático, pudiendo tener repercusión posteriormente. Aclarando que tanto el primero, estrés agudo, como el trastorno por estrés postraumático, tiene tratamiento, desde la psicoterapia hasta tratamientos farmacológicos.

Por otro lado, podrían desarrollar trastornos depresivos, manifestando retraimiento, irritabilidad, todo le molesta, rechazo a jugar con otros niños, por que no le interesa el juego, además deterioro de su rendimiento escolar, baja su apetito, hay problemas del sueño, pesadillas, etc.; Siendo estas las manifestaciones más probables, los problemas de ansiedad y los problemas depresivos, que si no se tratan (y ese es el gran riesgo, más aún cuando estamos hablando de niños) de una manera adecuada en el momento adecuado, se le esta privando al niño la oportunidad de tener un desarrollo adecuado; un niño a diferencia de un adulto tiene etapas, en donde si esas etapas son distorsionadas, es decir, si la experiencia que esta teniendo de la vida y del medio ambiente se ve distorsionada, por un trastorno depresivo o de ansiedad, llevarán al desarrollo de una personalidad distorsionada, con graves riesgos de desarrollar específicamente algún trastorno de personalidad.”

4.1.2.2. Estudio estadístico de abandono de menores correspondiente a los últimos tres años a la fecha.

Para desarrollar el presente punto y a fin de proporcionar datos estadísticos sobre menores abandonados, se tomó como referencia al Distrito Federal, en principio por ser materia de estudio en el presente trabajo, así como por tratarse de la entidad que ocupa el tercer lugar con mayor índice de abandono de menores, teniendo el mismo sitio por lo que respecta a maltrato infantil y al índice de denuncias recibidas.

Las estadísticas que se presentan arrojan los datos de menores abandonados en el Distrito Federal del año de 2003 al mes de marzo de 2006, cifras que lamentablemente han ido en aumento, incidencia que arroja el informe sólo en relación a menores dentro del rango de edad de recién nacidos a seis años de edad (edad preescolar); citada dicha categoría primordialmente por tratarse de aquellos menores que generalmente tienen menos posibilidad de proveerse por sí mismos su subsistencia y los cuidados necesarios para su sano desarrollo, debido a su calidad fisiológica y psíquica,; sin que esto resulte limitativo interpretándose que puedan ser los abandonos de mayor consideración, pues todo evento de abandono sin causa que lo justifique resulta reprobable.

La Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal informó a través de un boletín de prensa (no. 436) de fecha 31 de marzo de 2006, que se han atendido en vía pública en los últimos 18 meses a 81 recién nacidos, 75 acciones de auxilio correspondieron al 2005 y seis a los primeros meses del presente año. Reportándose que en 54 casos los menores fueron encontrados con vida, de los cuales 39 son mujeres y 15 masculinos, y en 27 casos los menores fallecieron, donde 13 eran mujeres y 14 hombres. En dichas acciones los socorristas del ERUM participaron específicamente en 59 acciones, 50 fueron apoyos a mujeres que dieron a luz y nueve bebés abandonados en la vía pública; mientras los elementos de la Policía Preventiva, quienes cuentan con cursos de primeros auxilios, atendieron 16 servicios, de los cuales cinco fueron trabajo de parto y el resto de menores que dejaron en la calle. En lo que va de este año se han realizado ocho atenciones de emergencia que atendió el ERUM.

Información de la que se desprende que en los últimos 18 meses hasta el mes de marzo de 2006, se han dado 20 abandonos de menores de edad sólo por lo que respecta a menores en un rango de edad de recién nacidos, índice que sin duda es alarmante; de los que probablemente algunos de ellos fueron encontrados sin vida.

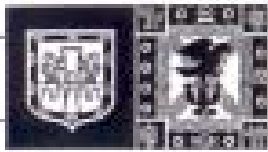
A lo que "...el Secretario local dijo que el abandono de los recién nacidos se debe principalmente a problemas sociales. Explicó que es probable que se trate de una mezcla entre la falta de recursos de las madres de los menores, de casos de embarazos no deseados y que representa una modalidad de violencia."⁴¹.

Ante tales hechos, se opina por juristas que el abandono "Es una forma de maltrato que tiene que ver más con las condiciones de pobreza de amplios sectores sociales, por lo cual su prevención se hace aún más difícil; es mucho más complicado este tipo de puesto, que tiene que ver directamente con una situación que la sociedad y las instancias gubernamentales no están dispuestas a aceptar"⁴².

Sin duda, constituye un problema social importante, ya que para poder evitar el abandono de menores de edad es necesario que el gobierno impulse investigaciones que comiencen a combatir de raíz los problemas que generan tales hechos, que a saber de los motivos expresados por cuales las madres abandonan a los menores de edad en vía pública o en cualquier otra circunstancia, son cuestiones de difícil tratamiento; sin embargo, una de las medidas a tomar en forma inmediata sería precisamente la difusión en información preventiva para evitar embarazos no deseados que las obliguen a realizar actos tan inhumanos; pues la madre de todos los males es la ignorancia. Teniendo a su alcance información las mujeres podrán llevar una vida plena evitando actos abominables, y en consecuencia, evitándose daños a los menores que independientemente del rango de edad y medio social al que pertenezcan, la mayoría de ellos son seres imposibilitados para procurarse su bienestar, y que por desgracia pueden fallecer en su lucha por sobrevivir.

⁴¹ www.ssp.df.gob.mx/cs/vernoticia.

⁴² TREJO Martínez, Adriana. Prevención de la Violencia Intrafamiliar. Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 54



Gobierno del Distrito Federal
Secretaría de Seguridad Pública

México • La Ciudad de los Capetanos



OFICIALÍA MAYOR
Oficina de Información Pública

"2006, Año del Bicentenario del Natalicio del
Benemérito de las Américas,
Don Benito Juárez García".

OFICIO NUM.
OM/OIP/232/2006
México, D.F., a 02 de mayo de 2006

RAQUEL TREJO FLORES

Presente

Con fundamento en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal en sus artículos 3, 4 fracción III, y 34, le comunico que su solicitud de información sobre **Estadísticas de menores abandonados del 2003 a la fecha**, quedó registrada en esta Oficina de Información Pública de la SSP- D.F., con el número de folio **120** el pasado 20 de abril del año en curso.

Sírvase encontrar en el cuadro siguiente la información solicitada, según la estadística reportada por el Escuadrón de Rescate y Urgencias Médicas (ERUM) de esta Secretaría:

AÑO	No. DE MENORES ABANDONADOS*
2003	37
2004	46
2005	52
2006 (hasta marzo)	17

* En el rango de recién nacidos a los seis años de edad, en vía pública o circunstancias diversas.

Esperando que esta información le sea de utilidad y sin otro particular por el momento, aprovecho la ocasión para enviarle un saludo.

ATENTAMENTE
EL RESPONSABLE DE LA OIP



LIC. A. XAVIER TAPIA RUIZ

ESTADO DE MÉXICO, GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA
OFICINA DE INFORMACIÓN PÚBLICA, CALLES DE LA ESPERANZA, S/N, MÉXICO, D.F.

11/05/06

4.2. Menor Expósito

Es necesario que jurídicamente se pueda establecer que significa la exposición de un menor, a diferencia de lo que implica el abandono de éstos, con el propósito de distinguir tanto para efectos del derecho, como para situar las circunstancias que pueden acompañar a uno y otro.

Expósito proviene del latín *expositus*, que se deriva a su vez del verbo *exponere*, de *ex* y *ponere*, en tanto, *ex* es una expresión que refiere separación, punto de partida, y *ponere* significa poner, colocar, por lo que “exponer será colocar o poner algo fuera del lugar donde estaba, es decir, separadamente en relación con su punto de partida; de esta manera exponer a un niño sería ponerlo fuera del lugar donde se encontraba...”⁴³. En principio la exposición de un menor versara en situar siempre al menor de edad fuera del lugar en que se hallaba, propósito o bien intención que tiene quien se encarga de colocarlo en lugar diverso.

En efecto, al menor expósito se le define como: El niño o niña que ha sido echado a las puertas de una iglesia, casa u otro paraje público, por no tener sus padres medios para criarle y mantenerlo, o porque no se sepa quienes son. Los expósitos quedan libres de la patria potestad por el hecho de su exposición...”⁴⁴.

Será considerado como niño expósito entonces todo aquel menor que es dejado en un lugar público, cuyos padres o quien tenga a cargo su cuidado se desconoce su identidad, razón por la que se propicia la pérdida de la patria potestad.

Con las reformas publicadas en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 1997, correspondientes al entonces Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal se adicionó un segundo párrafo al artículo 492, mediante el cual se definió al expósito, a fin de diferenciarlo del menor abandonado.

⁴³ ALVAREZ de Lara, Rosa Ma. e Ingrid Brena Sesma, Op. Cit., pág. 162

⁴⁴ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense. Editorial Miguel Ángel Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Parlamentarios Eduardo Neri LV Legislatura, 1998, pág. 248

Actualmente en los mismos términos el referido artículo del Código Civil para el Distrito Federal establece que: “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. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado”.

Por tanto, en la exposición como en el abandono se genera una situación de desamparo para el menor de edad, por quienes de acuerdo a lo exigido por la ley, están obligados a su cuidado y protección; lo que determina la diferencia será el hecho de que en la exposición no se sabe el origen de quienes tuvieron a su cargo las obligaciones citadas, y en el abandono se tiene conocimiento del origen de dicho menor.

Distinción que resulta relevante para los efectos de la pérdida de la patria potestad, ya que tratándose de un menor en calidad de expósito de quien se desconoce su origen y que por ende no hay quien ejerza la patria potestad, quedará bajo la tutela de quien lo haya acogido, quien tendrá las mismas obligaciones, facultades y restricciones que señala la ley para las demás formas de tutoría. En cuyo caso podrán ser casas de asistencia pública o privada. Esto como consecuencia lógica de que la patria potestad y la tutela se excluyen por sí mismas, ya que ésta última se ejercerá cuando no exista quien detente de la patria potestad, o que por razones establecidas por la ley no pueda llevarse a cabo tal ejercicio.

Siendo entonces, que tratándose de abandono de menores de edad, como aquella situación de desamparo del menor del que se sabe de su origen, en primer término y conforme a lo previsto por el artículo 444, fracción V, del Código Civil para el Distrito Federal deberá solicitarse la pérdida de tal función, para que en su caso la ejerza persona distinta de la que colocó al menor en desamparo y que conforme a la ley pueda acudir a tal ejercicio, o dado el caso de que no haya quien la ejerza o que por razones establecidas por la ley no se pueda llevar tal ejercicio, se otorgará en tutela.

Con anterioridad a las reformas del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 09 de junio de 2004, se preveía en la fracción V de dicho numeral que se decretaba su pérdida “Por la exposición que el padre o la madre hicieren de los hijos”, situación que resultó ociosa para el legislador, ya que tratándose de la exposición de un menor en donde se desconoce el origen de éste, no era coherente tener que solicitar la pérdida de la patria potestad de dicho infante, cuando sus progenitores no aparecían a recuperar al menor, lo que implicaba para el menor de edad un perjuicio importante, al no tener la posibilidad de ser dado en adopción en un plazo de tiempo menor al que se llevaba el procedimiento de pérdida de la patria potestad.

Por lo que con la reforma al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal citada en líneas anteriores, tal disposición fue eliminada quedando únicamente la relativa a la pérdida de la patria potestad por el abandono de un menor que el padre o la madre hicieren sin causa justificada, por más de tres meses.

Aunado a que el legislador en dicha reforma estipuló en beneficio de los menores en el artículo 443. La patria potestad se acaba: V. “Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles”. Lo que de acuerdo a la terminología no podrá considerarse como un abandono o exposición, porque no se coloca al menor en situación de desamparo, ya que directamente es entregado por quien ejerce la patria potestad a un tercero para que sea dado en adopción; pero si constituye una forma de dar por acabada la patria potestad sin solicitar su pérdida.

La exposición al igual que el abandono es una conducta calificada como delito por el Código Penal para el Distrito Federal, dentro del título de los delitos de peligro para la vida o la salud de las personas se establece en el artículo 158. “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 esté bajo su potestad, o custodia, perderán por ese sólo hecho los derechos que tenga 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”

La exposición de un menor considerada como delito, guarda cierta similitud con lo previsto por el artículo 443 fracción V, del Código Civil para el Distrito Federal, en el sentido de que en ambas figuras el menor es recogido por una institución pública o privada que lo podrá dar en adopción, y por decretarse la pérdida de los derechos inherentes a tal potestad; sin embargo, la actitud asumida en ambos casos es distinta, ya que tratándose de la exposición prevista como delito la conducta de quien tiene a su cargo al menor incapaz de valerse por sí mismo debe consistir en un abandono, es decir, colocar al menor en desamparo, si bien, ante una institución o ante cualquier otra persona, la conducta es reprochable pues se coloca en situación de peligro a un menor, cuya intención no es otra que la de incumplir con las obligaciones a cargo fijadas por la ley; y en el caso, de la entrega del menor por quienes ejercen la patria potestad al no quererse llevar a cabo tal ejercicio, se hace en forma directa a la institución misma que quedará inmediatamente a cargo del menor.

4.3. Análisis jurídico del artículo 285, fracción IV del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.

El Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, prevé en su Libro Segundo, Título Octavo, Capítulo III, en su artículo 285 que: “La patria potestad se pierde:

- I.- Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado por delito intencional a una pena de dos o más años de prisión;
- II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 131;
- III.- Cuando por las costumbres depravadas de quienes la ejerzan malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la seguridad o la salud física o

mental de los menores, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;

IV.- Por la exposición que el padre o la madre o el abuelo o la abuela hicieren de sus hijos o nietos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses, si quedaron a cargo de alguna persona; y por más de un día si al abandonarlos, los hijos no hubieren quedado a cargo de persona alguna.

Dentro de las causas previstas por el Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, para decretarse la pérdida de la patria potestad se establece en su fracción IV, la exposición y abandono de menores de edad realizado por quienes por disposición de la ley tienen a su cargo el ejercicio de dicha función; en ambos casos, como se ha visto con anterioridad se coloca en estado de desamparo a los menores de edad, quienes fisiológica y jurídicamente no han alcanzado la madurez suficiente para hacer valer sus derechos por sí, no cuentan con la posibilidad de suministrarse por ellos mismos, cuidados para su correcto crecimiento y desarrollo, situación por la que precisamente se encuentran sujetos a la patria potestad.

Es de hacer notar que la citada fracción al referir la cuestión del abandono de los menores de edad, prevé que tal circunstancia se puede dar dentro de dos supuestos: a) el primero obedece a aquel abandono que lleva a cabo quien o quienes tienen el ejercicio de la patria potestad desamparando al menor por más de seis meses, esto cuando se deja a cargo de alguna persona; y b) el segundo supuesto indica que se abandona al menor de edad por quien o quienes detentan tal ejercicio por más de un día, sin dejarlo a cargo de persona alguna; es decir, en un estado de desamparo por un plazo mayor de veinticuatro horas, sin que exista persona alguna que pueda favorecer a dicho menor a cubrir sus necesidades inmediatas.

En ese sentido, tal abandono se podrá presentar dejando al menor al cuidado de alguna persona, o se le dejará sin el cuidado de persona alguna, ambas constituyen un desamparo del menor al no proporcionársele lo que material y moralmente necesita, y que debe dar quien ejerce la patria potestad, ya sean los padres o abuelos, según sea el caso, con quienes establece un vínculo importante, que de ser positivo, representa en gran parte la base para su sano desarrollo.

Numeral que sin duda resulta más detallado en el sentido de que establece la situación genérica de abandono en que se puede colocar a un menor; ya que cualquiera que sean las circunstancias que rodeen tal acontecimiento, el abandono se dará siempre dejando o no al menor a cargo de persona alguna. En ese sentido, constituirá una situación de “desamparo mayor” la de abandonar a un menor sin dejarlo a cargo de persona alguna, ya que representa inicialmente un riesgo considerable al estar expuesto a sufrir daños en su integridad por estar desprotegido, y sin ninguna clase de cuidados por un plazo mayor a las veinticuatro horas.

Para tal efecto se ha determinado que los desamparados son: “aquellas personas que no están en condiciones de ayudarse a sí mismas sin tener en consideración la responsabilidad de la persona que esta afectada”⁴⁵, así la cualidad de los desamparados será que se encuentran imposibilitados de proveerse por sí mismos sus propios cuidados y subsistencia; en tanto, aquellos menores que se desamparan sin el cuidado de persona alguna, por un término considerable de más de veinticuatro horas, sin duda se le coloca en una situación de peligro latente.

Cabe aclarar, que como se desprende de lo manifestado en el presente capítulo, cuando al menor se le abandona sin dejarlo a cargo de persona alguna, esto puede significar, que se le deje fuera o dentro de algún sitio. Se ha establecido por algunos autores que si se le deja en un lugar público, ello obedece a una exposición de menor más que a un abandono, sin embargo, de acuerdo con lo previsto por la legislación no es así, ya que ambas figuras implican una situación de desamparo, y la diferencia, radica en si se conoce o no el origen del menor. En consecuencia, independientemente de que se deje al menor en la vía pública o en lugar diverso, en el lugar donde se encontraba originalmente o fuera de éste, puede configurarse como un abandono, si los padres o quien detente la patria potestad pretende recuperar al menor, se conocerá el origen de dicho menor, y se considerará como tal.

Así dado el caso, de abandonar a un menor sin prever o previendo que no habrá persona alguna que pueda darle lo necesario para su subsistencia, por tratarse de una situación apremiante, en mi apreciación, es correcto que el Código Civil

⁴⁵ BASILICO, Ricardo A., Op. Cit., pág. 35

aplicable en el Estado de Tlaxcala señale que de ser así, se considerará que si transcurre un término mayor a las veinticuatro horas, deba decretarse dicha pérdida, pues ello denota desinterés pleno por quien abandono al menor de edad.

Ello sin que implique confundir el citado abandono con lo que para la legislación penal es el delito de abandono de personas, delito que como hemos visto se da de manera instantánea al colocar al menor en una situación de peligro, en cuyo caso no es necesario que transcurra determinado periodo de tiempo para su configuración. Tratándose del supuesto jurídico en análisis se reflexiona que un menor que es abandonado sin dejarlo a cargo de persona alguna, por un periodo mayor a veinticuatro horas, conlleva ya un peligro latente, que si bien, dependerá mucho de cada caso en particular, en la realidad es muy probable que sufra trastornos fisiológicos debido a las circunstancias que rodean el evento, y por consiguiente en otros aspectos; por lo que la situación descrita envuelve indudablemente la posibilidad de que se causen daños, muchas veces graves y que pueden llegar a ocasionar la muerte del menor; lo que se encuentra apoyado en el punto 4.1.2.1 del presente trabajo.

El autor Ricardo González Mora reitera lo desarrollado por los especialistas que intervinieron en el punto antes indicado, al señalar que al abandonarse a un menor: “En adelante los efectos van a depender de la calidad de los primeros vínculos establecidos. Si estos han sido buenos y hay una figura sustituta es probable que el niño logre establecer buenos lazos afectivos. Si las experiencias anteriores han sido malas ello es difícil. También va a depender de la cantidad de tiempo que el niño haya sido abandonado y de la calidad de los afectos instaurados durante el abandono parental”⁴⁶; siendo entonces, que un menor abandonado, puede sufrir mayores o menores trastornos tomando en consideración el tiempo de abandono y los lazos afectivos establecidos con anterioridad, y que cada caso en particular será distinto, por lo que la temporalidad será importante.

Al respecto, es preciso aludir que si bien los trastornos fisiológicos o psíquicos que sufra un menor, dependerán de diversas circunstancias, y de un lapso

⁴⁶ GONZALEZ Mora, Ricardo, Op. Cit. pág. 75

de tiempo, ya sea un término mayor o menor a las veinticuatro horas; lo sancionable de acuerdo con la legislación civil del Estado de Tlaxcala, serán tanto las circunstancias en que se abandona al menor, a sabiendas que no estará bajo el cuidado de persona, y que el abandono en tales condiciones sea por un periodo de más de veinticuatro horas; tiempo en el que carecerá de atención alguna, que no sólo implica la posibilidad de daño, sino que además arroja una falta de vínculo afectivo hacia un menor de edad, por lo que no será una persona apta para llevar tal ejercicio.

Sin embargo, como se deriva de lo expuesto en el punto 4.1.2.1, los menores abandonados por un término de más de veinticuatro horas sin recibir atención a sus necesidades inmediatas al no estar bajo el cuidado de persona alguna, es muy probablemente que comiencen a sufrir daños al menos fisiológicos, que serán los más evidentes; por lo que abandonar a un menor en las citadas circunstancias, constituirá una situación de desamparo mayor que debe ser prevista por el legislador.

De manera que todo abandono podrá repercutir en el estado físico, psíquico, emocional y social de los menores de edad, por ser en sí misma tal conducta una agresión; pero previsiblemente el daño será mayor si se le abandona no dejándolo a cargo de persona alguna por no contar con los cuidados necesarios, y principalmente si dicho abandono sobrepasa un termino de veinticuatro horas; ya que independientemente de que un daño pueda sufrirlo incluso en un tiempo menor; para los peritos médicos existe mayor posibilidad de determinar el nexo entre el daño sufrido con la duración del abandono, si este refiere un periodo mayor a las veinticuatro horas; aunado a que se trata de un periodo de tiempo considerable para que si la persona que cometió el abandono reflexiona sobre la integridad del menor pueda acudir en su ayuda. Por lo que dicho término me parece viable para fijar tal situación de abandono.

Lo anterior, independientemente de que no todo menor se encuentre completamente imposibilitado para sobrevivir, en razón del rango de edad que tenga, ya que no será el mismo contexto en un menor recién nacido que aquél que tenga más de 7 años de edad, sin embargo, la situación de desamparo es una sola, y todo menor de edad ha sido considerado por la ley incapaz; aunado a que la patria potestad es precisamente el medio que la ley otorga con derechos y obligaciones para

que los padres puedan llevar a cabo tal función, cualquier omisión o abuso de la misma genera un incumplimiento a los fines para los que fue regulada, y de ser así, no tiene objeto su ejercicio; más aún tratándose de desatenciones graves como las que se presentan con el abandono.

4.4. Análisis jurídico del artículo 444, fracción V del Código Civil del Distrito Federal.

De conformidad con el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal:
“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 de éste Código.
- III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida;
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada;
- V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;**
- VI. Cuando el que la ejerza hubiere cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y
- VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.”

El citado artículo al señalar las distintas causas por las que se puede decretar la pérdida de la patria potestad, enuncia en su fracción V, el abandono que realizaren quienes ejercen la patria potestad por un plazo mayor de tres meses, siempre y cuando no exista motivo que justifique tal abandono.

Previo a las reformas del 09 de junio de 2004 publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del artículo en comento, dicha causal de abandono se encontraba prevista en la fracción IV, que contenía también la exposición de los menores, lo que motivaba el decretamiento de la pérdida de la patria potestad, ya sea por abandono o exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos por un plazo mayor a seis meses.

Así, los legisladores consideraron necesario modificar el término señalado para tal efecto, argumentándose que dicha reforma “Reduce el tiempo de exposición y abandono de los menores de seis meses a tres meses. Permitiendo iniciar rápidamente las acciones legales tendientes a definir su situación jurídica y su incorporación a un seno familiar, del cual reciba los satisfactores tanto afectivos como materiales para su sano desarrollo”⁴⁷, fundamento que obedece a la realidad que viven los menores expósitos o abandonados, para quienes el tiempo por el cual se encuentran en tal situación representa un perjuicio, ya que al no ser incorporados de manera pronta a una familia, los estudios hasta ahora realizados en el tema señalan que tal carencia puede implicar un mayor daño en su desarrollo, principalmente si tales menores no han tenido con anterioridad al abandono o exposición del que fueron sujetos, un buen vínculo afectivo con las personas que lo tenían bajo su cuidado, y que en la mayoría de los casos se presenta dicha circunstancia, pues por lo regular se trata de menores que ya resintieron alguna otra forma de maltrato.

Es por lo anterior, que la reducción del plazo previsto por la ley, tanto para el caso del menor expósito, como del abandonado refiere a tres meses, beneficiándose con ello a los menores de edad que se encuentran en esas circunstancias, ya que al determinarse de manera pronta la situación jurídica de éstos, conlleva a que sean integrados a un entorno favorable para su desarrollo recibiendo satisfactores emocionales y materiales; que si bien, se encuentran en instituciones públicas y privadas que contribuyen a su seguridad, no significan el total bienestar de los menores.

Por otra parte, es de hacer notar que con la citada reforma se estableció en el artículo 444 fracción V del Código Civil vigente para el Distrito Federal sólo como causa para decretar la pérdida de la patria potestad “...el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, ...”, eliminándose por completo la exposición de menores como parte de tal artículo, toda vez que como ya se ha señalado, ésta última supone aquella situación de desamparo en donde se desconoce el origen del menor, por lo que resultaba ocioso que tuviere que solicitarse la pérdida

⁴⁷ Asamblea Legislativa del distrito Federal. Gaceta de Gobierno del Distrito Federal. No. 17. 29 de abril de 2004. pág. 281

de la patria potestad en contra de personas (quienes ejercían la patria potestad) de las que no se tenía ninguna referencia. No así en el caso del abandono, donde es indispensable demandar tal pérdida, ante el hecho de que se conoce el origen del menor de edad, y se sabe en contra de quien (es) se promoverá tal litigio.

Como parte de la referida reforma el legislador instituye en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dentro del Título Séptimo “De los juicios especiales y de las vías de apremio”, un Capítulo I referente a la pérdida de la patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social, procedimiento que sólo será aplicable en los casos que refiere el artículo 444 en sus fracciones III, V, VI y VII, acción que estará a cargo del Ministerio Público o en su caso de la institución que tenga bajo su tenencia al menor de edad. Y que representa una forma ágil de tramitarse dicha acción, ya que estando los menores alejados de un entorno familiar, lo más conveniente para éstos, es que su situación jurídica se determine con mayor celeridad, evitándose específicamente en los casos citados y debido a su delicada naturaleza, la tramitación de un juicio ordinario civil.

En efecto, el legislador previó que es indispensable contar con mecanismos jurídicos que permitan afrontar con mayor celeridad los casos de los niños que se encuentran en las condiciones a que se refieren las fracciones III, V y VI del artículo 444 del Código Civil y que tratan específicamente la violencia familiar, el abandono y la comisión de delitos dolosos de los progenitores en contra de sus hijos, agregándose la fracción VII al ser aprobada la reforma; todo ello estimándose no sólo la gravedad de los hechos, sino el que los menores sean ingresados a un entorno familiar conveniente y, por lo tanto, permanezcan el menor tiempo posible en una institución.

Normatividad que resulta benéfica para los menores de edad en situación de abandono, ya que se podrán iniciar los tramites de adopción con mayor antelación, y en consecuencia, también se favorecerá a aquellas personas que hayan tomado la benevolente decisión de integrar a un menor a su familia.

Es pertinente indicar, que la temporalidad de tres meses fijados para resolver la situación jurídica de los menores expósitos se contiene en lo relativo a la adopción, establecida en el Título Décimo Quinto, Capítulo IV del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, donde habrá que exhibir la constancia oficial del tiempo de exposición; en tanto que para la adopción de menores abandonados una vez que se acredite la terminación de la patria potestad o la ejecutoria donde se haya decretado su pérdida.

En ese sentido, la pérdida de la patria potestad se dará por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses sin causa justificada, decretándose tal privación independientemente de las circunstancias que hayan rodeado al abandono, y que tal desamparo se prolongue por un término mayor del estipulado.

4.5. Propuesta de adición al Código Civil del Distrito Federal en su artículo 444, fracción V como causa de la pérdida de la patria potestad.

El contenido de la presente propuesta versa en que se adicione al artículo 444, fracción V, del Código Civil vigente para el Distrito Federal, lo previsto por el artículo 285, en su fracción IV, del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, en cuanto refiere este último que tratándose de abandono de menores de edad por quien ejerce la patria potestad, deberá considerarse si dicho abandono se realiza dejando al menor a cargo de alguna persona, o si se le abandona sin dejarlo a cargo de persona alguna, con distintas temporalidades en atención a la diferencia radical que implica en la seguridad del menor ambas situaciones.

Siendo necesario que el Código Civil vigente para el Distrito Federal en el citado artículo contemple el hecho de si el menor al ser abandonado se deja a cargo de persona alguna o no. Ya que si los legisladores en la reforma realizada el 09 de junio de 2004 al artículo 444, ahora fracción V, de este código han considerado apremiante la situación que sufren los menores abandonados al no ser integrados en forma inmediata a un entorno familiar conveniente, siendo este uno de los fundamentos para fijar la reducción del término para decretar la pérdida de la patria potestad cuando se les abandone; de igual manera, es a considerar las circunstancias

en que tal menor es abandonado, ya que de ello dependerá no sólo su sano crecimiento y desarrollo, sino su supervivencia.

Como se ha comentado, uno de los principales fundamentos de la reforma citada es el velar por aquellos menores que han sido acogidos por una institución pública o privada y que requieren ser incorporados a un núcleo familiar de manera pronta, por ser benéfico para su desarrollo físico, psíquico, emocional y social, que si bien, reciben la atención y protección que su situación amerita, como es apoyo psíquico, médico, nutricional, etc., ello no le aporta el beneficio que en todos los sentidos una familia le puede proporcionar; estableciéndose incluso para tal efecto un procedimiento especial, a fin de hacer efectiva dicha medida con mayor celeridad. Sin embargo, resulta un elemento trascendental que la ley prevea la situación inicial en que un menor puede llegar a ser abandonado, porque de ello podrá depender los daños que éste sufra e incluso la conservación de su vida; ya que al abandonarse sin el cuidado de persona alguna y dado el caso en que dicho menor no cuente con una edad en que pueda suministrarse por sí los elementos necesarios para su supervivencia, representa una situación de peligro grave, que debe ser sancionada con la pérdida del ejercicio de la patria potestad.

En tanto, para decretarse la pérdida de la patria potestad por abandono de conformidad con lo señalado por el Código Sustantivo del Distrito Federal, será sólo aquella situación injustificada de desamparo en que se coloca a un menor de edad, por quienes ejercen la patria potestad, en forma ininterrumpida por un término mayor a tres meses, lo que significa que dicha situación debe prolongarse para los efectos referidos por un plazo mayor a los tres meses, tiempo en el que el menor estará sujeto un desamparo que implique diversas circunstancias en cada caso en particular, sin que se especifique si durante ese término se dejó al menor a cargo de persona alguna o no; siendo por ello relevante determinar que cuando dicho abandono injustificado se lleve a cabo sin dejar al menor bajo el cuidado de persona alguna y éste rebase las veinticuatro horas se decrete tal pérdida, ya que incluso el término que excede las veinticuatro horas resulta viable a fin de poder delimitar el abandono sufrido a través de los elementos objetivos que arroje tal evento; siendo relevante entonces, que la ley delimite en forma genérica las dos formas que pueden darse en el momento mismo del abandono.

De ahí que es importante que el legislador sancione la forma en que se cometen tales conductas de abandono con el propósito fundamental de salvaguardar la integridad de un menor, lo que se encuentra perfectamente delimitado en el supuesto previsto por el artículo 285, fracción IV, del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, consistente en: a) que se deje a un menor bajo el cuidado de persona alguna con la completa intención de abandonarlo, y b) cuando se le abandone sin dejarlo a cargo de alguna persona.

No obstante que ambas circunstancias pueden significar cuestiones apremiantes para un menor de edad al implicar una situación de desamparo, porque el abandonar al menor injustificadamente dejándolo a cargo de alguna persona, no garantiza que este se encontrará en óptimas condiciones; sin embargo, el hecho de que se le abandone sin dejarlo a cargo de persona alguna, sin causa que lo justifique, arroja no sólo un inminente perjuicio para el menor, sino además por parte del abandonador una mayor actitud de despreocupación o falta unión afectiva hacia el menor que está abandonando; pues el dejarlo sin los cuidados necesarios que alguien más pueda suministrarle, encierra la idea inmediata que si no se le localiza a dicho menor o se le atiende a tiempo, puede ocurrir incluso su muerte, lo que es mayormente reprochable.

Por ello la situación inicial del abandono puede constituir una cuestión apremiante y delicada que debe ser prevista por la ley; misma que se visualiza a través de los diagnósticos médicos de menores abandonados que aparecen en el punto 4.1.2.1, y que determinan que se trata de menores de corta edad incapaces de proveerse por sí las necesidades inmediatas, presentando ya algunos daños en su integridad, que si bien pudieron presentarse antes o después del abandono, de ahí la importancia de la duración de dicho desamparo, pues de complicarse los daños sufridos y al no ser atendidos adecuadamente pueden verse mayormente afectados.

De manera que si el legislador se ha preocupado por reducir el término para decretar la pérdida de la patria potestad por el abandono injustificado debido a la situación que viven los menores que se encuentran ya atendidos en una institución pública o privada que los provee al menos de lo necesario, fundamentalmente lo será que se estipule si un menor al ser abandonado injustificadamente es dejado a cargo

de persona alguna; pues de no ser así, se le coloca en una situación de mayor peligro si tal desamparo se da por un término mayor a las veinticuatro horas, tiempo en que los daños sufridos o a sufrir pueden verse exacerbados, pues de ello no dependerá sólo un sano desarrollo y crecimiento, sino el que dicho desarrollo pueda darse.

En consecuencia, el decretar la pérdida de la patria potestad cuando se abandone injustificadamente a un menor de edad, sin dejarlo a cargo de persona alguna, por un lapso de tiempo que rebase las veinticuatro horas, tal medida sería en su beneficio, al constituir esta una actitud de desatención grave del titular de dicha función; pues como se ha podido observar el menor abandonado sufre daños de diversa índole ante dicho acontecimiento; que puede significar una situación de riesgo grave al ponerse en peligro su integridad por no estar bajo el cuidado de persona alguna, y encontrarse el menor imposibilitado de procurarse a sí mismo los debidos cuidados; lo que constituye una desatención de cuidados grave, que indica que quien tenga a su cargo tal función no la cumplirá como es debido, o en su caso, esa actitud señala que se niega a cumplirla.

Como se ha visto, la conducta de abandono por sí misma produce daños en los menores de edad, al no contar éstos con los elementos suficientes para asimilar tal situación, ya sea material o psíquicamente; entonces, mayor puede ser el daño que se produzca cuando tal abandono se haga sin dejarlo a cargo de alguna persona que pueda darle los cuidados que requiera y cumplir con sus necesidades inmediatas; y si esto constituye la base de la función jurídica de la patria potestad es dable que se decrete tal pérdida no sólo en el caso de que hayan transcurrido los tres meses de la fecha en que al menor se le colocó en una situación de desamparo, sin causa que justifique tal hecho; sino considerando que si se le abandona sin dejarlo a cargo de persona alguna dicho término pudiere rebasar la integridad del menor de edad. Puede señalarse entonces que hay situaciones mayores de riesgo; por lo que si la persona que detenta el ejercicio de la patria potestad, (no habiendo causa que justifique tal abandono) no reflexiona que el abandonar a un menor sin dejarlo a cargo de alguna persona por un lapso de tiempo mayor a veinticuatro horas, sin que el niño tenga la posibilidad de allegarse de los elementos básicos para su supervivencia, no únicamente esta irrumpiendo sus obligaciones, sino que lo coloca intencionalmente en una situación de peligro mayor.

Así, tal adición al artículo de mérito, provocaría que en el caso específico de abandono se fijara por el legislador en forma por demás importante, si dicho abandono injustificado se realiza dejando al menor en circunstancias tales que puedan significar para él contar con los elementos mínimos de supervivencia y que van a estar reflejados primordialmente si se encuentra, aunque en calidad de abandonado, pero bajo el cuidado de alguna persona que le pueda brindar protección. Aunado a la cuestión de la temporalidad, ya que el lapso de tiempo en que los menores se encuentran en tal situación de abandono es vital, pues de ello dependerá muchas veces su vida e integridad, principalmente si se abandonan por un plazo mayor a las veinticuatro horas, sin recibir ningún tipo de atención; ya que cualquier daño que sufran se agravará en una temporalidad mayor a la señalada, asimismo hablando de la cuestión psíquica un periodo de tiempo considerable en que el menor resienta la falta de afecto o contacto puede llegar a impedirle continuar con su desarrollo normal. Por ello se afirma que “el abandono amenaza la supervivencia física y psicológica”⁴⁸.

Tomando en consideración que se ha establecido que “La separación de un niño de su familia de origen es una medida tan grave que sólo puede ser tomada si por inaptitud e irresponsabilidad de los padres comprometen la salud, la moral o el estado psicológico del niño. Una separación definitiva sólo está justificada por la regla del interés superior del niño”⁴⁹; en tanto, cuando intencionalmente se abandona a un menor por un término mayor de veinticuatro horas; a sabiendas de que no está bajo el cuidado de alguien más, y que es incapaz para proveerse por sí mismo su subsistencia, dicha actitud arroja una indiferencia total hacia la vida y el bienestar de dicho menor, por lo que tal actitud es reprochable, pues no se cumple con la función de la patria potestad, y constituye una causa suficiente para decretarse su pérdida. Por lo que la propuesta de adición al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal quedaría de la siguiente manera: **“La patria potestad se pierde por resolución judicial:... V. Por el abandono que el padre o la madre hicieron de los hijos sin causa justificada; por más de tres meses, si quedaron a cargo de alguna persona; y por más de un día si al abandonarlos, los hijos no hubieren quedado a cargo de persona alguna”**.

⁴⁸ Ibidem, pág. 60

⁴⁹ KEMELMAJER de Carlucci, Aida. Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia. 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, pág. 79.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La patria potestad es aquella función jurídica de interés público, por la cual la ley otorga derechos a los padres o a quienes conforme a la ley les corresponda tal ejercicio, respecto de la persona y bienes de los menores de edad no emancipados, para el cumplimiento de las obligaciones y deberes a su cargo encaminadas principalmente para la protección y formación integral de éstos, ya que mediante los derechos que les son conferidos por la legislación a quienes la ejercen, podrán cumplir sus obligaciones, en tanto, serán derechos que no se ejercen para la satisfacción del titular en forma potestativa, sino a favor de una tercera persona que será el menor de edad, velando ante todo por el interés superior de éste.

SEGUNDA. Como consecuencia de irregularidades en el ejercicio de la patria potestad, así como por hechos o acontecimientos que se susciten e impidan su debido ejercicio, la ley ha previsto que tal función jurídica se acaba, se excusa, se suspende, se limita, y se pierde, por las diversas causas previstas por la ley; siendo que en los dos primeros casos se dan por terminados plenamente los efectos que conlleva tal ejercicio; en cuanto a la suspensión los efectos del ejercicio se ven interrumpidos sólo en forma temporal hasta en tanto no se elimine la causa que dio lugar a la misma; por la limitación se verán restringidos sólo los derechos, persistiendo las obligaciones; y tratándose de la pérdida, terminan completamente los efectos en cuanto a los derechos, pero subsisten las obligaciones.

TERCERA. La patria potestad constituye una función jurídica de interés público, por tanto, su titularidad resulta irrenunciable, sin embargo, la causa prevista por el artículo 443 fracción V, como forma de acabar el ejercicio de la patria potestad consistente en entregar por quienes ejercen la patria potestad al menor de edad a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción conforme a lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles, puede apreciarse como una forma de renuncia del ejercicio de la patria potestad.

CUARTA. De lo previsto en el Libro Primero, Título Octavo, Capítulo III, del Código Civil para el Distrito Federal, en que se establece la pérdida, suspensión,

limitación y terminación de la patria potestad; sólo tratándose de los casos señalados en el artículo 443, fracciones IV y V, como causas por las que acaba la patria potestad, en ambos casos, no sólo se dan por terminados los efectos de función jurídica, es decir, los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio; sino que también se extingue la relación paterno-filial con motivo del acto jurídico de la adopción plena.

QUINTA. De conformidad con el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, mediante el cual se decreta la pérdida de la patria potestad, por diversas causas consideradas como graves por el legislador, se dan por terminados los efectos de la patria potestad sólo por lo que respecta a los derechos, no así de las obligaciones, las cuales siguen a cargo de la persona a la que se le priva de tal ejercicio, previéndose la recuperación de tal función únicamente cuando se haya decretado la pérdida de la misma, por lo establecido en el artículo 444, fracción IV, que es en el caso de incumplimiento de la obligación alimentaría por más de tres meses.

SEXTA. Se puede considerar al maltrato infantil toda aquella acción u omisión respecto del ser humano concebido o nacido, hasta en tanto no tenga la mayoría de edad, que signifique un daño, ya sea en su estado físico, mental o emocional, por parte de cualquier persona física, institución o de la sociedad misma constreñida a procurar un bienestar a los menores de edad. En consecuencia, el abandono de menores constituye una forma de maltrato, que se da a través del desamparo en que se coloca a un menor de edad, y mediante el cual se le causan daños en su estado físico, mental o emocional, afectando su desarrollo e integridad.

SEPTIMA. Para el efecto de decretar la pérdida de la patria potestad por abandono de menores de edad, según el Código Civil del Distrito Federal, se configura al colocar injustificadamente quienes detentan tal ejercicio, al menor de edad en situación de desamparo, por un término mayor de tres meses, sin importar las circunstancias en que tal abandono se haya cometido. Que a diferencia del delito de abandono de personas previsto por el Código Penal del Distrito Federal será aquella conducta mediante la cual de manera intencional se coloca en situación de peligro a un incapaz (considerándose a cualquier persona incapaz de proveerse por sí

misma su subsistencia), consumándose en forma instantánea sin importar el periodo de tiempo que medie en el abandono, siempre y cuando no resultare de la condición de peligro intencional en que se coloca alguna lesión o la muerte del incapaz.

OCTAVA. Tanto la exposición de menores de edad como el abandono de éstos constituyen situaciones de desamparo, dándose la primera cuando se desconozca el origen del menor, y se considerará abandono cuando se conoce la identidad de dicho menor de edad. Así el artículo 444, fracción V, del Código Civil vigente para el Distrito Federal, eliminó como causa para decretar la pérdida de la patria potestad la exposición de menores, ya que si la exposición de un menor se caracteriza precisamente porque se desconoce el origen de éste, era infructuoso tramitar un juicio de pérdida de la patria potestad, cuando se desconocía a los titulares de tal ejercicio.

NOVENA. Debe adicionarse al artículo 444, fracción V del Código Civil del Distrito Federal, lo previsto por el Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, en su artículo 285 fracción IV, que establece dos supuestos en el caso de abandono de menores de edad, ya sea porque los dejen abandonados por más de seis meses, si quedaron a cargo de alguna persona, y por más de un día si al abandonarlos, los hijos no hubieren quedado a cargo de persona alguna; hipótesis en donde se relaciona la temporalidad del abandono con las circunstancias que rodean tal suceso, y que constituyen elementos relevantes pues tratándose del último supuesto, se pone al menor de edad en un estado de peligro mayor para su integridad, dado el desamparo grave en que se le coloca, ya que ello puede ser causa no sólo de afecciones en su estado físico o psíquico, sino incluso de su muerte; aunado a que arroja una indiferencia total hacia la vida y el bienestar de dicho menor, por parte de quienes ejercen la patria potestad, por lo que tal actitud reprochable es causa suficiente para decretar su pérdida; en el entendido de que se trata de menores calificados por la ley como incapaces y que por tal motivo requieren de cuidados y protección para su sano desarrollo.

DECIMA. Si quien o quienes ejercen la patria potestad abandonan a un menor de edad injustificadamente sin dejarlo a cargo de persona alguna, por un plazo mayor de veinticuatro horas; se configura un grave y total incumplimiento a la satisfacción

de las obligaciones integrantes de la patria potestad, con lo que se anula por completo la finalidad que se persigue con dicha función jurídica, y que se encuentra enfocada primordialmente a procurar la seguridad y bienestar integral del menor; en consecuencia, el decretamiento de su pérdida en dicho caso se encontrará legalmente fundado y motivado, porque tal abandono será determinable objetivamente al transcurrir más de veinticuatro horas de acontecido el mismo en las circunstancias citadas; además de que revela un total desinterés por el bienestar integral del menor de edad por parte de quienes ejercen la patria potestad. Con lo que se daría cumplimiento al principio consistente en que ante cualquier interés se antepone “el interés superior del niño”.

BIBLIOGRAFIA

1. AMBROISE, Colín y Henry Capitant. Derecho Civil. Introducción. Personas. Estado Civil, Incapaces. Volumen 1. Colección Grandes Maestros de Derecho Civil. Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.
2. AZAOLA, Elena. Violencia Intrafamiliar y Maltrato Infantil. 1ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2003.
3. BAQUEIRO Rojas Edgard y Rosalía Buenrostro. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Oxford, University Press, México, 2001.
4. BASILICO Ricardo A. Abandono de Personas. Editorial Mave, Argentina, 2002.
5. BOSSERT Gustavo y Eduardo A. Zannoni. Manual de Derecho de Familia. 3 ed. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 1993.
6. CARDOCHE, Sara Noemí. Violencia Familiar. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 2002.
7. CHAVEZ Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 6ª ed. Editorial Porrúa, México, 2001.
8. II Congreso Nacional sobre Maltrato Infantil. Memoria. DIF. UNICEF. PGR. CNDH. PGJDF. SEP, México, 1988.
9. COUTO Ricardo. Derecho Civil. Personas. Colección Grandes Maestros del Derecho Civil. Serie Personas y Bienes. Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.
10. D ANTONIO Daniel H. y Méndez Costa María J. Derecho de Familia .Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.
11. DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción- Personas-Familia. Volumen I. 21 ed. Editorial Porrúa, México, 2000.
12. DOMINGUEZ Martínez, Jorge A. Derecho Civil. Parte General. Cosas Negocio Jurídico e Invalidez. 6 ed. Editorial Porrúa, México, 1998.
13. FLORIS Margadant, Guillermo. Derecho Romano. El Derecho Privado Romano. 20 ed. Editorial Esfinge, S. A. de C. V., Naucalpan, Estado de México, 1994.
14. FONTANA, Vincent J. En Defensa del Niño Maltratado. 1 ed. Editorial Pax-México, Librería Carlos Césarman, S. A., México, 1979.
15. GALINDO Garfías, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 21 ed. Editorial Porrúa, México, 2002.

16. GOMEZ DE TERREROS, Ignacio. Los profesionales de la salud ante el maltrato infantil. 2 ed. Editorial Camares S. L. Granada, 1997.
17. GONZALEZ Mora, Ricardo. Abandono y Adopción de Menores de Edad. Antología. 1 ed. Poder Judicial, Escuela Judicial. Costa Rica, 1999.
18. GONZALEZ de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. 35 ed. Editorial Porrúa, México, 2004.
19. GÜITRON Fuentesvilla, Julián. ¿Qué es el derecho familiar?. Segundo Volumen. 3ª ed. Promociones Jurídicas y Culturales, S. C., México, 1987.
20. GÜITRON Fuentesvilla, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar?. 1ª ed. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S. C., México 1992.
21. GÜITRON Fuentesvilla, Julián. Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos. 1 ed. Editorial Porrúa, México, 2004.
22. GUTIERREZ y González, Ernesto. Derecho Civil para la Familia. 1ª ed. Editorial Porrúa, México, 2004.
23. IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia. 7ª ed. Editorial Porrúa, México, 2001.
24. JIMENEZ García, Joel Francisco. Derechos de los Niños. Cámara de Diputados, LVIII Legislatura-UNAM, México, 2001.
25. KEMELMAJER de Carlucci, Aida. Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia. 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001.
26. LOPEZ del Carril Julio J. Patria Potestad, Tutela y Curatela. 1 ed. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.
27. MARCEL Planiol-Georges Ripert. Derecho Civil. Volumen 8. Editorial Oxford University Press, México, 2001.
28. MATA Pizaña, Felipe de la. Derecho Familiar y sus Reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal. 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 2005.
29. MOLINA Arrubia, Carlos M. Delitos contra la Vida y la Integridad Personal. 1 ed. Editorial DIKE, Biblioteca Jurídica, Medellín Colombia, 1995.
30. MONTERO Duhualt, Sara. Derecho de Familia. 5 ed. Editorial Porrúa, S. A., México, 1993.
31. OSORIO Y NIETO, César Augusto. El niño maltratado. 4 reimp. Editorial Trillas, México, 1992.

32. PEREIRA de Gómez, María Nieves. El Niño Abandonado. 4 reimp. Editorial Trillas, México, 1997.
33. PEREZ Duarte, Alicia. Derecho de Familia. 1ª ed. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
34. PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 18ª ed. Editorial Porrúa, México, 2002.
35. QUINTANA García, Miguel A.. Lecciones de Derecho Familiar. 1 ed. Editorial Cárdenas, Editor Distribuidor, México, 2003.
36. RODRIGUEZ Torrente, Jesús. El Menor y la Familia: Conflictos e Implicaciones. Nueva Serie 3. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, Madrid, 1998.
37. ROJINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia
Editorial Porrúa, México, 1998.
38. SOTO Álvarez, Clemente. Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. Curso Gráfico. 3 ed. Editorial Limusa, Noriega Editores, México, 2002.
39. TAPIA Ramírez Javier. Introducción al Derecho Civil. 1 ed. Editorial McGraw-Hill, México, 2002.
40. TREJO Martínez, Adriana. Prevención de la Violencia Intrafamiliar. Editorial Porrúa, México, 2001.
41. ZAMORA Jiménez, Arturo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 1 ed. Ángel Editor, México, 2000.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1. ALVAREZ de Lara, Rosa Ma. e Ingrid Brena Sesma. Diccionario de Derecho Civil y de Familia. Editorial Porrúa-UNAM, México, 2004.
2. C. D. Compendio de Términos Jurídicos Relacionados . THESAURUS JURIDICO MILENIUM 2000.
3. DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. 30 ed. Editorial Porrúa, México, 2001.
4. Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo XII. 1ed. Editorial Porrúa, UNAM, México, 2002.
5. ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense. Editorial Miguel Ángel Porrúa, UNAM, Instituto de

Investigaciones Jurídicas UNAM, Parlamentarios Eduardo Neri LV Legislatura, 1998.

6. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. 7 ed. Editorial Porrúa, UNAM, México, 1994.

CODIGOS Y LEYES A CONSULTAR

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Editorial Sista, S. A. de C. V., agosto 2001.

2. Ley Para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. 1ª ed. Editorial GOVENI, S. A. de C. V., México, 2000.

3. Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal
Editorial Sista, México, enero 2006.

4. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala
Periódico Oficial del Gobierno del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala de diciembre de 2003 (Instituto de Especialización Judicial del Estado de Tlaxcala)

5. Código Civil para el Distrito Federal
Editorial Sista, México, enero 2006.

6. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
Editorial Sista, México, enero 2006.

7. Código Penal para el Distrito Federal. 12 ed.
Ediciones fiscales ISEF, S. A., México, enero de 2005.

8. Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal, No. 17
Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 29 de abril de 2004

OTROS

1. BOLAYNAS Sánchez, Elsy. El interés de la sociedad en el debido desempeño de la patria potestad. Revista de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, México, diciembre, 1994.

2. BRENA Sesma, Ingrid. Patria Potestad y Tutela.
Anuario Jurídico, Nueva Serie, 1997.

3. GALINDO Garfías, Ignacio. Revista de Derecho Privado. Año 7, Número 19.
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, Enero-Abril, 1996.

4. www.unicef.org/méxico/derechos/index.html

5. [http:// 148.245.185.189/cainm/definiciónmaltrato.htm](http://148.245.185.189/cainm/definiciónmaltrato.htm)

6. www.ssp.df.gob.mx/cs/vernoticia.