



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
CIUDAD UNIVERSITARIA**

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**“PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE
PATRIA POTESTAD.”**

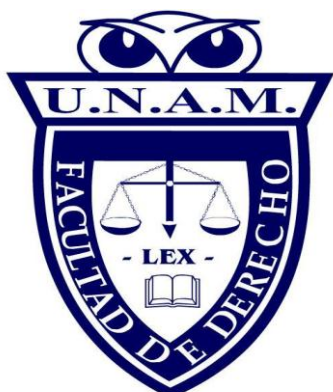
T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL
TÍTULO DE LICENCIADO EN
DERECHO.

P R E S E N T A:

MIGUEL ÁNGEL FELIPE ÁLVAREZ HERNÁNDEZ

**ASESORA: MTRA. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA
PÉREZ.**



MÉXICO, D. F.

2014.



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV96/2014
ASUNTO: Aprobación de Tesis.

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, U.N.A.M.,
P R E S E N T E.

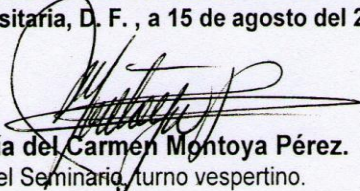
El alumno, **ÁLVAREZ HERNÁNDEZ MIGUEL ÁNGEL FELIPE**, quien tiene el número de cuenta **094570269**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad de la suscrita, **Mtra. María del Carmen Montoya Pérez**, la tesis denominada **"PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD"**, y que consta de **200** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 15 de agosto del 2014.


Mtra. María del Carmen Montoya Pérez.
Directora del Seminario, turno vespertino.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, JESÚS, MARÍA DE GUADALUPE Y AL ESPÍRITU SANTO

Por ser mis creadores y guías al concederme la vida, la gracia y misericordia por darme la oportunidad de vivir, y fe para creer en mí para llegar a éste momento importante en mi camino.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

A la maravillosa Institución que me dio la oportunidad de ser mi casa y por los grandes beneficios obtenidos en especial el Título Profesional, ahora mi obligación es honrarla y poner muy en alto su nombre.

AL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

Por darme la oportunidad de realizar el presente trabajo bajo sus lineamientos y supervisión y por el apoyo recibido.

A MI ASESORA DE TESIS

A la Mtra. María del Carmen Montoya Pérez por su apoyo incondicional para dirigir mi tesis, asesorarme, orientarme, supervisarme y por compartir su experiencia al otorgarme su conocimiento para la elaboración y culminación de la misma. ¡Gracias!

**A LA MTRA ANA IMELDA
CAMPUZANO REYES CONTRALORA
GENERAL DE LA ASAMBLEA
LEGISLATIVA DEL DISTRITO
FEDERAL**

Por darme la oportunidad de colaborar en su equipo de trabajo y por brindarme su apoyo para facilitarme el trámite de mi titulación. Pero sobre todo por desprenderse de esa sensibilidad de humanidad que le caracteriza para que hoy me realizara profesionalmente. ¡Gracias!

DEDICATORIAS

A MIS PADRES JUANA Y FELIPE (†)

Gracias por otorgarme el regalo más valioso: La Vida, el tesoro más valioso que puede darse a un hijo.

A MI ESPOSA

Lidia, por ser mi fiel compañera, honrarme con su amistad, por haber creído en mí, y tener su comprensión para llegar a éste momento de mi titulación. ¡Gracias!.

A MIS ABUELOS SOCORRO Y ANTONIO (†)

Porque gracias a ustedes tengo unos maravillosos padres y con su sabiduría, apoyo, cariño han sabido guiarme por el camino de la vida.

**A TODOS MIS MAESTROS DE LA
FACULTAD DE DERECHO**

Por su apoyo incondicional para darme la luz al conocimiento através de sus experiencias en el orbe del litigio, con sus enseñanzas y la

excelencia de la cátedra para formarme profesionalmente desinteresadamente.

A MIS GRANDES AMIGOS DE LA FACULTAD DE DERECHO.

Por su amistad incondicional pero sobre todo por sus consejos, el apoyo obtenido durante nuestra estancia en la facultad, por su paciencia, así como los maravillosos momentos que vivimos, en especial a Hugo Valencia, Efraín Felipe, Antonio Herrera, Enedino Acosta y Armando Hernández.

A MI FAMILIA (TÍOS Y PRIMOS)

Por su confianza, consejos y cariño, en especial a Juana López, Maura Olivo, Marcos Olivo y Concepción Ponce; porque creyeron en mí y depositaron su confianza y siempre me alentaron a seguir adelante.

A LA LIC. NORMA PATRICIA CONTRERAS PIEDRAGIL

Gracias por creer en mí por su apoyo y sus consejos, mismos que contribuyeron para que el presente trabajo llegara a su conclusión.

A TODAS Y CADA UNA DE AQUELLAS PERSONAS

Que de alguna manera fueron consuelo de aliento, preocupación en la realización de ésta tesis, en especial a Víctor Manuel Rangel Leyva, y aquellas personas que no menciono pero que saben de alguna manera que contribuyeron a la realización de ésta tesis.

A todos y cada uno de ustedes muchas gracias.

Propuesta de Reforma al Código Civil para el Distrito Federal en Materia de Patria Potestad

Introducción

I

Capítulo Primero

Antecedentes de la patria potestad.

1.1 Derecho Romano	1
1.1.1 Concepto de patria potestad.	2
1.1.2 Evolución de la patria potestad.	5
1.1.3 El aspecto personal del hijo en la patria potestad.	6
1.1.4 El aspecto patrimonial del hijo en la patria potestad.	7
1.1.5 <i>Acciones adiectile qualitatis</i> .	10
1.1.6 Formas de terminación de la patria potestad.	11
1.2 La patria potestad en la Edad Media.	12
1.3 Francia	14
1.3.1 Evolución de la patria potestad.	14
1.3.2 Concepto de patria potestad.	15
1.3.3 La representación del menor en la patria potestad.	16
1.3.4 Derechos y obligaciones en la patria potestad.	17
1.4 España	17
1.4.1 Evolución de la patria potestad.	17
1.4.2 Concepto de patria potestad.	18
1.4.3 La patria potestad respecto de la persona del menor.	18
1.4.4 Efectos de la patria potestad respecto de los bienes del menor.	19
1.4.5 Formas de acabarse la patria potestad.	20
1.5 México	22
1.5.1 La evolución de la patria potestad.	22
1.5.1.1 Derecho Prehispánico.	23
1.5.1.2 Época Colonial.	27
1.5.1.2.1 Las 7 Partidas.	27
1.5.1.2.2 Leyes de Toro.	29
1.5.1.2.3 El Fuero Juzgo.	30
1.6 El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, del 13 de diciembre de 1870.	32
1.6.1 Concepto de patria potestad.	32
1.6.2 Evolución de la patria potestad.	33
1.6.3 Análisis de los preceptos legales que regulaban la patria potestad.	33
1.7 El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de	36

1884.		
	1.7.1 Concepto de patria potestad.	37
	1.7.2 Evolución de la patria potestad.	38
1.8	Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917.	39
	1.8.1 Concepto de patria potestad.	40
	1.8.2 Evolución de la patria potestad.	41
	1.8.3 Análisis de los preceptos legales que regulaban la patria potestad.	42
1.9	El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal de 1928.	43
	1.9.1 Concepto de patria potestad.	44
	1.9.2 Evolución de la patria potestad.	44
	1.9.3 Análisis de los preceptos legales que regularon la patria potestad.	45
	1.9.4 Formas de terminarse la patria potestad.	48

Capítulo Segundo

Análisis de la patria potestad en el Código Civil para el Distrito Federal.

2.1	Concepto de patria potestad.	50
2.2	Características de la patria potestad.	53
2.3	Sujetos activos y pasivos que intervienen en el ejercicio de la patria potestad.	56
2.4	Consecuencias jurídicas en el ejercicio de la patria potestad.	59
	2.4.1 Derechos y obligaciones de los menores sujetos a la patria potestad.	61
	2.4.2 Respecto a la persona de los menores.	93
	2.4.3 De los efectos de la patria potestad en relación a los bienes del menor.	96
	2.4.4 Obligaciones de quienes ejercen la patria potestad respecto de la administración de los bienes de los menores.	116
	2.4.5 Abstenerse de actuar cuando exista conflicto de intereses.	117
	2.4.6 Obligación de rendir cuentas.	118
	2.4.7 Obligación de responder por los hechos ilícitos de los menores.	118

Capítulo Tercero

Derecho comparado en relación a las causales de pérdida de la patria potestad con otros países.

3.1 España.	122
3.1.1 Sentencia fundada en incumplimiento de deberes inherentes a la misma.	126
3.1.2 Sentencia dictada en causa criminal.	128
3.1.3 Sentencia dictada en causa matrimonial.	131
3.2 Francia.	135
3.3 Italia.	141
3.4 Alemania.	142
3.5 Argentina.	143
3.6 Chile.	149

Capítulo Cuarto

Propuesta de regulación en materia de la patria potestad.

4.1 Terminación de la patria potestad.	153
4.2 Pérdida de la patria potestad.	157
4.3 Propuesta en el ámbito legislativo.	186
4.4 Limitaciones de la patria potestad.	188
4.5 Suspensión de la patria potestad.	189
4.6 Excusa de la patria potestad.	191
Conclusiones.	193
Bibliografía.	196

Introducción

El término jurídico de la patria potestad proviene del latín *patria potestas* y consiste en el poder de los padres o ascendientes sobre sus hijos o descendientes. Antiguamente la patria potestad se entendía como una facultad concedida al padre sobre los hijos sometidos a él, a quienes debía protección.

El origen del término nos remite al Derecho Romano, base de nuestro sistema jurídico, en donde existía un poder absoluto y exclusivo del padre (*pater familiae*) sobre los hijos.

La presente investigación consta de cuatro capítulos, en el primero se analizan los antecedentes de la patria potestad, empezando por el Derecho Romano, La Edad Media, países como Francia y España, analizando el concepto de dicha figura jurídica en cada época así como su evolución jurídica.

En este capítulo se estudian los antecedentes en México desde el Derecho Prehispánico, seguido de la Época Colonial, Las 7 Partidas, las Leyes de Toro y el Fuero Juzgo.

Continuando con el análisis del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, del 13 de diciembre de 1870, el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884, la Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917 y el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal de 1928.

En el segundo capítulo, denominado “Análisis de la Patria Potestad en el Código Civil para el Distrito Federal”, se hace referencia al concepto expuesto por varios autores de la doctrina especializada, se señalan distintos criterios propuestos por diversos juristas respecto de las características de la patria potestad por un cargo de interés público, irrenunciable, intransferible, imprescriptible, temporal y excusable, se menciona a los sujetos que intervienen en ésta así como sus consecuencias jurídicas, entre las que tenemos los derechos y obligaciones de los menores, las obligaciones de los padres y los efectos de la patria potestad en relación a los bienes del menor.

En el tercer capítulo se realiza un estudio de cada una de las disposiciones jurídicas que regulan pérdida de la patria potestad en relación a las causales de privación de la misma con respecto a los progenitores que la ejercen, a través de un estudio comparado en relación a las causales de privación de la patria en los países de España, Francia, Italia, Alemania, Argentina y Chile, al señalar sus diferencias en lo que ha sido el factor determinante y que ha motivado a evidenciar los aciertos o desaciertos al momento de tutelar el interés superior del menor por los sistemas jurídicos adoptados por esos países.

En el cuarto y último capítulo, se realiza un análisis jurídico del concepto de terminación y pérdida de la patria potestad propuestos por la doctrina especializada, así como la diferencia entre una y otra.

Se realiza un estudio jurídico de las fracciones que integran el precepto legal 444 del Código Civil para el Distrito Federal, referente a la pérdida de patria potestad, en donde se propone la modificación de dicha norma jurídica.

Y finalmente, se realiza un análisis jurídico de las hipótesis normativas de los artículos 444 Bis, 447, 448 que regulan la limitación, suspensión y la excusa de la institución de la patria potestad.

PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD

Capítulo Primero

Antecedentes de la patria potestad.

Planteamiento general.

Este primer capítulo de investigación inicia con un estudio de los antecedentes históricos de la patria potestad en el antiguo Derecho Romano, Francia, España, México (derecho prehispánico y colonial). En el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California del 13 de diciembre de 1870, Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California del 31 de marzo de 1884, y de la Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, así como del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal del 30 de agosto de 1928, de los cuales se realiza un análisis del concepto de patria potestad, la evolución de los elementos personales y patrimoniales, y las formas de su terminación.

1.1 Derecho Romano.

Los autores J. Arias Ramos y J. A. Arias Bonet en su obra de Derecho Romano, han puntualizado que “en Roma el ejercicio del poder y el mando del padre de familia se vio influido por la estructura militar y la organización del Estado de aquella época, por lo que los romanos contemplaron a esta figura jurídica en la institución del derecho civil, por virtud del cual se le confirió al progenitor un poder riguroso y absoluto sobre sus descendientes, para castigar, vender, abandonar y poder matar a sus hijos”.¹

Por lo que se analiza, que en la antigua Roma se había establecido la rigidez del poder conferido a quien tenía el ejercicio de la patria potestad sobre los

¹ Arias Ramos, J. y Arias Ramos Bonet J., *Derecho Romano*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 741.

hijos, porque en esa época lo que imperaba era gobernar de manera despótica y se influenciaba por la instrucción que se daba en los ejércitos y en el mismo imperio romano, pues la figura jurídica de la patria potestad se estableció en el derecho civil ya que éste era único y exclusivo de los romanos, al otorgarle al padre de familia el poder absoluto sobre sus hijos para venderlos, matarlos, abandonarles y dirigir su propia vida aún cuando cumplieran la mayoría de edad.

Se ha señalado que el poder del padre de familia se caracterizaba porque no se modificaba por la edad ni por el matrimonio de los hijos, la autoridad era exclusiva del padre de familia y de ningún otro familiar, se le otorgaba la administración respecto de los bienes del hijo, con excepción del peculio castrense, los bienes adquiridos por el menor le pertenecían al jefe de familia, por lo que únicamente existía un patrimonio familiar.²

El poder del padre de familia se extralimitaba más allá de la persona de los hijos, ese ejercicio de la patria potestad se dirigía también a aquellos hijos que estaban casados o se habían emancipado, y la administración de los bienes pertenecían a éste a excepción del peculio castrense, y de allí en fuera parece ser que más bien los bienes le pertenecían en propiedad, pues contaba con las facultades para venderlos.

1.1.1 Concepto de patria potestad.

La obra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Temas Selectos de Patria de Potestad, Derecho Familiar ha citado a Raúl Lozano Ramírez, en su libro Derecho Civil Familiar, el cual ha señalado que: “*Patria proviene del latín patrius, patria, patrium*, se refieren al padre, y *potestas*, que significa potestad”.³

Se ha definido a esta institución de la patria potestad como: “la autoridad que el *pater familias* (padre de familia) ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos

² Bravo González, Agustín, y Bravo Valdés, Beatriz, *Primer Curso de Derecho Romano*, Décimo Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2006, p.140.

³ *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad, Derecho Familiar*, Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010, p.9.

sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños arrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados”.⁴

De esa definición se evidencia que el ejercicio de la patria potestad no era únicamente para los hijos sujetos a ésta, sino esa autoridad se extendía a las personas extrañas, arrogados o adoptados, así como a los hijos naturales.

Por otro lado, encontramos que Justiniano hizo referencia en las Institutas a la patria potestad, al señalar que “el derecho de potestad que tenían los ciudadanos romanos sobre sus hijos se consideraba propia de éstos; porque no existió otro pueblo que desarrollara sobre sus hijos una potestad como la que ellos regularon y que sus hijos se encontraban bajo dicha potestad, ya que éstos fueron procreados en justas nupcias”.⁵

Se llamó *pater familias* “a aquel que tiene señorío en su casa, y se le designa correctamente con este nombre aunque no tenga hijos, pues el término no es sólo de relación personal sino de posición de derecho”.⁶

En esa conceptualización encontramos que en la figura jurídica de la patria potestad se emplea un término de pertenencia y preferencia ya que únicamente los romanos eran a quienes se les aplicaba el Derecho Civil, y el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos procreados en el matrimonio.

Con respecto al concepto de patria potestad se ha puntualizado que: la patria potestad deriva de las palabras “*Pater potestas*”, que en el Derecho Romano “era la potestad del padre sobre todos los descendientes incapaces por cualquier causa, y siempre sobre las mujeres mientras no contrajeran “justas nupcias”, y sobre la esposa”.⁷

De éste concepto se deja en claro que el ejercicio de la patria potestad realizado por el padre de familia sobre los que se encontraban sometidos a su familia, como menciona aquí éste autor señala a los incapaces, no acentúa si se refiere a los menores de edad o porque no podían tener capacidad de ejercicio, sin

⁴ Arias Ramos, J. y Arias Ramos Bonet J., *Derecho Romano, Op. Cit.*, p. 740.

⁵ Cfr. Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz, *Primer curso de Derecho Romano, Op. Cit.*, p.143.

⁶ Cfr. *Ibidem*, p.140.

⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, Editorial Porrúa, México, 2004, p.430.

embargo, como se ha señalado aún los hijos mayores y casados se encontraban sujetos al poder del padre de familia en el Derecho Romano.

Al respecto se ha señalado que en “la *patria potestas* era el nombre que se le daba al poder que ejercía el padre sobre sus hijos y descendientes de ulterior grado”.⁸

Se ha puntualizado que “el *pater familias* se encuentra investido de un conjunto de poderes y de derechos en el ejercicio de esa autoridad, que es la patria potestad”.⁹

Por lo tanto, podemos afirmar que la patria potestad ejercida por el padre de familia en la época del Derecho Romano se caracterizaba por ser inherente al dominio y poder que se tenía sobre los hijos, e hijos de éstos, sus bienes y ese poder se extralimitaba con respecto al matrimonio de éstos y de sus familias.

Las definiciones anteriores señaladas por la doctrina respecto de la figura jurídica de la patria potestad, nos dan a conocer realmente como fue ejercida ésta durante la época del Imperio Romano, por lo que podemos decir que únicamente el padre de familia podía ejercerla, y su actuar se consideraba en ciertas ocasiones inhumano y humillante, pues quien se encontraba bajo esta autoridad era tratado despóticamente, se le comparaba a una cosa, se le rechazaba, y podía ser vendido, así como de disolver su matrimonio o incluso hasta matarlo.

La evolución de este concepto desde sus orígenes en el Derecho Romano, surgió como una limitante en beneficio o perjuicio de quienes se encontraban sujetos a la patria potestad del padre de familia adquiriendo una mayor relevancia por sus alcances, como lo es que varias naciones adoptaron el sistema jurídico del Derecho Romano, como ejemplo nuestro país. El cual se ha caracterizado como un modelo a seguir dentro del sistema jurídico de algunas naciones, por lo que los retrocesos se han ido quedando en eso nada más, en un retroceso; pues se debe evolucionar en las relaciones familiares en beneficio del interés superior del menor y de la familia, comprometiéndose arduamente con la institución de la patria potestad.

⁸ Rico Álvarez. et al., *Derecho de familia*, Editorial Porrúa, Escuela Libre de Derecho, México, 2011, p.413.

⁹ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil Primer Curso, Parte General, Personas y Familia*, Vigésimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 690.

1.1.2 Evolución de la patria potestad.

La patria potestad en el Derecho Romano estaba personalizada y se ejercitaba como un derecho exclusivo del padre de familia quien se investía de un poder absoluto de dominio sobre las personas que estaban bajo su cuidado, como por ejemplo el caso de los esclavos, la mujer sujeta por la *conventio in manum* (es la autoridad que se tiene sobre una mujer casada) y sobre las personas *alieni iuris* (personas sometidas al mandato de otro) que le han sido entregadas mediante un acto de *manicipatio* (en la antigua y en la clásica Roma era una forma de transmitir la propiedad e incluso la persona del hijo).

La evolución de la patria potestad, en el Derecho Romano se distinguió en dos sentidos; en primer lugar, comienza como un poder despótico que se da en provecho de quien la ejercía, y en segundo lugar ha terminado considerándose en una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar a quienes se encontraban sometidos a ella.

Al respecto se ha indicado que; “el padre de familia extralimitaba su poder de ejercicio en la persona y los bienes de los hijos, aprovechándose de la persona de los hijos sometidos a su potestad, vendiéndosele como esclavo (si lo hacía dentro de Roma, el hijo ya no sería más esclavo) sino persona en *mancipio* (modo de ceder el dominio o propiedad de una cosa o persona), exponiéndolo a los peligros y castigos, e incluso hasta causarle la muerte”.¹⁰

Ante esas actitudes de barbarie prejuiciosas para la persona de los hijos, el Derecho Romano estuvo obligado a legislar y garantizar el actuar del padre de familia sobre la persona y el patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad.

“La autoridad dictatorial absoluta que en los orígenes se atribuía al *pater familias*, durante el desenvolvimiento del Derecho Romano fue suavizándose a través de los siglos. Ya que con el edicto de Constantino atenuó las facultades de éste y mejoró grandemente la situación del hijo”.¹¹

¹⁰ J. Arias Ramos y J. Arias Ramos Bonet, *Derecho Romano, Op. Cit.*, p.741.

¹¹ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil Primer Curso Parte General, Personas Familia, Op. Cit.*, p.691.

Ante esas circunstancias algunas legislaciones de esa época regularon y limitaron el actuar del padre de familia respecto de la persona y los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad.

1.1.3 El aspecto personal del hijo en la patria potestad.

Desde un principio se caracterizó el poder ejercido por el padre de familia de una manera ilimitada con respecto de la persona de los hijos y de los bienes propiedad de éstos. Ante ese poder del padre de familia y de esas exageraciones en perjuicio de la persona del menor, algunas de las escasas leyes de la época, fueron limitativas, ya que no corresponden a situaciones de estricto derecho, sino se referían a casos aislados concretos.

Las leyes que limitaron el actuar del padre de familia sobre la persona de los hijos sujetos a la patria potestad son las que se señalan, a continuación:

“Una de las primeras Leyes fue la de Trajano: La cual obligaba a un padre de familia a emancipar a un hijo que maltrataba.

La segunda de las Leyes es la de Adriano: Ésta Ley condenaba a un padre de familia a su deportación porque había matado a su hijo sin oír a la junta de familia aludida.

La tercera de las Leyes es la atribuida a Ulpiano: La cual establecía que el magistrado, y no el padre es quien debe dar muerte al hijo que lo merece.

La cuarta se refiere a las disposiciones de Diocleciano y Constantino: Estas restringieron algunas facultades del padre de familia, en cuanto a los hijos que eran expuestos.

Y la quinta; no es una Ley, sino más bien una constitución de Valente y Valentiniano donde se equiparó la exposición al homicidio”.¹²

Luego entonces, “las facultades del padre de familia se fueron limitando con respecto de la persona y los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad, a través de las leyes que se han analizado”.¹³ Por lo tanto, las facultades del padre de familia se comenzaron a limitar con respecto a la persona y los bienes de los

¹² J. Arias Ramos y J. Arias Ramos Bonet, *Derecho Romano, Op. Cit.*, pp.741 y 742.

¹³ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 2013, p.395.

hijos, es decir, que a éste ya se le habían restringido sus facultades y sus excesos por dichas leyes.

1.1.4 El aspecto patrimonial del hijo en la patria potestad.

“Al permitírsele al padre de familia de otorgar a sus hijos un patrimonio en administración y en usufructo (*peculio profecticio*) y conferir a los hijos la capacidad para recibir en propiedad y en administración y usufructo el peculio castrense, el peculio cuasi castrense y *los bona adventicia*, permitió a éstos, sustraerse paulatinamente a la autoridad paterna”.¹⁴

Donde se advierte, que el mismo padre de familia fue facultando a sus hijos para que éstos poco a poco pudieran irse liberando del dominio de éste, en virtud de que éstos ya recibían en propiedad y administraban los bienes.

El aspecto patrimonial de los bienes de los hijos, fue visto por el Derecho Romano desde el ámbito civil, el cual abarcaba cuatro puntos, los cuales se mencionan a continuación:

En primer lugar, tenemos a los derechos reales de propiedad así como los derechos de créditos en donde no había otra persona con mejor capacidad para administrar que el padre de familia.

En segundo lugar, se consideraba al hijo con falta de capacidad de administrar sus bienes; sin embargo no podría realizar dichos actos, toda vez que el hijo no tenía propiedad ni derechos reales, pero si esos actos le servían para adquirir derechos reales y derechos de crédito, podría quedar como deudor.

En un tercer aspecto, el hijo era considerado como instrumento para adquirir bienes; pero hubo una condicionante que con dichas adquisiciones, el *pater familias* resultaba beneficiado.

Y por último, se hacía referencia a los derechos de aspecto patrimonial; los cuales se adquirirían por actos jurídicos como compraventas o gravámenes, celebrados por el hijo, si en estos actos el hijo contraía una obligación, éste era

¹⁴ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil Primer Curso Parte General, Personas y Familia, Op. Cit.*, p.691.

responsable, salvaguardando al padre de familia, quien no tenía el deber de garantizar el adeudo.¹⁵

Con el paso del tiempo y ante las circunstancias de la época, poco a poco se reconocieron más derechos al hijo, con respecto a su persona y su patrimonio, como consecuencia de esto se fue modificando todo lo relacionado al ejercicio de la patria potestad, donde se puede mencionar que el primer aspecto consistió en establecer que el progenitor tenía que asumir un papel de responsabilidad con respecto a las deudas de su descendiente en las que intervenía bajo ciertas condiciones, y la segunda consideración, es que al hijo se le reconoció más la titularidad de derechos patrimoniales.

Resulta importante analizar la institución del peculio en el Derecho Romano, a efecto de que podamos comprender los alcances y límites tanto del padre como la de los hijos al reconocerle cada vez más facultades con respecto de sus bienes patrimoniales. Para lo cual, se propone el concepto de peculio, al definirse éste “como un conjunto de masa de bienes y dineros sobre las que se habían reconocido a los hijos de familia algunas facultades sobre este patrimonio, es decir, que es una parte del patrimonio del padre que éste otorga en administración al hijo y que le puede retirar en cualquier momento”.¹⁶

Se ha distinguido el peculio en cuatro:

El primero; llamado *profecticio* (suma de dinero o bienes); era considerado de los más antiguos, y lo podían tener también los esclavos, estaba constituido por aquellos bienes que el padre de familia dejaba al *filius* hijo de familia, el cual los administraba, y frecuentemente los dedicaba al ejercicio del comercio de alguna industria, el propietario del peculio *profecticio* era siempre el padre de familia, el hijo tenía solamente facultades de disfrute y administración, eran revocables en todo momento, no se podían enajenar los bienes y si el hijo llegara a morir, dicha masa de bienes revierte automáticamente al resto de la masa patrimonial del padre de familia.

¹⁵ J. Arias Ramos y J. Arias Ramos Bonet, *Derecho Romano, Op. Cit.*, pp.742 y 743

¹⁶ Álvarez Caperochipi, José Antonio, *Curso de Derecho de Familia, Tomo II, Patria Potestad, Tutela y Alimentos*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 26.

El segundo; es el peculio castrense (todo lo que el hijo adquiere por su profesión militar), surgió en virtud de disposiciones dictadas por Augusto y sus sucesores y estaba constituido por los bienes adquiridos por el *filius familias* (hijo de familia) en el ejército. Además del disfrute de tales bienes se comenzó reconociendo al hijo la facultad de disponer de ellos por testamento, admitiéndose más tarde que pudiera enajenarlos por actos inter vivos (entre vivos). El origen castrense de la adquisición fue también interpretado por la jurisprudencia con gran amplitud incluyéndose no sólo el botín de guerra, sino las herencias y legados dejados por los camaradas, y los donativos de amigos y parientes al partir para la campaña.

El tercero; de los peculios, fue el llamado cuasicastrense (sueldos y retribuciones que recibía por sus funciones en el palacio imperial), aparece en el Bajo Imperio como una consecuencia del desarrollo de la burocracia a sueldo del Estado.

El cuarto; peculio fue el *adventicio* consistía en los bienes de los hijos heredados por la madre (*bona materna*), éste peculio se inició en la época de Constantino, mediante el cual se estableció que dichos bienes, no seguirían el régimen general de absorción por el patrimonio paterno, sino que fuesen reservados al hijo, o sea que el padre no tuviese en ellos más que el usufructo y la administración, perteneciendo la propiedad al hijo, es importante mencionar que no sólo se incluyen en los *bona materna*, además de la herencia, los legados y donaciones nupciales, sino que se da el mismo régimen a los bienes recibidos por los ascendientes maternos y durante la época del emperador Justiniano, estableció a favor del padre la administración y disfrute de los bienes de los hijos adquiridos a través de éste peculio.¹⁷

Al respecto, los maestros Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdés, comparten esa misma clasificación del peculio que surgió en la familia civil romana, “y donde aparece que el hijo ya empieza a detentar ciertos bienes, aunque habían sido todavía limitativas sus facultades con respectos de éstos”.¹⁸

¹⁷ J. Arias Ramos y J. Arias Ramos Bonet, *Derecho Romano, Op. Cit.*, pp. 744 y 746.

¹⁸ Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz, *Primer curso de Derecho Romano, Op. Cit.*, pp.153 y 154.

De ese análisis, se desprende que se le otorgaban cada vez más facultades de administración y de propiedad al hijo con respecto a los bienes, por lo que el dominio del padre respecto de esos bienes se estaba restringiendo.

1.1.5 *Actiones adiectile qualitatis.*

Estas acciones fueron producto de la jurisprudencia romana a través de la actividad del pretor, las cuales estaban dirigidas a solucionar el grave déficit de responsabilidad que había generado el hijo al celebrar y participar en actos jurídicos que en esa época se le había permitido intervenir por el padre.

“Con la creación de los peculios el sometido fue adquiriendo una capacidad patrimonial limitada, pues pudo operar con otras personas teniendo como patrimonio únicamente sus peculios, de éstos recibían ganancias para el padre de familia; por lo tanto, el conflicto surge realmente cuando se dan deudas por el producto ganancial de estos peculios, y cuando los acreedores reclamaban la responsabilidad del padre de familia en donde no garantizaba éste a los acreedores el pago de la deuda”.¹⁹

Como se analiza el hijo pudo ser utilizado por el padre para incrementar su peculio, sin embargo, ante tales ganancias e incumplimientos de los actos celebrados por el sometido, los acreedores no contaban con acciones para demandar a ambos. Por lo tanto, se crearon ciertas acciones las cuales hicieron valer los acreedores.

Y es entonces cuando el magistrado romano, cuya función consistía en administrar justicia, quien había creado un edicto para regular esas conductas realizadas por el padre que lo comprometían a cumplir con las obligaciones que había adquirido el hijo; a estas acciones se les conoció con el nombre de *actiones adiectile qualitatis*.

“La primera es la *actioe quod iussu*, conocida como la acción de autorización, ésta se refería al consentimiento expreso del padre de familia para que el hijo celebrara algún acto jurídico;

¹⁹ Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz, *Primer curso de Derecho Romano, Op. Cit.*, p.154.

La segunda es la *actio exercitoria*, era la acción ejercitoria, era dirigida en contra del padre y se aplicaba cuando el hijo había celebrado el acto como capitán de nave, puesto por el que le fue designado por el padre armador;

Una tercera acción es la *actio institoria*, en donde el padre de familia ponía al frente de un comercio o industria al hijo, y con esa calidad realizaba el acto creador de la deuda;

La cuarta acción se refiere al *actio peculio*, es la acción contra la masa de bienes y se refería cuando el padre de familia hacía la entrega de una dotación de un peculio al hijo, para que lo administrara y lo negociara, les pagara a los acreedores hasta donde alcanzara, y si llegaba a existir un sobrante, éste se devolvería al padre de familia como se constituyo; y

La quinta acción es la *actio in rem verso*, llamada la acción de reembolso, era aplicada cuando al padre de familia se le demandaba hasta por la cantidad de ganancia en la que aumento su patrimonio, como resultado del negocio celebrado por el hijo de familia”.²⁰

De éstas acciones sobresale que para el Derecho Romano, el padre ya no evadiría la responsabilidad con la que había actuado su hijo con su propia autorización, así los acreedores contarían con las acciones suficientes para reclamar el pago de lo adeudado e incluso los daños y perjuicios.

1.1.6 Formas de terminación de la patria potestad.

En el Derecho Romano, la patria potestad no se terminaba con la mayoría de edad del hijo, es decir, éste seguía bajo la tutela del *pater familias* toda la vida cualquiera que fuera la edad de éste.

Tampoco se hizo referencia a la pérdida y a la suspensión de la patria potestad, por lo que se puede señalar que no acontecieron estas formas de terminación de la patria potestad.

²⁰ Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz, *Primer curso de Derecho Romano, Op. Cit.*, pp.154 y 155.

La patria potestad se extingue por acontecimientos fortuitos y por actos solemnes, aduciendo a los primeros:

“a) La muerte del *pater familias* (padre de familia), en cuyo caso los que estaban sometidos directamente a él se harían *sui uris* (libres).

b) La pérdida de la ciudadanía del padre de familia.

c) La reducción a la esclavitud del padre. Esta consistía cuando el padre se encuentra cautivo la condición de los hijos está en suspenso y no se fija de una manera definitiva más que por el regreso o por la muerte del pater (padre). Si este vuelve, por el *ius postliminii* (el cautivo liberado se integraba en su anterior situación jurídica como si nunca hubiere sido esclavo) se considera que la potestad (autoridad sobre una persona) no ha dejado de existir; si, por el contrario, muere con el enemigo, se consideraba que los hijos eran *sui uris* (libres) desde el momento de la cautividad.

d) La elevación del hijo a ciertas dignidades tanto religiosas como políticas.

e) La caída en esclavitud del hijo.

f) La hija por caer *in manu*.

Y en lo que respecta a los actos solemnes, que se ponía fin a la patria potestad mediante dos formas solemnes:

a) La adopción.

b) La emancipación”.²¹

Como se analizó la terminación de la patria potestad en el Derecho Romano, es el cambio de situación jurídica personal de los hijos para pasar a formar su propia familia y para poseer un patrimonio propio, liberándose del dominio del padre de familia.

1.2 La patria potestad en la Edad Media.

“En esa época la patria potestad con la fuerte influencia religiosa, pasó a ser sólo temporal; se ejercía solamente durante la minoría de edad del hijo, y el poder se convirtió en una función del padre ejercida para protegerlo; se prohibió vender, donar, o dar en prenda o garantía a los hijos, así como someterlos a castigos

²¹Bravo González Agustín y Bravo Valdés Beatriz, *Derecho Romano, Op. Cit.*, pp. 155 y156.

cruelles y degradantes; se establecía que los castigos para los hijos debían ser mesurados e impuestos con piedad, de lo contrario se privaría al padre de la patria potestad”.²²

Por lo que hace al Código Canónico en el canon 1113 se ordenaba que; “Los padres tienen la obligación gravísima de procurar con todo empeño la educación de sus hijos, tanto religiosa y moral como la física y civil, y de proveer también a su bien temporal”.²³

En la Edad Media, era todo lo contrario el ejercicio de la patria potestad que se realizaba en el Derecho Romano, pues en ese periodo, la patria potestad se ejercía de forma temporal y con respecto de la minoría de edad del hijo, además de que el ejercicio de la patria potestad estaba encomendado al padre de familia, y se realizaba en función de los hijos.

En tanto, el ejercicio de la patria potestad se empleaba en procurar los derechos inherentes como lo eran la educación intelectual, religiosa, moral, física y civil así como la de proporcionar los alimentos al menor.

Otros criterios del profesor Alfonso Otero y la doctora Montanos Ferrin, citados por el profesor José Antonio Álvarez Caperochipi, han señalado que desde su punto de vista, “el primero de ellos ha sostenido que en la Alta Edad Media no existía en España la patria potestad en su sentido clásico, y por su parte la Doctora Montanos ha señalado que no obstante, el fraccionamiento y el debilitamiento del poder político durante ese periodo, surgió la solidaridad familiar como la vinculación jurídica de la que se sostiene la sociedad altomedieval. En donde la patria potestad solía ser ejercida por la comunidad de parientes, y tanto el grupo matrimonial como los individuos estaban vinculados entre sí”.²⁴

“La existencia de la vinculación de los parientes alrededor de la casa, surgió también un modelo familiar urbano de familia *peterno-filial*, (constituyendo el aspecto trascendental del Derecho de Familia, entre las relaciones de padres a hijos) amalgamada por la autoridad del padre, que recibe el matrimonio y no de la

²² Cfr. Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, pp. 395 y 396.

²³ *Ibídem.*

²⁴ Cfr. Álvarez Caperochipi, José Antonio, *Curso de Derecho de Familia, Tomo II, Patria Potestad, Tutela y Alimentos, Op. Cit.*, p. 28 y 29.

propiedad de la tierra. Al señalar, que el régimen patrimonial familiar de la Alta Edad Media, se quiebre con la recepción del modelo familiar Justiniano en la Baja Edad Media, y de la introducción de un nuevo modelo económico y social de la familia conyugal, donde el matrimonio se identifica como instrumento de autoridad que atribuye la potestad al marido. Pues el cambio de modelo social no es revolucionario sino progresivo, a lo largo de un proceso que quizás llega hasta la codificación”.²⁵

De esa opinión, se analiza que la patria potestad se generaba en la figura jurídica del matrimonio, en donde se justificaba la autoridad de quienes ejercen el derecho de la patria potestad respecto del menor hijo; es decir ese poder devenía de la institución del matrimonio.

1.3 Francia.

1.3.1 Evolución de la patria potestad.

En el antiguo Derecho Francés la patria potestad ejercida por el padre de familia se vio influenciada por la rigidez del antiguo Derecho Romano, al manifestar; que la patria potestad no le pertenecía a la madre y que se prolongaba indefinidamente y los hijos no podían adquirir bienes por su cuenta. Bajo éste régimen, la patria potestad continuo siendo un poder doméstico en interés del padre.²⁶

Así, el antiguo Derecho Romano, fue fuente para influenciar en el Derecho Francés al considerársele aún al padre de familia todos los privilegios que había gozado en Roma sobre la persona y los bienes de los hijos, por lo que se evidenciaba nuevamente el poder que el jefe de familia había ejercido.

Sin embargo, “con el Código Napoleón de 1804; se establecía que tanto el padre como la madre ejercerían autoridad sobre los hijos y que ese derecho sería temporal, y no como había sucedido en el Derecho Romano, donde fue vitalicio;

²⁵ Cfr. Álvarez Caperochipi, José Antonio, *Curso de Derecho de Familia, Tomo II, Patria Potestad, Tutela y Alimentos, Op. Cit.*, p. 28 y 29.

²⁶ Cfr. Cárdenas Camacho, Alejandro, *Alcances de la Patria Potestad y la Custodia (Código Civil para el Distrito Federal)*, Congreso Internacional de Derecho de Familia, Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, p.3, <http://jurídicas.unam.mx/sisjur/familia/ponentes.htm.pdf.consultada> 4/02/2013.

también se les imponían derechos y obligaciones a los padres de familia en cuanto a la guarda, educación, mantenimiento, corrección y tutela de los hijos así como el disfrute y administración de sus bienes, y el derecho de consentir su matrimonio y emancipación”.²⁷

De ese análisis, ambos progenitores ejercían de manera conjunta la patria potestad del menor, siendo temporal y no de manera definitiva, se les encomendaba que participaran de manera conjunta de los derechos, deberes y obligaciones en cuanto a la guarda y custodia del hijo, administrando los bienes de éstos, proporcionando los alimentos y la corrección de los mismos.

1.3.2 Concepto de patria potestad.

“Lo que corresponde a los padres es más bien una tutela, es decir, una carga, que una potestad (*potestas*). Además, esta potestad no pertenece únicamente al padre como había sido en el Derecho Romano; sino también corresponde a la madre quien la puede ejercer a falta de aquél”.²⁸

Por otra parte, el maestro Joel Francisco Jiménez García, ha citado en la Revista de Derecho Privado a Agustín Verdugo, quien señalaba, que en el Código Napoleón de 1804, en la exposición de motivos del título IX, Libro primero, conceptualizaba a la patria potestad como: “Un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la Ley que le daba al padre, y a la madre durante un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilancia de la persona, la administración y el goce de los bienes de sus hijos”.²⁹

En relación al concepto legal de la patria potestad que señala el Código Napoleón de 1804, en la exposición de motivos del título IX, Libro primero es preciso y congruente con la propia institución, en donde reconoce un derecho

²⁷ Cfr. Cárdenas Camacho, Alejandro, *Alcances de la Patria Potestad y la Custodia (Código Civil para el Distrito Federal)*, Congreso Internacional de Derecho de Familia, Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, p.3, <http://jurídicas.unam.mx/sisjur/familia/ponentes.htm.pdf.consultado> 4/02/2013.

²⁸ Cfr. Rico Álvarez. et al., *Derecho de familia, Op. Cit.*, p.414.

²⁹ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de patria potestad en derecho mexicano*, Revista de Derecho Privado, nueva época, año III, núm. 8, mayo-agosto de 2004, México, p.14.

inherente a la naturaleza de la procreación de los hijos respaldado por un Estado de derecho en donde le concede a los padres de familia ciertas facultades respecto de la persona, su administración y los bienes de los hijos por un determinado tiempo.

Sin embargo, como se ha expuesto en el Derecho Francés la patria potestad es compartida en donde la ejercen tanto por el padre como por la madre, donde se contrasta con el Derecho Romano, pues la patria potestad era ejercida por el padre de familia de manera permanente.

Ese concepto legal, buscaba legitimar el derecho de los ascendientes (padre y madre) con respecto del descendiente (hijo), en razón de la situación del nacimiento de éste, en un determinado tiempo de donde produce el acto jurídico regulado por la ley, para producir ese efecto de derechos y obligaciones sobre el hijo, en cual se desprende que ese ejercicio de la patria potestad en el Derecho Francés estaba encaminado a proteger y salvaguardar los intereses del menor.

1.3.3 La representación del menor en la patria potestad.

Al respecto, Alejandro Cárdenas Camacho, ha citado a Julien Bonnecase, al señalar éste que; “en el Código Napoleón de 1804, el padre de familia se instituyó como representante legal de sus menores hijos, cuya investidura deriva del cargo de administrador que la ley le confiere, por lo que se puede decir que la patria potestad se concibió como un organismo de representación de los hijos menores no emancipados; figura jurídica que trascendió a la mayoría de los Códigos Civiles de diversos países que tienen como modelo el Derecho Romano y en la actualidad se aplica”.³⁰ Se infiere que esa legislación contemplaba la figura de representantes legales y administradores de los bienes del menor quienes se encuentran autorizados por la ley para ejercer la patria potestad de manera conjunta.

³⁰ Cárdenas Camacho, Alejandro, *Alcances de la Patria Potestad y la Custodia (Código Civil para el Distrito Federal)*, Op. Cit., p. 4.

1.3.4 Derechos y obligaciones en la patria potestad.

En lo relativo a los “derechos y obligaciones comprendidos dentro de la patria potestad, se encuentran; la educación de los hijos y ésta comprende su guarda y vigilancia así como el derecho de corrección, su mantenimiento, el usufructo y administración de sus bienes”³¹, y se hacían responsables a los padres, toda vez que éstos eran los encargados de ejercer la patria potestad.

Se regularon también las facultades inherentes a la propia procreación de los progenitores sobre sus hijos, su actuar y su deber de cuidado.

Alejandro Cárdenas Camacho, al respecto ha citado el criterio de los autores Ambroise Colín y Henri Capitant, los cuales han opinado que: “la patria potestad dejó de ser aquel poderío excesivo, que ejercía el padre sobre su descendencia, para convertirse en una relación jurídica cuyo fundamento ética es el deber de protección de los hijos menores; deber que se atribuyo al padre y a la madre; por el sólo hecho de la procreación.”³²

De ese razonamiento el ejercicio de la patria potestad en un principio había sido de sometimiento y de dominio sobre la persona y los bienes de los hijos menores, por lo que ahora se ha transformado en fomentar las relaciones paterno filiales entre quienes ejercían ese derecho y quienes lo recibían, creando con ello, derechos y obligaciones que eran inherentes a la procreación natural del mas humilde sentimiento de ser padres.

1.4 España.

1.4.1 Evolución de la patria potestad.

“La evolución del Derecho Español con respecto a la patria potestad como derecho-deber en beneficio de los hijos, surgió primeramente en la Ley de Matrimonio Civil de 1870; en donde la patria potestad dejó de ser perpetua para extinguirse por la mayoría de edad del menor (al señalarse que la mayoría de

³¹ Cfr. Rico Álvarez. et al., *Derecho de familia, Op. Cit.*, pp. 414 y 415.

³² Cfr. Cárdenas Camacho, Alejandro, *Alcances de la Patria Potestad y la Custodia (Código Civil para el Distrito Federal)*, *Op. Cit.*, p.4.

edad es una forma de emancipación del menor y no la extinción de la patria potestad). En la Ley de Matrimonio Civil mencionaba que se debía compartir la patria potestad; entre el padre y la madre; situación que así se siguió en el proyecto de García Goyena en su artículo 164 en donde se contemplaba ese ejercicio por parte de la madre del menor”.³³

1.4.2 Concepto de patria potestad.

El Código Civil Español de García Goyena, en el título VII, específicamente en el artículo 143, establecía el concepto de patria potestad y al respecto señalaba que: “los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres”.³⁴

De esa definición se analiza la existencia de elementos de moralidad del respeto que deben los hijos a los padres, de lo que se considera que este concepto es incompleto, ya que sólo demuestran valores morales que no abarcan realmente los elementos integrantes de la patria potestad como institución, como es la de integrar derechos, deberes y obligaciones en una relación de padres e hijos, además que no hace mención de la intervención de la autoridad para regular esas consecuencias familiares como lo es el Derecho Privado que se encargaría de tutelar esas relaciones familiares.

1.4.3 La patria potestad respecto de la persona del menor.

“El artículo 144 del Código Civil Español de García Goyena, establecía que los hijos menores de edad se encontraban bajo la patria potestad del padre; de acuerdo con ese ordenamiento jurídico el menor de edad era toda persona que no había cumplido los veinte de años de edad, razón por la cual hasta entonces los hijos se encontraban bajo la tutela del padre”.³⁵

³³ Álvarez Caperochipi, José Antonio, *Curso de Derecho de Familia, Tomo II, Patria Potestad, Tutela y Alimentos, Op. Cit.*, p.30.

³⁴ León de la Vega, Gabriel, *Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la legislación mexicana*, S. N. E., Editorial Escuela Libre de Derecho, México, 1949, p. 36.

³⁵ *Ídem.*

Ese Código Civil en cuestión, señalaba que mientras el hijo se encontrara bajo la patria potestad, no podría por ningún motivo dejar la casa, si éste tomaba esa decisión lo tendría que hacer con el permiso de su progenitor.

Ese ordenamiento legal en comento había establecido una serie de obligaciones que tenían los padres del menor mientras éste se encontrara bajo su tutela, como por ejemplo, dirigir su educación, ser su representante en el supuesto de que se entablará un juicio en su contra, se le confería la facultad de imponer castigos por las faltas que cometieran, por ejemplo de esto el encierro, por lo que el padre decide en que momento puede levantar el castigo a su hijo.

1.4.4 Efectos de la patria potestad respecto de los bienes del menor.

En ese ordenamiento legal en comento se regulaba la incapacidad del hijo pequeño para la administración los bienes por la incapacidad real o legal de éste cuando estuviera a punto de alcanzar la mayoría de edad; ya que la conveniencia justificaba por que el hijo que tiene bienes propios contribuya con el fruto de ellos a sus propios gastos.

En relación a lo anterior, y de conformidad con el artículo 150 del Código de García Goyena en cita señalaba que; “la administración de los bienes que pertenecían a los hijos menores estarían a cargo del padre de familia, con esta acción se estaría siguiendo la tradición romana y francesa”.³⁶

Pues también se planteaba la probabilidad de que si el hijo se encontraba bajo la patria potestad y adquiría ciertos bienes con su trabajo y los tenía bajo su administración éstos le pertenecían.

El otro de los artículos es el 151 del ordenamiento en comento, que mencionaba que en caso que el hijo que se encontrara bajo la patria potestad y adquiría bienes a través del patrimonio de su padre, éstos pertenecerían al padre,

³⁶ León de la Vega, Gabriel, *Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la legislación mexicana*, S. N. E., Editorial Escuela Libre de Derecho, México, 1949, p. 36.
Ibidem., pp. 38 y 39.

quien tiene la facultad y si así lo deseaba, de hacer al hijo alguna donación de estos bienes o de señalarle alguna parte en sus utilidades.³⁷

Se regulaba también que si el hijo trabajaba con el patrimonio del padre, éste no ganaría para él, sino para su padre; sin embargo contribuiría a la formación del patrimonio que a la muerte del *paterfamilias* heredaría, (*heredes sui*). Es importante mencionar que el padre tiene la facultad de hacer a favor del hijo alguna donación o bien hacerle participe de alguna parte en las utilidades que se generan por el trabajo del hijo; es decir, se le otorgara un peculio *profecticio* del Derecho Romano y del Derecho Español.³⁸ He aquí el ejemplo de un artículo que viene de la tradición romanista.

Por otra parte, el artículo 152 de ese ordenamiento establecía que entre los bienes que pertenecían al hijo en propiedad y en usufructo, se encontraban aquellos bienes mandados o donados para seguir una carrera; y los adquiridos con motivo de su trabajo siempre y cuando sea de manera independiente del padre o por sueldo devengado en un empleo.³⁹

En dicho Código, se establecía que el padre contraía todas las obligaciones que le conlleva ser el usufructuario de los bienes de su menor hijo, salvo la limitante de afianzar; tampoco podía enajenar los bienes sólo en el caso de una extrema necesidad y previa audiencia de un juez.

Como se puede advertir, de ese ordenamiento legal en cita no hay elementos que indiquen que la madre podía intervenir en el cuidado de los bienes que pertenecían a los hijos, de lo que se constata, que había influencia del antiguo Derecho Romano.

1.4.5 Formas de acabarse la patria potestad.

En el Código Civil de García Goyena se contemplaba en el capítulo III, los motivos por los cuales se podía extinguir la patria potestad, asimismo también comprendía los casos de la pérdida así como de la suspensión de la misma.

³⁷ León de la Vega, Gabriel, *Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la legislación mexicana*, Op. Cit., pp.38 y 39.

³⁸ *Ídem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 40.

Al señalarse que la patria potestad se terminaba naturalmente por dos causas: la primera era cuando el hijo alcanzaba la mayoría de edad o por su muerte; como se puede analizar la patria potestad en el Derecho Romano antiguo, no se terminaba porque el hijo alcanzara la mayoría de edad, sin embargo en el Derecho Francés ya se establecía.

También se extinguía voluntariamente por la emancipación o por medio de la adopción. En cambio se perdía porque se hubiera decretado una condena privativa de la libertad o por la declaración de culpabilidad en una sentencia de divorcio.

Además, es importante mencionar que la patria potestad “se perdía por la ausencia o por motivos de incapacidad o por alguna sentencia emitida por el Juez”.⁴⁰

A diferencia del Derecho Romano antiguo en este ordenamiento multicitado establecía de manera precisa que la madre también podía tener la patria potestad sobre los hijos pero con la condicionante de que el padre por cualquier circunstancia haya dejado de ejercerla.

Conforme al artículo 165 del Código Civil Español de García Goyena, a la muerte del padre, la madre era quien asumía las determinaciones sobre la patria potestad de los hijos, pero el padre podía nombrar en su testamento a uno o más consejeros para apoyar a la madre, quien tenía la obligación de escucharlos para tomar las decisiones más oportunas y correctas, si la madre incumplía con dicha determinación, se le imponía un castigo correlativo, el cual consistía en la privación de autoridad y de sus derechos, conforme a lo que disponía el artículo 166 del ordenamiento antes citado.⁴¹

El artículo 167 establecía que se imponía una pena para lo que se supone ser “mala conducta de la madre viuda”, cuando ésta daba a luz un hijo de otro. La pena es como de suponerse la pérdida de la patria potestad.⁴²

⁴⁰ León de la Vega, Gabriel, *Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la legislación mexicana*, Op. Cit., p. 41.

⁴¹ *Ibidem*, p. 43.

⁴² *Ídem*.

El artículo 169 de ese ordenamiento legal, señalaba que cuando la madre adquiría la patria potestad por el fallecimiento de su cónyuge y que ésta contrajera segundas nupcias, no perdería el derecho de ejercer la patria potestad, pero si el de administrar los bienes, además establecía que podía volver a recuperarlo cuando enviudara.⁴³

Como se advierte, ya se regulaba la forma en que se podía suspender la patria potestad, a diferencia del antiguo Derecho Romano que no estaba permitida la suspensión de la patria potestad.

Se ha considerado que el Código Civil Español de García Goyena, fue el punto de partida para la redacción y contenido del primer Código Civil en nuestro país.

1.5 México.

1.5.1 La Evolución de la patria potestad.

En nuestro país, en distintas épocas de nuestra historia, la figura jurídica de la patria potestad como institución, ha tenido diversas facetas que han relevado su importancia de conformidad a sus propias necesidades, mediante la finalidad de realizar los cambios necesarios y pertinentes con el sólo objetivo de proteger a los menores que se encuentren bajo la misma.

María Antonieta Magallón Gómez, en su artículo *La Evolución y Transformación de la Patria Potestad, desde Roma al México de hoy, poder y feminismo*, ha señalado desde su punto de vista que: Los cambios que se han presentado han regulado de manera institucional en los Códigos Civiles y Familiares, no sin antes manifestar que se ha considerado recopilar a la figura de la patria potestad dentro del Derecho Familiar como se había propuesto en la Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917.

Al respecto esa autora ha señalado quienes conforman e intervienen en el ejercicio de la patria potestad; por un lado están las relaciones personales de los

⁴³ León de la Vega, Gabriel, *Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la legislación mexicana*, Op. Cit., p. 43.

ascendientes (el padre y la madre), descendiente (el hijo menor), y por otra las facultades que se ejercitan sobre éstos, destacando con ello, que en un principio el ejercicio de la patria potestad respecto del menor correspondió únicamente al padre de familia, la cual había prevalecido en el Antiguo Derecho Romano; y en los Códigos Civiles de 1870 y 1874.

Continua señalando que: “Ahora bien, bajo las necesidades y transformaciones de las relaciones de la familia se ha modificado y regulado el ejercicio de la patria potestad con respecto a los hijos y de los padres, y con las facultades inherentes a una obligación, como lo ha señalado la Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917 y el Código Civil de 1928; sin embargo, en la actualidad se encuentra regulada en nuestra propia legislación civil, donde preponderantemente ahora el padre y la madre pueden decidir juntos la organización de la familia con respecto de la persona y los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad”.⁴⁴

Ante los antecedentes mencionados, la patria potestad como institución jurídica fue regulada por los Códigos Civiles de 1870, 1884, 1928, y en la Ley sobre Relaciones Familiares del 9 abril de 1917, análisis que se realizará, en forma particular más adelante.

1.5.1.1 Derecho prehispánico.

El Códice Mendocino o Códice de Mendoza relatava la historia de la época prehispánica, en específico el uso y costumbres que regían al pueblo azteca, durante sus ceremonias reflejaban el ejercicio de la patria potestad del jefe de familia sobre los hijos, estableciéndose la obediencia a los padres, la educación de los hijos, los alimentos, los modos y costumbres que se daban en el pueblo azteca.

“El pueblo azteca tenía ciertos modos y costumbres, tales como:

⁴⁴ Magallón Gómez, María Antonieta, *La Evolución y Transformación de la Patria Potestad, desde Roma al México de hoy, poder y feminismo*, Congreso Internacional de Derecho de Familia, Ponencia presentada por el Instituto de Investigaciones de la UNAM, pp. 20 y 22, <http://biblio-juridicas.unam.mx/libros/s/2288/6.pdf>, consultada 25/11/13.

a) A los cuatro días de haber nacido un niño, la madre lo entregaba a una señora para que lo bañara, después tres muchachos ofrecían un manjar al niño, comiendo maíz tostado envuelto en frijoles cocidos, cada uno de ellos proponía el nombre que debía llevar el niño, la señora que había bañado al niño seleccionaba el nombre.

b) Si el hijo era varón, ofrecían el ombligo en el lugar donde había guerra, enterrándolo debajo de la tierra, en el caso que fuera mujer, su ombligo lo enterraban debajo del metate de piedra para moler tortillas.

c) A los tres meses de edad, el hijo era llevado por los padres al templo en donde lo ofrecían a sus Dioses junto con mantas, manteles y comida.

Como se puede observar, la madre de familia estaba a cargo del recién nacido desde su nacimiento procurando el bienestar de su persona con los rituales que eran parte de su costumbre, es decir, se preocupaban porque el hijo menor tuviera los cuidados inherentes a su persona y se obligaban a procurarlos en sus necesidades dándole el trato correcto.

El pueblo mexicana tenía la costumbre de dar de comer a sus hijos, en forma restringida, es decir, a los de tres años les daban media tortilla, a los de cuatro y cinco años una tortilla, a los que tenían seis a doce años una tortilla y media, y a los de catorce en adelante dos tortillas, esta limitación en sus alimentos fue establecida para evitar que sus hijos se volvieran glotones. Así tenemos que los padres de familia se preocupaban por el aspecto físico y si queremos pensar también por el aspecto de salud de sus hijos.

Además, establecieron en forma de leyes (que ellos llamaban partidas), entre otras, que los padres podían corregir a sus hijos siendo éstos negligentes o desobedientes, imponiéndoles como castigos los siguientes:

1. Cuando el hijo no entendía la corrección hecha de palabra por sus padres, le hacían lo siguiente:

a. Al hijo varón, su padre mandaba a que quedara desnudo, ataba de pies y manos, cargaba y ordenaba que se tendiera en el suelo en una parte muy húmeda, dejándolo ahí todo un día, para que de esa manera, se enseñara a obedecer.

Los niños aztecas eran castigados con severidad por sus faltas, a veces se les colocaba de bruces (con la cara hacía abajo, contra el suelo) sobre un brasero con humo de chile o se les atravesaba el cuerpo con espinas de maguey.

b. A la hija, su madre la hacía trabajar toda una noche en la calle.

2. Si el hijo se volvía un glotón, lo castigaban así:

a. Al hijo varón, el padre lo hacía inhalar humo salido de una leña quemada.

b. A la muchacha, la madre imponía ese castigo”.⁴⁵

Otro criterio al respecto, es el que propone el autor Josef Kohler en la obra *El Derecho de los Aztecas*, al señalar que: “ese poder se asemejaba al poder que ejercían los romanos sobre sus propios hijos, asimismo los aztecas disponían de sus hijos sin limitación, ya que podían venderlos, castigarlos con severas penas corporales hiriéndolos con púas de maguey y hasta privarlos de la vida si eran contra hechos o cuando los consideraban de mal agüero, como en caso que nacían gemelos (*coatl*), o bien entregándolos como víctimas en aras de los dioses. Pero los romanos reaccionaron contra tan riguroso régimen a impulso de lo que la misma naturaleza pide en las relaciones de padres a hijos, convirtiendo los exclusivos derechos del padre en obligaciones, los aztecas no llegaron a suavizar su rudeza en éste aspecto. Ya que tenían también los padres el poder de casar a sus hijos y, en todo caso, era indispensable el consentimiento de aquéllos, sin el cual el matrimonio se tenía como ignominioso.

Durante la primera infancia, unos autores han opinado que hasta los cinco años, otros que más tarde, los hijos permanecían en la casa paterna, y después, si se trataba de familia de alta posición, eran enviados al *calmecac*, en donde recibían educación civil y religiosa y hasta la edad en que podían contraer matrimonio e ingresar en el sacerdocio”,⁴⁶ y los demás niños acudían al *tepochcalli*.

De ese análisis se puede destacar que el pueblo prehispánico azteca el ejercicio de la patria potestad fue compartida por quienes la detentaban, al

⁴⁵ *Códice mendocino o colección de Mendoza*, Editorial José Ignacio Echeagaray, México, 1979, pp. 164 y 174.

⁴⁶ Kohler, Josef, *El Derecho de los Aztecas*, S.N.E., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, p. 424.

considerarse que ambos transmitían sus enseñanzas con base a las costumbres y rituales del pueblo azteca, su sabiduría y practicas eran de utilidad para los hijos, desde muy temprana edad sus descendientes eran disciplinados y orientados en un ambiente de trabajo, respeto, educación; también se les aplicaban severos castigos e incluso se le podía privar de la vida en caso de desobediencia en los quehaceres propios del hogar, del campo y de los encomendados por los padres de familia.

En el pueblo azteca, se señalaban situaciones que consistía en el empleo de rituales y costumbres, características de dicho pueblo azteca.

Otra situación que podemos destacar, es la preocupación preponderante de los padres para que los hijos fueran a la escuela y tuvieran la educación básica, ya que se le obligaba a procurarles su educación, aún si la situación socioeconómica de la familia fuera humilde, al respecto el maestro Marco Antonio Pérez de los Reyes, en su obra *Historia del Derecho Mexicano* cita al maestro Miguel León Portilla, “quien afirma que es admirable que en esta época y en este continente, un pueblo indígena de América haya implantado la educación obligatoria para todos y que no hubiera un solo niño mexicano del siglo XVI, cualquiera que fuese su origen social, y estuviera privado de escuela”.⁴⁷

Del análisis, se advierte que el ejercicio de la patria potestad encomendada a los padres de los menores obligaba a éstos a mandarlos a la escuela, poniendo a éstos a disposición de un instructor para que los aleccionara en el arte o enseñanza en la que estuvieran interesados en aprender, a veces se les dejaba a su cuidado por un lapso de tiempo hasta que fueran adoctrinados, se puede creer que se les abandonaba, pero no necesariamente sucedía esto, sino más bien, era para que se les preparara en el arte que les gustara y se disciplinaran en un futuro para servir como ciudadanos aztecas a su gobierno y a su pueblo.

Al respecto, encontramos una diferencia fundamental que entre el Derecho Romano y el Derecho Prehispánico en relación a la patria potestad, el primero de los citados obedecía a un ejercicio de la patria potestad ejercido por el padre para

⁴⁷ Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, Vigésima Edición, Editorial Oxford University Press, México, 2008, p. 891.

beneficio de éste y en perjuicio de los hijos, pues el trato hacía los hijos era despótico, cruel, humillante incluso hasta poderles vender y quitarles la vida. A diferencia del ejercicio de la patria potestad en el Derecho Prehispánico éste era en beneficio y provecho de los hijos de familia, educándolos, instruyéndolos en las labores de los quehaceres del hogar, el aseo personal, del trabajo y el adoctrinarlos mediante el arte para que lo ejercieran en su vida personal.

Ahora bien, si bien es cierto, que había castigos rigurosos aplicados por los padres de familia hacía los hijos, también es cierto, que éstos se encaminaban a formarlos y orientarlos, es decir, que todo acto o facultad realizada era para el bienestar y provecho de los descendientes, según sus usos y costumbres.

1.5.1.2 Época Colonial.

1.5.1.2.1 Las 7 partidas.

Al respecto, el profesor José Antonio Álvarez Caperochipi, ha mencionado que; “en la Las 7 Partidas, Ley 1, en el título 17 partida 4; se ha definido a la patria potestad como la autoridad que las leyes dan al padre sobre la persona y bienes de sus hijos legítimos.

Ese poder se fundaba en la legalidad que la propia ley autorizaba al padre a ejercerla sobre sus hijos.

Asimismo, en la partida 4, título 18; establecía que la patria potestad se ejercía exclusivamente por el padre y es tendencialmente perpetua.

Ese poder de ejercer la patria potestad le correspondía al padre única y exclusivamente y no a la madre, además de ser perdurable aún cuando alcance la mayoría de edad el hijo no se libera de ese sometimiento del padre.

En este caso, aun prevalecía el dominio del padre sobre respecto a los menores, su persona y sus bienes, en tanto, ésta legislación permitía que el ejercicio de la patria potestad fuera cada vez más cruel con éstos.

En la Partida 4, título 17, Ley 1, establecía que la patria potestad se ejercía sobre los hijos, nietos y todos los de su linaje que desciendan de ellos por línea de derecha”.⁴⁸

Asimismo, el autor Gabriel León de la Vega ha precisado al respecto que en esta Ley de las 7 Partidas también se señalaba; que únicamente estaban sujetos a la patria potestad los hijos nacidos de legítimo matrimonio, por lo que se puede mencionar que los menores habidos fuera de matrimonio, es decir, ni los naturales ni los incestuosos serían dignos de ser llamados hijos, ya que éstos eran engendrados del pecado, atendiendo al origen religioso de estas Leyes de las 7 Partidas.

La Ley 8, indicaba; las facultades que tenía el padre sobre los hijos, las cuales eran entre otras el que se les podía vender; por lo tanto se puede mencionar que aún prevalecían en la Ley de las 7 Partidas las características del antiguo Derecho Romano.

La Ley 9 mencionaba; que quien ejercía la patria potestad podía castigar con mesura y piedad a los hijos de éstos.

De ese análisis, el antiguo Derecho Romano fue la fuente de influencia para que en la época colonial el ejercicio de la patria potestad tratara a los menores como una cosa o una propiedad, no habiendo un derecho intrínseco natural al sentimiento inherente a la procreación de los hijos, a diferencia del antiguo Derecho Prehispánico en donde el ejercicio de la patria potestad por los padres de familia siempre fue en provecho y beneficio de los menores de acuerdo a sus usos y costumbres.

Otra de las características que regulaban la Ley de las 7 Partidas, con respecto al peculio que se había regulado en el antiguo Derecho Romano, es de los bienes de los hijos donde se le podía dar una parte a la madre o a sus hermanas o a quien le hubiera enseñado algún arte o menester al menor.

Entre las formas “que terminaba la patria potestad de acuerdo al ordenamiento en comento, tenemos: la muerte del padre, por corromper éste a

⁴⁸ Álvarez Caperochipi, José Antonio, *Curso de Derecho de Familia, Tomo II, Patria Potestad, Tutela y Alimentos, Op. Cit.*, p.27.

sus hijos, abandonar o venderlos, cuando éstos contraían matrimonio, por mencionar solo algunos”.⁴⁹

Al emanciparse los hijos terminaba el dominio del ejercicio de la patria potestad realizada por el padre, a diferencia con el Derecho Romano antiguo donde esta era perpetua.

1.5.1.2.2 Leyes de Toro.

Las Leyes de Toro que estaban vigentes en España, fueron promulgadas el 7 de marzo de 1505, resultado de la actividad legislativa de los reyes católicos que constituía un cúmulo de 83 leyes, y el Fuero Juzgo que fue producto de una cristianización del Derecho Romano y del germánico, e introdujo grandes innovaciones en materia de patria potestad.

Respecto al estudio de la patria potestad en las Leyes de Toro, el autor Gabriel León De la Vega, ha puntualizado que ésta se ejercía única y exclusivamente por el padre de familia.

Establecía además la forma en que ésta terminaba, entre las causas de terminación se encontraban el matrimonio del hijo, la salida del menor de la patria potestad para siempre, o si el hijo realizaba votos religiosos, pero con la condicionante de que salía de la potestad del padre para entrar a la del Abad.⁵⁰

Como se advierte, las Leyes de Toro no profundizan en el estudio de la patria potestad, ya que únicamente se limitaba a señalar quien la podía ejercer y mencionar las causas de su terminación.

Otro aspecto importante, “fue el del usufructo del padre sobre los bienes de sus hijos se extingue por el matrimonio aunque en caso de emancipación tiene derecho a mantener la mitad del usufructo de los bienes adventicios”.⁵¹ “Y que consiste en hechos que pudieran sobrevenir de manera accidental”.⁵² Es decir, de

⁴⁹ León de la Vega, Gabriel, *Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la legislación mexicana*, *Op. Cit.*, p. 40.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 40 y 21.

⁵¹ Álvarez Caperochipi, José Antonio, *Curso de Derecho de Familia, Tomo II, Patria Potestad, Tutela y Alimentos*, *Op. Cit.*, p. 29.

⁵² Diccionario de la Lengua Española, Editorial Larousse, México, 2011, p. 16.

aquéllos bienes de los que aún no se tiene la certeza de que se puedan adquirir por algún acto jurídico.

Por el simple hecho de haber administrado los bienes encomendados, se le otorgaba una especie de gratificación con esa mitad del usufructo.

1.5.1.2.3 Fuero Juzgo.

Gabriel León De la Vega, ha puntualizado que; el Fuero Juzgo fue producto de una cristianización del Derecho Romano y del germánico, introduciendo nuevas innovaciones en materia de la patria potestad. La Ley VII, del título III, libro VI, estatuyó la pena de muerte o de ceguera al que abortara; asimismo se derogaba en forma total el derecho de dar muerte a los hijos.

Otra determinación señalaba que el que expone a su hijo está obligado a recogerlo y si no lo hacía era desterrado del reino; según lo establecía la primera Ley, título IV, del libro IV.

Nadie puede vender ni empeñar a su hijo, lo prohíbe la ley y declara nula la venta o el empeño y establecía como pena para el que compró la pérdida del precio; para el que vendía la pérdida de todo poder sobre su menor. (Ley XIII, título IV, libro IV).⁵³

De ese análisis el ejercicio de la patria potestad respecto del menor se va delimitando, ya que no puede disponer con respecto de su persona y se van derogando las facultades que se le habían concedido a su progenitor en el antiguo Derecho Romano. Se distingue también que el ejercicio de la patria potestad en la época de Roma con la barbarie y como actuaba el padre de familia sobre la persona de su hijo ya se encontraba en crisis, no sin antes señalar que estas leyes tenían un corte moral y religioso.

Al respecto, ese mismo autor ha señalado que; el fuero de Cuenca (en la ley IV, capítulo X) y en la Ley X, los hijos están bajo la autoridad de los padres en tanto contraen matrimonio; si el hijo estuviera privado de uno de sus padres, aquél

⁵³ León de la Vega, Gabriel, *Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la legislación mexicana*, Op. Cit., pp. 21 y 22.

que sobreviva responderá por él, de aquí se observa que la patria potestad no va más allá del matrimonio, como en el antiguo Derecho Romano y se le empieza dar participación a la mujer en el ejercicio de la patria potestad con respecto de los hijos. Este autor afirma que una vez muerto el padre, sin ningún género de dudas, se puede afirmar que la patria potestad pasaba íntegra a la mujer.

Los fueros de Cuenca, Baeza y Plasencia, permitían a los padres castigar a sus hijos aún con la cárcel, pero nunca con castigos crueles y peligrosos, se les negaba toda facultad sobre la vida de ellos, así como el derecho de venderlos. Si la venta es hecha a los moros, el castigo es la pena de muerte. Podían los progenitores desheredar a sus descendientes, mediando siempre la opinión del Consejo expresamente establecido para estos casos (fuero de Alcalá) imponiendo en los fueros de Burgos, Cuenca y Sepúlveda para obligar a los padres al cuidado y educación de éstos, así como el deber de reparar los daños que realizaran por su actuar.⁵⁴

Como se puede analizar en éstos fueros la autoridad del padre de familia ya se encontraba limitada respecto al actuar de los hijos en donde tenían la obligación de instruirlos y de educarlos, así como el de hacerse responsable y reparar los daños ocasionados por éstos.

En el Derecho antiguo Romano se pregonaba un espíritu rígido justiciero donde se veía más el beneficio del padre de familia que el de los hijos sujetos a la patria potestad; en esos fueros se prevé un beneficio más de conservar la patria potestad ejercida por el padre de familia en favor de los hijos, en cuanto a que las facultades del padre del menor, son de responsabilidad y educación obligándose por los hijos; ya no se le ven como un objeto o una propiedad del que se aprovechan y sacan beneficio; sino todo lo contrario, como se ha mencionado, los padres de familia se obligaban a educarlos y cuidarlos respondiendo de los daños ocasionados contra terceros cuando los hijos de familia se encontraran bajo su cuidado y autoridad de la patria potestad del jefe de familia.

⁵⁴ León de la Vega, Gabriel, *Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la legislación mexicana*, Op. Cit., pp. 22 y 23.

1.6 El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, del 13 de diciembre de 1870.

Al respecto, Joel Francisco Jiménez García en su Revista de Derecho Privado, “ha mencionado que: la patria potestad se reguló en ese ordenamiento, en su Libro Primero, “De las Personas”, Título Octavo; denominado de la Patria Potestad”.⁵⁵

1.6.1 Concepto de patria potestad.

El Código Civil de 1870 no la definió, sin embargo, del análisis que realizó Joel F. Jiménez García la conceptualizó como; “el conjunto de derechos u obligaciones que se ejercen sobre la persona y los bienes de los hijos, atribuidas en primer lugar y exclusivas al padre, quien actúa como jefe de familia y así mismo como su legítimo representante y administrador legal, quien tiene la obligación de brindarles una adecuada educación y se le atribúan facultades de corrección y castigo, sin embargo tenía que hacerlo de manera templada y mesurada, contando con el auxilio de las autoridades en el ejercicio de esta última facultad y con la limitante para los hijos de que no puedan comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del padre”.⁵⁶

Por lo expuesto, se analizan varios elementos que conforman a la patria potestad como una institución jurídica específica; de igual forma se precisaban los derechos y obligaciones exclusivos del padre con relación a la persona y los bienes de su hijo.

Se puede advertir que el actuar del hijo se ve limitado por el ejercicio de la patria potestad ejercida por el padre con respecto a su persona, sus bienes así como la propia administración de su patrimonio y de su representación.

⁵⁵ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de la Patria Potestad en el Derecho Mexicano*, Op. Cit., p.5.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 9.

1.6.2 Evolución de la patria potestad.

En ese ordenamiento jurídico se mostraba una transformación de la figura jurídica de la patria potestad, es decir, se pasa de una forma rigorista y despótica como aconteció en el antiguo Derecho Romano a una forma flexible, para ello una muestra de la exposición de motivos y para los efectos de entender el espíritu de este Código Civil, como lo había señalado el autor Joel F. Jiménez García, al mencionar que en “el Código de las Partidas y los posteriores de España, siguiendo literalmente las leyes romanas, quitaron a la madre la patria potestad que el Fuero Juzgo le concedía. La moral cristiana dulcificando las costumbres y estableciendo el noble principio de la fraternidad, levanto a la mujer, que en la edad media ya fue una diosa: En cuanto a derechos civiles, su condición fue casi igual a la que dejaron en los tiempos de barbarie; donde se podría asegurar que hasta los últimos siglos fue cuando comenzó la rehabilitación de la mujer. Y como al tratarse de la vida doméstica, la mujer tiene tanta o más inteligencia que el hombre; como en fin, el cuidado de los hijos es tanto más eficaz, cuanto más vivo es el sentimiento, no es posible ya hoy en día negar a una madre el ejercicio de su derecho a ser madre: Más como la administración de los bienes puede exigir una instrucción superior, se autoriza al padre para que pueda nombrar a uno o más consultores, cuyo dictamen haya de oír la madre: Cada padre es jefe de su familia”.⁵⁷

Es decir, el ejercicio de la patria potestad por los padres del menor ya creaba derechos, deberes y obligaciones que tenía que desempeñar en ese derecho inherente de procreación derivado de la filiación que se había establecido entre los progenitores y los hijos menores.

1.6.3 Análisis de los preceptos legales que regulaban la patria potestad.

Al respecto, desde el punto de vista del autor Joel F. Jiménez García, ha afirmado que en “el Código Civil de 1870, en sus artículos 390 y 391 señalaba que el

⁵⁷ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de patria potestad en derecho mexicano*, Op. Cit., p.8.

ejercicio de la patria potestad se ejercería sobre la persona, los bienes de los menores no emancipados, legítimos, legitimados o reconocidos”.⁵⁸ Es decir, que como punto de partida se comprendía a la persona y los bienes del menor para que se tutelara por los progenitores ese ejercicio, de donde iban a derivar derechos deberes y obligaciones, alcanzando también ese ejercicio de tutela los hijos que fueran reconocidos mediante los actos que la propia ley señalara al respecto.

También éste autor ha precisado que “el artículo 392 del mencionado ordenamiento legal, señalaba que: el ejercicio de la patria potestad la ejercía en primer lugar y en forma exclusiva por el padre; en segundo lugar por la madre, en tercer lugar el abuelo paterno; en cuarto lugar el abuelo materno; en quinto, la abuela paterna; en sexto, la abuela materna”.⁵⁹

La figura de la patria potestad, se encomendaba a los titulares de ese derecho así como a terceros, en este caso los abuelos paternos y maternos; es decir que ahora el menor no emancipado se encontraba más protegido en caso de la falta de alguno de los progenitores.

En esta disposición Civil de 1870, se advertía que el ejercicio de la patria potestad se extendía más allá de los progenitores, se había dejado a un lado la influencia del antiguo Derecho Romano en el aspecto de otorgar únicamente al padre la potestad sobre el hijo.

Por otra parte, “se estableció como el deber de los hijos de honrar a sus padres y demás ascendientes”.⁶⁰

El maestro Ernesto Gutiérrez y González ha señalado que “en el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, iniciaba el título y capítulo respectivos a esta materia con el artículo 389, en el cual se hacía una hermosa declaración de tipo moral, que debían tener presente los incapaces sujetos a patria potestad.

Para lo cual se transcribe el artículo 389 del el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, mismo que señaló lo siguiente:

⁵⁸ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de patria potestad en derecho mexicano*, Op. Cit., p.8. p.1.

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ *Ibídem*, p.3.

Artículo 389. Los hijos, cualquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes”

Trascendiendo esta norma al Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884 y al de 1928, sin embargo, en el año 2000, a los asambleístas ya no les gusto y optaron por señalar en el artículo 411 del Código Civil de ese año, que dispone:

Artículo 411. En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración recíproca, cualquiera que sea su estado, edad y condición”.⁶¹

Sin embargo, ese valor moral que señalaba ese precepto legal, al que debían atender los hijos, fue modificado para que tanto en los padres como en los hijos existiera ese respeto.

El artículo 396 del Código Civil en comento señalaba que: “es el padre, quien tiene la facultad de corregir y castigar mesuradamente. Sin embargo, esta sanción no se establecía en esta disposición, posiblemente su fuente se debió a que había influido el Fuero Juzgo de donde emanaba una moral religiosa, y la correspondiente sanción ya no era determinante como se había señalado en el antiguo Derecho Romano, en las 7 Partidas y en el Código Civil Español”.⁶²

Joel Francisco Jiménez García ha señalado que en “el capítulo II, mencionaba “De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos”, se encontraba comprendido en los artículos 400 a 414”.⁶³

En tanto, el ejercicio de la patria potestad respecto de los bienes del hijo se traduce en la facultad que el padre de familia tenía sobre el patrimonio, se puede señalar que el actuar del padre de familia ya estaba regulado y vigilado por la autoridad y no podía disponer de dichos bienes en perjuicio del patrimonio del menor.

El otro aspecto eran los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad que estaban comprendidos en los artículos 415 a 429.

⁶¹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia, Op. Cit.*, p. 431.

⁶² Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de patria potestad en derecho mexicano, Op. Cit.*, p.5.

⁶³ *Ibidem*, p.3.

Por otro lado se instituye la figura del consultor, en donde a falta del padre, cuyo dictamen se obligaba a cumplir la mujer, pues de no ser así, sería privada de toda autoridad sobre sus hijos como lo disponía el artículo 423 de mencionado ordenamiento.

La patria potestad es siempre renunciable como se establecía en el artículo 424 de ese Código Civil en mención.

Y el que renuncia a su ejercicio no puede recobrarlo como lo señala el artículo 425 de dicho ordenamiento.

Además la patria potestad se pierde cuando la ejerce la madre o la abuela, se pierde por segundas nupcias, y se recobra si volviese a enviudar como lo señalan los artículos 427 y 429”.⁶⁴

En ese ordenamiento legal civil de 1870, señalaba que el ejercicio de la patria potestad estaría a cargo del padre, quien tenía la obligación de educar, cuidar y en caso de que fuera necesario podía imponer castigos de forma mesurada a sus hijos, también tenía el deber de administrar su patrimonio.

Otro aspecto sobresaliente del Código Civil de 1870, es que se hacía referencia de manera más formal sobre los derechos y obligaciones del padre; el ejercicio del cargo estaba bajo la supervisión de la autoridad, en este caso por los tribunales civiles o familiares.

Pero también, no cabe duda que a la madre del menor se le seguía dejaba en segundo término, ya que había predominando la actitud dominante del padre sobre sus hijos sujetos a la patria potestad.

1.7 El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.

Joel Francisco Jiménez García, ha señalado que en “el Código Civil de 1884 la patria potestad se encontraba regulada dentro del Libro Primero, De las Personas; Título Octavo, De la Patria Potestad, Capítulo Primero, de los Efectos de la Patria Potestad (artículo 363 a 373); Capítulo Segundo de los Efectos de la Patria

⁶⁴ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de patria potestad en derecho mexicano*, Op. Cit., p. 6.

Potestad Respecto de los Bienes del Hijo (artículo 374 a 387); De Los Modos de Suspenderse y Acabarse la Patria Potestad (artículo 388 a 402)".⁶⁵

Y en cuestión de los bienes de los hijos, dicho ordenamiento legal los contemplo en el artículo 375 los cuales en su momento fueron divididos en seis clases:

I. Bienes que proceden de donación del padre;

II. Bienes que proceden de herencia o legado del padre;

III. Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre, o de los abuelos, aun cuando aquélla o algunos de estos, este ejerciendo la patria potestad;

IV. Bienes que procedan de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre;

V. Bienes debidos al don de la fortuna;

VI. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere".⁶⁶

También se contemplaba "la suspensión de la patria potestad en éste ordenamiento legal en comentario".⁶⁷

1.7.1 Concepto de patria potestad.

"El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884, no contiene un concepto de patria potestad como tal, pero del análisis se advierte que se consideraba como el conjunto de derechos u obligaciones ejercidos sobre la persona y los bienes de los hijos, que se atribuyen en primer lugar al padre, quien actuaba como jefe de la familia, quien era considerado como el legítimo representante y administrador de los bienes de los hijos. Quien tenía la obligación de proporcionarles una adecuada educación, y la facultad de corregir y castigar templada y mesuradamente cuando fuera necesario para lo cual contaba con el

⁶⁵ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de patria potestad en derecho mexicano*, Op. Cit., p.8.

⁶⁶ *Ídem.*

⁶⁷ *Ídem.*

auxilio de la autoridad. Los hijos, no podían comparecer en algún juicio ni contraer obligaciones sin expreso consentimiento del padre”.⁶⁸

1.7.2 Evolución de la patria potestad.

Los Códigos Civiles mexicanos del siglo XIX, regularon el ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva para el padre, y colocaron a la madre en un segundo nivel, ya que para el ejercicio de la patria potestad, debía en su caso atender los dictámenes de los consultores designados en vida por el padre de familia para la adecuada administración de los bienes, asimismo, se establecía que a falta del padre, esta obligación la adquiriría la madre o la abuela, pero con la condicionante de que perdían ese derecho sobre sus hijos, si vivían en manebía o pasaban a segundas nupcias, con lo que se menospreciaba la participación de la madre en tan importante función.

En el Código Civil de 1884, el ejercicio de la patria potestad todavía aun reflejaba ese poderío de exclusividad del padre de familia para ejercer tal derecho sobre sus hijos y los bienes de éstos.

Al respecto, María Antonieta Magallón Gómez citando a Olga Marlasca Martínez, ha señalado que; vista la transformación permisiva que ya se refleja en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, debemos tener en cuenta que la evolución de la patria potestad en el Derecho Romano presenta como hitos tanto inicial como “final” dos concepciones que se oponen entre sí; en primer lugar por el poder despótico que aprovechaba únicamente al *pater familias* y en segundo lugar, que éste “termina” como una autoridad tuitiva destinada a proteger a los sometidos a ella; es decir, que cambia su estructura de “poder” sobre los sometidos, convirtiéndose en una estructura de “deber” hacía los mismos.⁶⁹

Al respecto, María Antonieta Magallón Gómez, ha puntualizado que actualmente algunos autores contemporáneos hablan de potestad parental, entendida ésta como una función atribuida al progenitor ya sea el padre o la madre

⁶⁸ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de patria potestad en derecho mexicano*, Op. Cit., p.8.

⁶⁹ Cfr. Magallón Gómez, María Antonieta, *La Evolución y Transformación de la Patria Potestad, desde Roma al México de hoy, poder y feminismo*, Op. Cit., pp. 23 y 24.

para protección de los hijos, es decir, es un poder de los progenitores fundamentalmente tuitivo, destinado a la protección de los menores, en el cual se imponen limitaciones legales a su ejercicio.⁷⁰

De esa opinión se analiza que quienes ejercen la patria potestad del menor será en función de los hijos para el bienestar e interés superior de éstos, es como ahora ha evolucionando esa institución jurídica.

1.8 Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917.

Joel Francisco Jiménez García, ha señalado que; “por primera vez esa Ley en comento se atrevía a regular las relaciones familiares, al margen del Código Civil, es decir, estructuraba la autonomía del Derecho Familiar, como una rama más del derecho, que surgía del Derecho Civil con sus propios objetivos y cualidades que pregonaba un trato diferente en cuestión de las relaciones familiares”.⁷¹

Sin embargo, Julián Güitron Fuentes en su libro *Nuevo Derecho Familiar*, ha opinado que la Ley en comento, vino a igualar los derechos y obligaciones de los esposos gestándose en la lucha de clases en el movimiento armado de 1910, es decir, la igualdad y la libertad que llevo a Venustiano Carranza a promulgar esta Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, ya que imperaba plena autonomía del Código Civil de 1884, el cual estaba en vigor en esa época.⁷²

En esta Ley quedaba manifiesta la igualdad de los derechos y obligaciones, de los consortes en el hogar en materia familiar.

Por otra parte, esa Ley tenía similitud con el Código Civil de 1884 con dos variantes: Primero se estableció que la patria potestad podría ser ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por ambos abuelos, teniendo preferencia los paternos sobre los maternos, según corresponda, reguló la administración y el usufructo de los ascendientes se extendía a todos lo bienes del hijo; y la segunda refería que en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 solamente y de forma exclusiva

⁷⁰ Cfr. Magallón Gómez, María Antonieta, *La Evolución y Transformación de la Patria Potestad, desde Roma al México de hoy, poder y feminismo*, Op. Cit., pp. 23 y 24.

⁷¹ Jiménez García, Joel F, *Evolución de Patria Potestad en Derecho Mexicano*, Op. Cit., p.10.

⁷² Güitron Fuentes, Julián, *Nuevo Derecho Familiar*, Editorial Porrúa, 2003, México, pp.275 y 276.

se habían encargado de regular el ejercicio de la patria potestad para el padre de familia.

Con esta Ley mencionada se vinieron a igualar los derechos y obligaciones de los esposos gestándose en la lucha de clases en el movimiento armado de 1910, es decir, la igualdad y la libertad que llevo a Venustiano Carranza a promulgar esta Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, ya que imperaba en ella plena autonomía del Código Civil de 1884, el cual estaba en vigor en esa época. Pues en su articulado queda de manifiesto la igualdad de los derechos y obligaciones de los consortes en el hogar en materia familiar.

1.8.1 Concepto de patria potestad.

Se ha definido a la patria potestad como “el conjunto de derechos y obligaciones que se atribuían al padre y a la madre, en segundo lugar al abuelo y abuela paternos, y en tercero al abuelo y abuela maternos, y en ausencia de una de las dos personas, correspondía su ejercicio al que permanecía, aunque el administrador de los bienes del hijo, así como su representante, serían el padre o el abuelo en su caso; se hará manifiesta la presencia del juez, cuando los bienes del hijo sean mal administrados, se derrochen o sufran pérdidas de consideración, pues el juez intervendría a instancia de la madre o de la abuela (cuando fuere el padre o el abuelo el que administre) o del abuelo (cuando fuere la madre la que administre) o de los hermanos mayores del menor o del mismo menor, cuando hubiere cumplido catorce años o del Ministerio Público. Con esta medida, se permitía legalmente la intervención del menor de catorce años de edad, pues se consideraba con capacidad para vigilar la administración de sus bienes. Se establecía la posibilidad de renunciar del ejercicio para los abuelos y abuelas, sin posibilidad de recobrarla”.⁷³

⁷³ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de Patria Potestad en Derecho Mexicano, Op. Cit.*, p. 13.

1. 8. 2 Evolución de la patria potestad.

En opinión del maestro José Barroso Figueroa, en la Revista “El Tribunal”, Primer Congreso Internacional de Derecho Familiar, ha señalado que conviene rescatar como un muy importante dato histórico, el que correspondió a México haber promulgado el que tal vez fue primer ordenamiento en el mundo, destinado exclusivamente a regular lo atinente a la familia; nos referimos a la Ley sobre Relaciones Familiares, expedida el 9 de abril de 1917.

Con esta Ley, el Derecho Familiar había cobrado autonomía en el campo legislativo, pero al advenimiento del Código Civil de 1928 dejó de regir, revertiendo todas las materias de que aquella trataba en este cuerpo legal, perdiendo así la independencia adquirida.⁷⁴

En la propia Ley se analizan los derechos y obligaciones de los consortes al establecerse en un solo plano de los progenitores, pues ambos cónyuges tenían las mismas consideraciones en el seno del hogar. De donde por obligación le corresponde al marido el sostenimiento del hogar y a la mujer los quehaceres del mismo así como el cuidado de los hijos. Por lo que hace directamente al ejercicio de la patria potestad, no tenía objeto de beneficiar al que la ejerce y por ningún motivo excluir a la mujer de su ejercicio.

La situación de la mujer frente al varón mejoró, toda vez que había ido perdiendo terreno frente a la problemática de sometimiento por parte del hombre, lo que le ha permitido posesionarse en igualdad de circunstancias.

Con la Ley sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, se igualaron los derechos de la mujer y del hombre alcanzando seguridad jurídica y equilibrio respecto a sus derechos y obligaciones entorno al concepto familiar donde la autoridad ha tenido que intervenir para regular las relaciones sociales familiares.

⁷⁴ *El Tribunal, I Congreso Internacional de Derecho de Familiar*, Revista numero 7, Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2005, p. 16.

1.8.3 Análisis de los preceptos legales que regulaban la patria potestad.

En esta Ley se contemplaba a la institución de la patria potestad en tres capitulados, siendo estos el XV, XVI, y XVII.

El capítulo XV, reguló a la patria potestad en los artículos 238 al 246.

En el capítulo XVI, se indicaron los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo y en los artículos, 247 al 258.

Y por otro lado, el capítulo XVII incluyó los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad regulados por los artículos 259 al 269.

Se estableció que el representante del hijo así como el administrador de sus bienes, es el padre o el abuelo en su caso, y en el supuesto de que se realice una mala administración y se acredite el derroche o pérdidas considerables de los bienes de los hijos; la madre, los abuelos, los hermanos mayores, incluso el propio menor cuando hubiere cumplido catorce años, podían solicitar la presencia del Juez para que interviniera en el asunto.

Es de indicar que en ese ordenamiento jurídico ya se le concedían más facultades a la madre del menor para que interviniera en el ejercicio de la patria potestad, además el derecho sobre la potestad de los hijos ya podía ser ejercido por los abuelos a falta de los padres.

La madre del menor así como los abuelos, también podían intervenir en las cuestiones administrativas con respecto al patrimonio de los hijos, es decir, que ya se les daba más intervención en el ejercicio de la patria potestad, a diferencia de los Códigos Civiles de 1870 y de 1884.

En la comentada Ley, en su artículo 240 por primera vez reguló que la patria potestad se ejercía sobre la persona de los hijos adoptados y los bienes de éstos. Pues los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no regulaban la adopción.

En el artículo 241 de dicha Ley, se establecía que la patria potestad se ejercía en primer lugar por el padre y la madre, en segundo lugar por los abuelos paternos, en tercer lugar por los abuelos maternos. Con lo que se da un cambio importante, ya que los Códigos de 1870 y 1884 solamente contemplaban al padre para ejercer la patria potestad.

En el artículo 242 de la multicitada Ley se señalaba que a falta de alguno de los progenitores del menor, el ejercicio de la patria potestad se ejercería por el cónyuge que quedare subsistente y se consignaban los mismos derechos y obligaciones de común acuerdo para ambos cónyuges, dejando a un lado la exclusividad para el padre.

Esta Ley contemplaba básicamente los mismos derechos y obligaciones a que se referían los ordenamientos civiles de 1870 y 1884; con la diferencia que los derechos y obligaciones son ejercidos por el padre y la madre de común acuerdo, y no de forma exclusiva por el padre como se había regulado.

En dicho ordenamiento jurídico se suprime la clasificación sobre los bienes de los hijos y se ajusta al capítulo respectivo.

En la presente Ley desaparece la figura del consultor, y conforme al numeral 245 existe la posibilidad de que el padre o quien tenga el derecho sobre los hijos pueda renunciar a éste, pero con la condicionante de que por ningún motivo puede recobrarla.

En relación a las formas de extinguirse o suspenderse la patria potestad, subsistió el criterio establecido en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

1.9 El Código Civil de 1928 para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal.

“Como consecuencia de los movimientos feministas en evolución se empezó a debilitar la desigualdad respaldada por la cultura patriarcal, y se pudo ver en la exposición de motivos del Código Civil de 1928 para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, que predominó el criterio de equiparación de la capacidad jurídica del hombre y de la mujer, estableciendo el legislador beneficios para ésta última; sin embargo, en dicho ordenamiento sustantivo, la mujer quedaba supeditada a no descuidar la dirección y los trabajos del hogar que a ella correspondían”.⁷⁵

⁷⁵ Magallón Gómez, María Antonieta, *La Evolución y Transformación de la Patria Potestad desde Roma al México de hoy, poder y feminismo*, Op. Cit., pp.26 y 27.

En lo que respecta a la patria potestad ésta se regulo en el título octavo del libro primero titulado “De las personas”, en los artículos del 411 al 424 del Capítulo I en donde se disponen los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos, y en relación a sus bienes; situación que está prevista en los artículos del 425 al 442, así como los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad lo cual está reglamentado en los artículos 443 al 448 del Capítulo III.

1.9.1 Concepto de patria potestad.

Este ordenamiento civil en comento definía a la patria potestad como el conjunto de derechos y obligaciones ejercidos en primer lugar por el padre y la madre; a falta de éstos los abuelos paternos; posteriormente siguiendo el orden, se le otorga el derecho a los abuelos maternos, encargándose de la correcta educación; asimismo se les concedía el deber de corregir y castigar mesuradamente a los hijos cuando fuera necesario.

En la definición se proporcionan elementos extensivos que conforman a los sujetos que ejercerían la patria potestad, algo novedoso que se implementó en éste Código Civil fue el hecho de que la madre de familia se encontraba inmersa en el compromiso de la responsabilidad de educar, orientar e incluso de corregir y castigar a los hijos con respecto de su comportamiento, además de representarlos sin ninguna objeción.

1.9.2 Evolución de la patria potestad.

El autor Joel Francisco Jiménez García, señalaba que en la exposición de motivos del Código Civil de 1928, se pronunciaba sobre la capacidad jurídica del hombre y de la mujer en un plano de igualdad, sin embargo, dicha igualdad no se presentaba de manera total, en virtud de que todavía se ostentaban algunas discrepancias e impedimentos que no le permitían a la mujer llevar a cabo libremente el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos, es decir, en la práctica aún no se había podido liberar la mujer de esa atadura que se había

presentado desde el antiguo Derecho Romano y había persistido en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.⁷⁶

1.9.3 Análisis de los preceptos legales que regularon la patria potestad.

Al respecto, ese mismo autor señalaba que el referido ordenamiento legal en su artículo 411 mencionaba independientemente del estado, edad, y condición que tengan los hijos estos deberían de honrar y respetar a sus padres y demás parientes.

Situación que obliga a los hijos a conducirse de manera respetuosa con sus padres, ya que no importaba aun cuando hubiera cumplido la mayoría de edad o se hubieran emancipado de sus progenitores.

El artículo 412 mencionaba que se encontraban sometidos los hijos menores no emancipados, en tanto exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla.

Esta disposición concedía el derecho de ejercer la patria potestad a quien la detentara en ese momento cuando uno de los cónyuges se quedara con la guarda y custodia del menor.

Otro de los numerales; el 413 mencionaba que la patria potestad se ejercería sobre la persona en sí misma y sobre los bienes de los hijos.

El artículo 414 del mencionado ordenamiento establecía que la patria potestad respecto de los hijos de matrimonio se ejerce en primer lugar por el padre y la madre de manera conjunta, y por ninguno de ellos en forma exclusiva; en segundo lugar por el abuelo y abuela paternos, y en tercer lugar por los abuelos maternos.

Al respecto, ese artículo se refería al ejercicio de la patria potestad fundado en el matrimonio, y señalaba quién tenían el derecho para ejercerla.

El artículo 415 del citado ordenamiento expresaba que tratándose de los hijos nacidos fuera de matrimonio, si los dos progenitores los hubieran reconocido y viven juntos, ambos ejercen la patria potestad.⁷⁷

⁷⁶ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de Patria Potestad en Derecho Mexicano*, Op. Cit., p. 14.

También esta hipótesis normativa se refería a los hijos que hubieran nacido fuera de matrimonio, al disponer que si son reconocidos los hijos y vivieran juntos ambos cónyuges podrán ejercer de manera conjunta la patria potestad del menor.

El artículo 417 del Código Civil en comento indicaba que los padres del hijo nacido fuera de matrimonio, quienes vivían juntos y luego se separan, continuaran ejerciendo la patria potestad de este último; en caso de desacuerdo, el Juez resolverá pero tomara siempre en cuenta el interés del menor.

Este numeral se refería a los hijos nacidos fuera de matrimonio cuando uno de los cónyuges se hubiera separado de su pareja el último podrá ejercer la patria potestad, y en caso de desacuerdo la autoridad judicial se pronunciaría al respecto.

El artículo 421 del ordenamiento en cita, señalaba que “es obligación del hijo, sujeto a patria potestad, a no dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos, o decreto de autoridad competente”. Obligándose al menor a permanecer con sus progenitores en el domicilio que éstos hubieran decidido habitar, el cual no podía dejar sin el permiso de éstos o mediante resolución correspondiente.

El artículo 423 del Código Civil en cita señalaba que quienes ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar mesuradamente a los hijos sujetos a la patria potestad y, agregaba que en el supuesto que sea necesario, las autoridades auxiliasen mediante el uso de amonestaciones y correcciones.

El otro numeral, el 424 del ordenamiento multicitado, establecía que el menor sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento de los que o del que ejerzan tal derecho, agrega éste Código en comento que en caso irracional disenso resolverá el Juez.⁷⁸

Este artículo limitaba las facultades del menor debido a que no contaba con capacidad de ejercicio para actuar y celebrar actos con terceros, sin la autorización de los que ejercen la patria potestad de éste.

⁷⁷ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de Patria Potestad en Derecho Mexicano*, Op. Cit., pp. 14 y 15.

⁷⁸ *Ibidem*, p.15.

El artículo 425 del Código Civil en comento establecía que la patria potestad también se ejercía con respecto a los bienes de los hijos, ya que éstos no contaban con la capacidad jurídica para administrar bienes, el derecho a representarlos se encontraba en un principio por los padres de familia, ya que éste es el representante legítimo, en consecuencia tienen la administración legal de sus bienes.

En un principio el administrador de los bienes era el varón, cuando la patria potestad se ejerce por el padre y por la madre o por el abuelo y por la abuela o por los adoptantes, aunque debe consultar en todos los negocios a su consorte, y requerirá de su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

En este precepto legal en un principio se colocaba al padre de familia como administrador de los bienes, sin embargo, también se le concedía la intervención a la cónyuge para emitir su opinión y consentimiento en los actos más importantes.

Los artículos 428, 429 y 430 del ordenamiento en cita dividían a los bienes del menor en dos clases:

1) Los que adquiriera por el producto de su trabajo y 2) los bienes que adquiriría por cualquier otro título.

Los bienes de la primera clase, le pertenecía en propiedad, administración y usufructo al hijo.

Y en relación a los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecían al menor; la administración y la otra mitad del usufructo le pertenecen a la persona o personas que ejerzan la patria potestad.

El citado ordenamiento indicaba en los artículos 431 y 432 que los padres o quien ejercía la patria potestad podían renunciar a la mitad del usufructo al que tenían derecho, y que la misma se consideraba como una donación.⁷⁹

Otro de los artículos es el 439, el cual prevé que los que ejercen la patria potestad tenían la obligación de dar cuenta de los bienes de los hijos.

El artículo 440 del ordenamiento legal en cita, decretaba que de llegarse a presentar la situación de que había intereses opuestos entre quien ejercía la patria

⁷⁹ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de Patria Potestad en Derecho Mexicano, Op. Cit.*, p. 16.

potestad y los hijos, tenía que darse obligatoriamente la presencia de un tutor, el cual era nombrado por un Juez.

El artículo 441 de dicho ordenamiento legal precisaba que si el menor ha cumplido los catorce años, tiene la facultad de solicitar al Juez su intervención para que impida que por mala administración de los bienes, estos se derrochen o disminuyan.

Al menor que se emancipaba o llegaba a la mayoría de edad, se le tenían que entregar todos los bienes y los frutos que le pertenecían.

El artículo 448 del mencionado Código Civil, ordenaba que no se perdía la patria potestad de los menores cuando la madre o la abuela contrajeran segundas nupcias, y no se permite la renuncia de la patria potestad, aunque podía ser excusable cuando a quien correspondía su ejercicio tuviese más de sesenta años cumplidos o no pueda atender su desempeño debido a su mal estado de salud.

En el referido Código Civil ya se contemplaba que el ejercicio de la patria potestad a la madre de familia se le tomaba opinión ya que en otras disposiciones se le había restringido y limitado para intervenir y pedir consejo respecto de los bienes de sus hijos.

Por otra parte, ya existía la posibilidad de que el hijo contara con bienes propios, pues el Código Civil de referencia los dividía en dos clases, 1) los adquiridos por su trabajo y 2) los adquiridos por cualquier otro título.⁸⁰

1.9.4 Formas de terminarse la patria potestad.

En el artículo 443 del Código Civil en comento se establecían las formas de terminarse la patria potestad, mismas que se mencionan a continuación:

- I. La muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga ese derecho;
- II. la emancipación; y
- III. por la mayoría de edad del hijo.

⁸⁰ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de Patria Potestad en Derecho Mexicano*, Op. Cit., p. 16.

Otra forma de terminar con la patria potestad, se establecía en el artículo 444 del citado ordenamiento cuando la persona encargada de ejercerla es condenada a que ya no la ejerza, ya sea por cuestiones de divorcio, costumbres depravadas de los padres, malos tratos, abandono de deberes, por exposición o por abandono de los hijos.

La suspensión de la patria potestad, tal y como se establece en el artículo 447 del Código Civil, se da por incapacidad o ausencia, mismas que deberán ser declarados de manera judicialmente a través de una sentencia condenatoria.

Se instituye en este ordenamiento jurídico que la patria potestad es irrenunciable, aunque se presenta la posibilidad de excusarse si quien la ejerce tiene la edad de sesenta años cumplidos o por cuestiones de salud; lo antes señalado encuentra su fundamento en el artículo 448 del referido Código.⁸¹

⁸¹ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de Patria Potestad en Derecho Mexicano*, Op. Cit., pp.16 y 17.

Capítulo Segundo

Análisis de la Patria Potestad en el Código Civil para el Distrito Federal.

Planteamiento general.

En el presente apartado se realizará un estudio del concepto doctrinal de varios autores de la patria potestad.

En éste capítulo se analizarán las características de la patria potestad y que se refieren a señalar que es interés público, irrenunciable, intransferible, imprescriptible, temporalidad y excusable.

Por otra parte, se hace mención de los sujetos activos y pasivos así como las consecuencias jurídicas de quienes intervienen en el ejercicio de la patria potestad.

Se analizan los derechos y obligaciones tanto de los menores como de quienes ejercen la patria potestad, con respecto a la persona y los bienes del hijo sujeto a la patria potestad, estudiándose la terminación, pérdida, limitación, suspensión y excusa de la patria potestad regulados en el Código Civil para el Distrito Federal.

2.1 Concepto de patria potestad.

Desde el punto de vista doctrinal, la maestra Sara Montero Duhalt, ha considerado a la patria potestad como “la Institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley le otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad”⁸², también se le define como “la regulación jurídica que se hace de los deberes y derechos que se reconocen a los padres en la legislación civil y/o familiar sobre los hijos y sus bienes: Implica el reconocimiento de los mismos con el fin de proveer a la protección y desarrollo integral de los hijos menores”.⁸³

⁸² Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia*, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 1985, p.339.

⁸³ Pérez Contreras, María Monserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, S.N.E., Editorial UNAM, México, 2010, p.151.

Por otra parte, los autores Fausto Rico Álvarez, Garza Bándala y Cohen Chicurel, en su obra intitulada “Derecho de Familia” la definieron como “el conjunto de deberes, derechos y obligaciones existentes entre los ascendientes y descendientes más próximos, encaminados al cuidado y desarrollo de la persona y de los bienes de éstos durante su minoría de edad”.⁸⁴

También se ha expuesto que “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”.⁸⁵

Rafael de Pina la define como “el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidas a quienes la ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y a sus bienes”.⁸⁶

Galindo Garfias indica que la patria potestad “es aquélla que tiene su origen en la filiación, al señalar que 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 habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)”.⁸⁷

Al respecto, la Primera Sala Civil de nuestro Máximo Tribunal ha puntualizado acertadamente, que las relaciones jurídicas paterno-filiales entre los progenitores y los descendientes menores han evolucionado, al establecer que el interés superior del menor inmerso en nuestra Carta Magna debe aplicarse, y que los órganos judiciales deberán de abandonar la vieja tradición de ese poder absoluto de ejercer la patria potestad por el padre sobre los hijos, y que ahora la función que se les ha encomendado a quienes ejercen la patria potestad, es que ésta sea en beneficio de los hijos con el único objeto de que se dirija a la

⁸⁴ Rico Álvarez, Fausto. *et al.*, *Derecho de familia, Op. Cit.*, p.415.

⁸⁵ Planiol, Marcel y Ripert, Georges., *Derecho Civil*, S.N.E, Editorial Harla, México, 1997, p.255.

⁸⁶ De Pina, Rafael, *Diccionario de Derecho*, S.N.E, Editorial Porrúa, México, 1991, p.399.

⁸⁷ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil Primer Curso, Parte General, Personas, Familia, Op. Cit.*, p.689.

protección, educación y a la formación integral de los mismos, buscando siempre el interés en la relación paterno filial, donde los poderes públicos tengan que vigilar y hacer que se respete el interés superior del menor por quienes ejercen ese derecho del ejercicio de la patria potestad.

Para mayor comprensión del tema se transcribe la tesis de nuestro Máximo Tribunal.

“PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS.

La configuración actual de las relaciones paterno-filiales ha sido fruto de una importante evolución jurídica. Con la inclusión en nuestra Constitución del interés superior del menor, los órganos judiciales deben abandonar la vieja concepción de la patria potestad como poder omnímodo del padre sobre los hijos. Hoy en día, la patria potestad no se configura como un derecho del padre, sino como una función que se le encomienda a los padres en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de estos últimos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicha institución en consideración prioritaria del interés del menor. Es por ello que abordar en nuestros días el estudio jurídico de las relaciones paterno-filiales y en particular de la patria potestad, requiere que los órganos jurisdiccionales partan de dos ideas fundamentales, como son la protección del hijo menor y su plena subjetividad jurídica. En efecto, por un lado, el menor de edad está necesitado de especial protección habida cuenta el estado de desarrollo y formación en el que se encuentra inmerso durante esta etapa vital. La protección integral del menor constituye un mandato constitucional que se impone a los padres y a los poderes públicos. Al mismo tiempo, no es posible dejar de considerar que el menor es persona y, como tal, titular de derechos, estando dotado además de una capacidad progresiva para ejercerlos en función de su nivel de madurez.

PRIMERA SALA

Amparo directo en revisión 348/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos; José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho para formular voto concurrente. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 2554/2012. 16 de enero de 2013. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González”.⁸⁸

Por su parte, el maestro Antonio de Ibarrola, señala que la patria potestad “es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad”.⁸⁹

⁸⁸ Tesis: 1a.LXIII/2013; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Décima Época; t. I, febrero de 2013; P. 828.

⁸⁹ Ibarrola, De, Antonio, *Derecho de Familia*, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 1993, p. 442.

Baqueiro Rojas en su obra señala: “Que la patria potestad se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí que se entienda a la patria potestad como el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la Ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo”.⁹⁰

De las definiciones propuestas por la doctrina y de la tesis citada analizamos que son acordes al conceptualizar a la patria potestad como la “relación entre padres e hijos, generadora de recíprocos derechos y deberes concebidos siempre en función del amparo de los hijos”.

En ese orden de ideas, dichas definiciones enumeran algunos elementos formales que permiten que el ejercicio de la patria potestad sea de manera compartida, es decir, ya se ejercen de manera conjunta los derechos y obligaciones que la propia Ley les impone a los padres de familia, para procurar el bienestar, el afecto, el desarrollo, la educación y protección de los hijos y su patrimonio.

Al respecto, podemos mencionar que los padres son quienes ejercen ese derecho derivado de la filiación consanguínea o civil respecto de los menores y la norma crea derechos, deberes y obligaciones los cuales son impuestas por la ella, para proteger, educar y realizar una formación integral, siempre en beneficio y en el interés superior del menor, donde sus derechos son reconocidos por nuestra Constitución Política y los poderes públicos estarán obligados a vigilar que se respeten y se cumplan esos derechos.

2.2 Características de la patria potestad.

Las características derivan de los conceptos de la patria potestad a los que se ha hecho referencia; y por su importancia se describen a continuación:

⁹⁰ Baiquero Rojas, Edgard, *Derecho de Familia y Sucesiones*, S.N.E., Editorial Harla, México, 1990, p.227.

a) Interés público: Las relaciones que surgen entre los padres e hijos se encuentra regulada por la institución de la patria potestad, cuando todavía los hijos son menores y éstos no se pueden valer por si mismos. Por lo tanto, en “la patria potestad existen derechos y deberes que componen a la institución de la patria potestad al considerarse de interés público, por así establecerlo la ley como un cargo irrenunciable”.⁹¹

b) Irrenunciable: La irrenunciabilidad se establece en el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, al señalar que la patria potestad no es renunciable, pues es la propia ley la que le concede el carácter de irrenunciable. Y “se caracteriza por ser de Interés público al ordenar que los padres del menor deben de cumplir con sus responsabilidades con sus menores hijos”.⁹² Al considerar que los padres de familia no pueden dejar de ejercer ese cargo al manifestarse su obligación cuando éstos procrean y conciben hijos dentro de su familia.

c) Intransferible: Esta se basa en que las relaciones de carácter familiar son de carácter personalísimo de ahí que la patria potestad es intransferible por actos entre vivos ni por causa de muerte, porque no se encuentra dentro del comercio, y no puede ser transferible por ningún título oneroso ni gratuito. No obstante ello existen algunos casos en los que se tenga que transmitir, pero este supuesto se presenta cuando la persona que la ejerce muera o quede imposibilitado para seguir ejerciéndola, por lo que la Ley establece quien debe asumirla.

d) Imprescriptible: Es importante señalar que la patria potestad no se adquiere por el transcurso del tiempo, pero tampoco se pierde por el hecho de que la persona deje de ejercer ese derecho.

Hay ocasiones en las que un menor se encuentra bajo los cuidados de un tercero, quien procura proporcionarle educación, cuidados, protección, alimentos y todo lo necesario para el buen desarrollo de su persona, pero en estos casos no

⁹¹ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia*, S.N.E, Editorial Porrúa, México 1985. p.342.

⁹² *Ídem*.

se adquiere la patria potestad, ya que ésta es imprescriptible. No se pierde ni se extingue por el sólo transcurso del tiempo.

e) Temporalidad: Significa que sólo se tendrá ese derecho mientras el menor cumple la mayoría de edad o se emancipa.

f) Excusable: Es una excepción al cumplimiento de la patria potestad por los padres de familia, y se refiere a las condiciones personales de quien la ejerce, es decir, el artículo 448 del Código Civil señala las circunstancias por las que se puede excusar del cargo: la primera de ellas es la edad de quien ejerce la patria potestad, o sea que tenga sesenta años; y la segunda es derivado del mal estado de salud; por lo que de darse estos supuestos no se pueda atender debidamente al menor.

Si bien es cierto, que es excusable la Ley no lo faculta a no cumplir su obligación de ejercer la patria potestad, ya que si a los sesenta años se encuentra bien de salud, puede seguirla ejerciendo si es en beneficio para el descendiente. Y si no el Juez de lo Familiar tomará las medidas necesarias para que los ascendientes en segundo grado, es decir los abuelos paternos o maternos puedan ejercerla y si no pueden o no los hubiere se nombrara un tutor legítimo dativo.⁹³

Al respecto de ello, Javier Tapia Ramírez, opina que: “las características de la patria potestad comprenden entre ellas: que es irrenunciable, imprescriptible, temporal, inalienable y de tracto sucesivo”.⁹⁴ Sin embargo, no se refiere a la característica de que sea de interés público como lo señala la maestra Sara Montero Duhalt. No obstante, que aún cuando este autor no menciona dicha característica de la patria potestad, el interés público se encuentra inmerso dentro de la irrenunciabilidad por tratarse de un derecho-deber de interés público: asimismo, el tracto sucesivo también se correlaciona con la característica de temporalidad y puede extenderse aún más según las circunstancias personales del menor y de la actividad e instrucción que realice.

Sobre el tema que nos ocupa, los autores Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez han precisado las características de la patria potestad, al señalar

⁹³ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, pp. 342 y 344.

⁹⁴ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 2013, p.398 y 399.

que: no es renunciable ni transferible, ya que voluntariamente el que la tiene (padre, madre, abuelos) no puede cederla a nadie, tampoco es prescriptible, ya que el no ejercicio o abandono se sanciona, pero no libera de sus funciones a quien la tiene.⁹⁵

Como se analiza, estas características que estos autores han propuesto se encuentran incompletas y no las desarrollan una por una como al respecto las ha explicado de manera contundente la maestra Sara Montero Duhalt.

2.3 Sujetos activos y pasivos que intervienen en el ejercicio de la patria potestad.

Los sujetos que intervienen en una relación familiar de pareja se encuentra integrada por los esposos o concubinos de ahí que alguien debe de ejercer el derecho de la patria potestad cuando existan hijos ya sea el padre o la madre pero siempre de manera conjunta o bien, el padre o la madre solos; los abuelos paternos de manera conjunta o separada y maternos también de manera conjunta o separada, siempre y cuando el Juzgador determine la manera en que se deberá de ejercer ese derecho.

Se ha sostenido que: “Se entiende por sujeto activo a quien debe desempeñar el cargo de ejercer la patria potestad, y con respecto al sujeto pasivo aquél sobre quien se cumple vendría siendo el menor hijo”.⁹⁶

En relación a los sujetos pasivos en quien recae ese cumplimiento se señala que “son únicamente los hijos o nietos menores edad. Nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad.”⁹⁷

Por lo que se determina quienes ejercen esa función del ejercicio de la patria potestad de los hijos menores se les llama sujetos activos, que estarán representados por los progenitores ejerciendo ese derecho de manera conjunta o separada en relación a los sujetos pasivos que serían los descendientes.

⁹⁵ Baqueiro Rojas, Edgar y Buen Rostro, Rosalía, *Derecho de Familia*, Segunda Edición, Editorial Oxford University Press, México, 2009, p.267.

⁹⁶ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.344.

⁹⁷ *Ídem.*

Por otra parte, la maestra María Monserrat Pérez Contreras no hace tal distinción de sujetos activos y sujetos pasivos quienes intervienen en el ejercicio de la patria potestad, únicamente realiza una descripción de las personas que ejercerán la patria potestad y menciona:

Que los menores no emancipados son los hijos que se encuentran sujetos a la patria potestad, cuando uno de los progenitores exista para ejercer ese derecho conforme a Ley.

Los que ejercen la patria potestad del menor son el padre y la madre; cuando por cualquier causa deje de ejercerla uno de ellos, continuará en el ejercicio el otro. Y señalando si es uno de los padres el que reconoce al menor éste ejercerá la patria potestad.

Ahora bien, cuando faltaren ambos padres o por alguna de las razones reguladas en la Ley, ejercerán la patria potestad los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez, considerando las circunstancias de cada caso en particular, en este supuesto se trata de los abuelos paternos o maternos.

Solo por falta o impedimento de los llamados preferentemente, es decir, los padres, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido por la ley. Si solo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

Para los casos de menores infractores, la patria potestad se ejerce por los padres o ascendientes, designados por la ley, sobre la persona y los bienes de los hijos. Y su ejercicio queda sujeto, por cuanto hace a la guarda y educación de los menores, a las condiciones que señalan las resoluciones de la autoridad competente de conformidad con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.⁹⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su libro titulado “Temas selectos de Derecho Familiar”, ha señalado que cada una de las definiciones que se propongan de la patria potestad, conllevan a constituir atributos esenciales de

⁹⁸ Pérez Contreras, María Monserrat, *Derecho de Familia y Sucesiones, Op. Cit.*, p.152.

la patria potestad, la cual se constituye por un conjunto de derechos, facultades y obligaciones atribuidos, entre otros, a los progenitores y quienes tengan ese derecho de ejercer la patria potestad (abuelos paternos, abuelos maternos), al ser considerados como sujetos activos. Y los sujetos pasivos de ella los menores de edad no emancipados, ya que la patria potestad es una institución destinada a la guarda y protección de menores de edad no emancipados, por lo que sólo los sujetos que reúnan dichas condiciones pueden ser sujetos a ella.⁹⁹

Estos criterios determinan cómo será el orden de los sujetos activos que ejercen la patria potestad sobre el menor no emancipado, se basan primordialmente en el criterio establecido por el Código Civil para el Distrito Federal en lo que respecta al tratamiento de la patria potestad menciona que los sujetos que intervendrán para ejercer la patria potestad de los hijos nacidos dentro de matrimonio así como los hijos habidos fuera de él; al señalar que para el primero de los casos se describe tres supuestos que éste ordenamiento prevé: el primero de manera conjunta el padre y la madre, a falta de uno de los dos, la ejercerá el que quede; el segundo caso es con respecto al abuelo y la abuela paternos; el tercero de los casos el abuelo y la abuela maternos, tal y como lo dispone el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal.

Cuando falte alguna de las dos personas a quienes corresponda ejercer la patria potestad, el que queda ejercitará ese derecho, como lo menciona el artículo 420 del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que se transcribe a continuación:

Artículo 420. 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 corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

La otra figura es la adopción, y el ejercicio de la patria potestad se presenta únicamente y exclusivamente entre el adoptado y sus adoptantes, tal y como lo señala el artículo 419 del Código Civil para el Distrito Federal, la adopción es la

⁹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad Derecho Familiar, Op. Cit.*, pp. 13 y 14.

única institución que la Ley permite que se pueda transmitir la patria potestad de un menor a otras personas, dicho precepto legal se transcribe a continuación:

Artículo 419. La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que los adopten.

Sin embargo, el contenido de esta hipótesis normativa entra en contradicción con la normatividad de la adopción plena.

De los artículos analizados se desprende que los sujetos que ejercen la patria potestad deben hacerlo cumpliendo con el interés superior del menor; ejerciendo sus derechos y obligaciones bajo la observación de las autoridades en éste caso cuando se le mande dar de su conocimiento al Juzgador para que pueda resolver respecto de quien de los padres podrá ejercer la patria potestad del menor, e incluso ahora se le da participación a los menores para que opinen respecto de la forma en que los sujetos activos cumplen con sus deberes. Sin embargo, nunca se deja al arbitrio de una de las partes, sino siempre se llega a un consenso con la intervención del Juez Familiar, y con vista a la Representación Social, es decir, del Ministerio Público.

2.4 Consecuencias jurídicas en el ejercicio de la patria potestad.

Ante el incumplimiento de los deberes y obligaciones de quienes ejercen la patria potestad del menor, se les apercibirá por el Juzgador para que cumplan de la manera adecuada con los deberes y obligaciones que tienen respecto de sus menores hijos; aunque también es importante mencionar que estos también se encuentran obligados a conducirse de manera respetuosa y armoniosa con sus ascendientes.

El autor Javier Tapia Ramírez, ha mencionado que las consecuencias jurídicas de la patria potestad se dividen principalmente, en las siguientes: La custodia y la guarda del hijo menor no emancipado, que a su vez trae aparejados los deberes y funciones de los padres para su protección asistencia y educación; la representación de la persona del menor y de sus bienes; la conducta que debe observar el menor sujeto a la patria potestad, que se traduce en los deberes y

obligaciones que debe asumir frente a quienes tengan la guarda y custodia o la patria potestad (padres, abuelos o terceros).

Por otra parte, la maestra Sara Montero Duhalt, ha propuesto una clasificación al establecer que las consecuencias jurídicas de la patria potestad comprenden: los derechos y obligaciones de los menores, así como los derechos y obligaciones de quienes la ejercen, al señalar que estos derechos y obligaciones tienen un doble carácter, respecto a la persona de los descendientes y en cuanto a sus bienes.

Por lo que hace a la persona de los menores encontramos:

“a) La representación legal, b) Designación de domicilio, b) Educación, corrección y ejemplaridad, d) Nombramiento de tutor testamentario. Así como las consecuencias jurídicas respecto de los bienes del menor, en las que tenemos que sus efectos son dobles: a) Administración de los bienes del menor, y b) Usufructo legal”.¹⁰⁰

También se ha señalado que “los efectos de la patria potestad se dividen en relación a la persona del hijo y sus bienes. Al puntualizar que los primeros se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella como la función protectora y formativa (crianza y educación) que deben de llevar a cabo los primeros”.¹⁰¹

El autor Miguel Ángel Quintanilla García en su libro *Convivencias Familiares*, ha expuesto, que “la patria potestad consiste en el ejercicio de los siguientes derechos:

1. De alimentarlos.
2. Educar a los hijos.
3. Vigilarlos y corregirlos.
4. Administrar sus bienes”.¹⁰²

De esas clasificaciones, estos autores hacen referencia a dos aspectos importantes, el primero se refiere al que deben de cumplir quienes ejercen la patria potestad con sus deberes y obligaciones, es decir, deben actuar con respeto; y por

¹⁰⁰ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, pp.346 y 349.

¹⁰¹ Baqueiro Rojas, Edgar, y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.272.

¹⁰² Quintanilla García, Miguel Ángel, *Convivencias Familiares*, México, 2007, p.52.

lo que hace a los menores éstos deben de obedecer y comportarse de manera armoniosa para que a su vez exista una buena relación familiar. El segundo de los hechos se basa en que el ascendiente representa al menor, es decir, el administrador de los bienes que adquiera el menor.

2.4.1 Derechos y obligaciones de los menores sujetos a la patria potestad.

En el título octavo del libro primero del Código Civil vigente para el Distrito Federal, se regula la figura jurídica de la patria potestad, contemplándose los efectos de dicha institución con respecto a los hijos, así como los derechos y obligaciones que constituye la patria potestad en donde recae sobre la persona y los bienes del menor.

Al respecto, como ha quedado establecido por los autores Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, las relaciones personales que se den entre los padres y el menor hijo, se dirigen a una función protectora y formativa (crianza y educación) que se debe de llevar a cabo por quienes ejercen la patria potestad.

Pues de estas relaciones familiares no sólo deben de ir más allá de una simple relación interpersonal, sino que en ellas, debe imperar el respeto de manera correlativa.

Nos referiremos al respeto como la consideración mutua entre quien ejerce la patria potestad y quien la recibe.

El respeto.

El concepto gramatical de respeto hemos de indicar que deriva (Del *lat. Respectus*, atención, consideración) m. veneración, acatamiento que se hace de alguien.¹⁰³

Desde la más remota antigüedad han establecido todas las legislaciones diversos preceptos que marcan esos derechos y obligaciones, al señalar el comentarista Manuel Mateos Alarcón en sus “Lecciones de Derecho Civil” al frente

¹⁰³ Diccionario de la Lengua Española, Vigésimo Segunda Edición, Madrid, 2001, p 202.

de ellos, a aquel que sólo es reproducción del principio de la más pura moral, que dice: “honrarás a tu padre y a tu madre”.¹⁰⁴

Las Leyes de Derecho Romano usaban las palabras piedad y reverencia y mandaban que se tuvieran estimados igualmente para el padre y para la madre; la Ley de las 7 Partidas establecían las palabras amar y obedecer al padre.

Actualmente el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal, “ha olvidado la obligación establecida en derecho natural, y que nos parece como la más adecuada para recordarles siempre a los hijos ese deber de respeto y obediencia hacía sus padres y demás ascendientes, ya que en nuestra legislación actual establece consideraciones mutuas de derechos iguales, de relaciones entre ascendientes y descendientes”.¹⁰⁵

Al respecto, se ha precisado que las relaciones que se dan entre padres e hijos, deberían ser desde el punto de vista del derecho natural, es decir, de la filiación.

Sin embargo, atendiendo a la evolución del derecho, se debe manifestar que en la actualidad nuestra legislación en específico el Código Civil para el Distrito Federal se encuentra a la vanguardia al proteger los derechos de los menores.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Libro Temas Selectos de Patria Potestad, Derecho Familiar, ha señalado que Raúl Lozano Ramírez e Ignacio Galindo Garfias, en el libro “Derecho Civil, Primer Curso”, Parte General, Personas, Familia, que “quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con los menores descendientes, mientras que éstos tienen el deber primordial de respetar y obedecer a aquéllos”.¹⁰⁶

De donde se analiza que en las relaciones de padres a hijos existe el deber de relacionarse de manera armónicamente entre quienes ejercen la patria potestad y la reciben, pues en principio se establece que los hijos menores que se

¹⁰⁴ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Convivencias Familiares, Ob. Cit.*, p. 53.

¹⁰⁵ *Ídem.*

¹⁰⁶ *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 39.

encuentren sujetos a la patria potestad, deberán tener como finalidad respetar a su padre y madre, pero ese respeto no sólo debe existir entre los descendientes y sus progenitores sino entre todos los miembros de la familia así lo encontramos regulado en el artículo 138 ter del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra señala:

Artículo 138 Ter.- Las disposiciones que se refieran 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.

El deber de respetar a los padres es un deber supremo de los hijos que recoge la ley, aunque la misma reconoce que es a todas luces un principio de carácter incoercible. Aduciendo, por otro lado, que no deriva de la patria potestad, sino de la calidad de hijo, de la filiación misma, al no importar la edad, el estado o condición de los mismos.¹⁰⁷

Vivir en el domicilio de los ascendientes.

“El menor no emancipado, no puede dejar el domicilio de quienes ejercen sobre él la patria potestad sin autorización de ellos o decreto judicial de la autoridad competente. Así como el domicilio deberá estar designado por quienes ejercen la patria potestad del menor que por lo regular es el del padre y de la madre, y ese será el domicilio legal del menor”.¹⁰⁸

Los hijos menores no emancipados deben de guardar y conducirse de manera respetuosa con quienes ejercen la patria potestad, en términos de la filiación existente entre ellos, de lo que se analiza que la Ley regula como un deber por el que se deben de conducir los menores con sus progenitores, atendiendo, honrando y respetando a sus progenitores; deberán habitar y convivir en el domicilio familiar que les indiquen sus ascendientes, para que puedan convivir y aprender los hábitos y valores inherentes para honrar y respetar a su padre y madre.

¹⁰⁷ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 346.

¹⁰⁸ *Idém.*

Para que la patria potestad se lleve a cabo en buenos términos con respeto recíproco entre quienes la ejercen y quienes la reciben, es importante considerar que debe existir una relación de armonía entre ascendientes y descendientes su trato debe ser cordial basado en el respeto, confianza, diálogo y responsabilidad.

Ante esta situación, el respeto y la buena relación deben ser preponderantes tanto para los padres de familia como para los hijos menores, ya que ello, los llevaría a entablar una buena relación de padres a hijos, tal y como lo señala el numeral 411 del Código Civil para el Distrito Federal; el cual se transcribe a continuación:

Artículo 411. En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

Quienes detenten la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

Al respecto, el maestro Rafael de Pina Vara, comparte el mismo criterio del autor Miguel Ángel Quintanilla García, en su libro *Convivencias Familiares*, al señalar el primero de los autores, “que en realidad se trata de un deber predominantemente ético, que no se extingue por la emancipación, y es por lo tanto, consecuencia más bien de la patria potestad, en sentido específico de la relación paterno filial en sentido amplio”.¹⁰⁹

Ese deber de respeto lo encontramos previsto en el artículo 29 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, y ratificada por México el 21 de septiembre de 1990,¹¹⁰ la cual establece que el Estado garantizará que la educación de los niños sea la idónea a efecto de que se apliquen los valores inherentes a su persona para que se comprometa al desarrollo de sus actitudes y capacidades, el respeto y el derecho a sus creencias, así como el respeto a sus progenitores, de su identidad

¹⁰⁹ De Pina Vara, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano Volumen I*, Edición Vigésima Primera, Editorial Porrúa, México, 2000, p.379.

¹¹⁰ *Convención Sobre los Derechos del Niño*, aprobada por las Naciones Unidas, el 20 de Noviembre de 1989, y ratificada por México el 21 de septiembre de 1990.

cultura, y que sea responsable en una vida futura y profesional, así como la conservación del medio ambiente de su hábitat.

El artículo 29 de la mencionada convención regula lo siguiente:

El Artículo 29.

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Por otra parte, en la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños para el Distrito Federal en el artículo 2, inciso c) se regula que la presente ley tiene por objeto procurar y difundir el debido respeto entre las niñas y niños en los ámbitos familiar, en la comunidad, en lo social, público y privado, esto es que se lleve a cabo en el núcleo familiar para que se difunda a la sociedad.

Al respecto, también el artículo 9 del mismo ordenamiento establece lo siguiente:

Artículo 9. Son obligaciones de los progenitores y miembros de la familia para con las niñas y niños:

- I.- Asegurar el respeto y la aplicación eficaz de los derechos establecidos en la presente Ley, así como garantizarles que no sufran ningún tipo de violencia, discriminación, maltrato, explotación o violación a sus derechos, en el seno de sus familias, en los centros de enseñanza, en los espacios de recreación o en cualquier otro lugar en que se encuentren. (...)

Esta Ley ha tomado como principios rectores de las niñas y de los niños: al interés superior y el bienestar de los mismos, ante otra decisión que se pueda vulnerar y perjudicar sus derechos, así como la corresponsabilidad y la concurrencia en donde se asegure la participación de la familia, a través de los órganos de gobierno, de la sociedad en atención de las niñas y niños, así como la igualdad, la preferencia de un hogar en la familia, y el derecho de vivir libre de violencia, así como el respeto universal, diversidad étnica, cultural y religiosa como derechos se debe de entender, el de la vida, la integridad y dignidad, a la no discriminación a una vida libre de violencia, de ser respetado en su integridad física, psicoemocional y sexual, ser protegido y no ser explotado, tener el derecho a ser protegido por sus progenitores, familiares, por la autoridad e incluso por la sociedad y a ser informado de la seguridad pública como de la protección civil.

Consideración y armonía.

El concepto gramatical de consideración (proviene del latín *Consideratio, Onis*) m. acción y efecto de considerar; en donde la consideración se encuentra inmerso el respeto, así como la muestra de respeto o cortesía a alguien.¹¹¹

De ahí, que el respeto conlleve a una sana relación entre quienes ejercen la patria potestad y quien la recibe de una forma armoniosa y de beneficio para crear situaciones favorables para los padres como para los hijos, e incluso a terceras personas que se encuentren involucradas en dicha relación, es decir, lo que debe establecerse en una familia son los valores propios que debemos expresar en nuestras conductas; con las acciones de los padres de familia como la de los hijos, ya que esto haría que disminuyera la violencia que en ocasiones se llega a presentar y la cual puede causar rencor, odio, ira, prepotencia, soberbia, egoísmo, envidia entre los padres y los hijos provocando la falta de valores y respeto.

En ese orden de ideas, los autores Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, han puntualizado que; tratándose de la patria potestad, nuestro Código Civil para el Distrito Federal, pondera los principios de respeto y consideración mutuos, y establece que éstos deben imperar en las relaciones

¹¹¹ Diccionario de la Lengua Española, Editorial Larousse, México, 2011, p. 169.

entre ascendientes y descendientes para el ejercicio de sus derechos como cumplimiento de sus deberes y obligaciones, ya sea que estén juntos o separados.¹¹²

Ante estos señalamientos, se observa que en toda relación familiar deberán de prevalecer valores correlativos entre quienes ejercen la patria potestad y en quienes recae ese ejercicio para que exista una buena relación entre estos.

La crianza.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su obra de “Temas Selectos de Patria Potestad Derecho Familiar”, señala que: los padres que ejercen la patria potestad, tienen el derecho-deber de criar a los menores.

La crianza implica la facultad de instruirlos y dirigirlos, pero a su vez, conlleva diversas obligaciones, como las establecidas en el artículo 414 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, las cuales fueron agregadas porque se habla de las obligaciones a dicho ordenamiento jurídico en febrero de 2007, propuesto por una reforma impulsada por legisladores del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática (PRD).

De esta manera, el derecho-deber de criar a los menores se traduce en el deber de brindarles orientación, establecerles normas adecuadas de conducta y fijarles límites, pero a su vez en el de darles afecto y estar pendiente de sus necesidades tanto físicas como emocionales.¹¹³ De donde se advierte, que este derecho de crianza es inherente al derecho natural filial que todo progenitor deberá ejercer por el bienestar de los hijos menores sujetos a la patria potestad, ya sea guiándolo, instruyéndolo, preparándolo, dándole afectividad, y fijándole los debidos límites para que realice o deje de realizar ciertos actos que llegaren a beneficiar o perjudicar a su persona.

En la obra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, menciona que el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, ha indicado que: “la labor de crianza

¹¹² Baqueiro Rojas, Edgar, y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 267.

¹¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad Derecho Familiar, Op. Cit.*, p.75.

de los menores, quienes ejercen sobre ellos la patria potestad, tienen la obligación de observar una conducta que constituya un buen ejemplo, pues es ésta la mejor manera de educar y criar”.¹¹⁴

Al respecto, el artículo 414 bis del Código Civil para el Distrito Federal regula las obligaciones de crianza en los siguientes términos:

El Artículo 414 bis. Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben, dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

- I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
- II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
- III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y
- IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.

Este precepto legal no se podría acatar y llevar acabo su cumplimiento de manera permanente y sistemática por quienes ejercen la patria potestad en lo que hace al cumplimiento de los derechos-deberes de crianza, pues no se puede cumplimentar de acuerdo a la literalidad de este dispositivo, ya que los progenitores casi siempre son inexpertos al ejercer la patria potestad del menor, al cuidarlo, guiarlo, educarlo y todos los deberes inherentes a su ejercicio.

En relación al aspecto psicológico esta obligación es difícil de que se cumpla de manera directa por los padres, éstos no son peritos en la materia; por lo tanto, se deberá de canalizar a los menores con el especialista para que de existir un daño psicológico lleven un adecuado tratamiento; sin embargo existe la

¹¹⁴ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad Derecho Familiar*, Op. Cit., pp.75 y 76.

limitante en la que los padres no cuenten con los recursos económicos suficientes para contratar los servicios de un perito en psicología.

En cuanto hace a la educación sexual que establece este artículo, y como obligación de los padres para con sus menores hijos, es importante señalar que quien ejerza la patria potestad oriente a los menores al respecto, pero existe el problema que en ocasiones no es tan efectivo como se lo pudiera explicar un profesional en la materia, ya que los padres carecen del conocimiento suficiente o no se atreven a platicar esos temas con sus hijos.

Con respecto a fomentar los hábitos adecuados de alimentación, higiene personal y desarrollo físico, así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares; éstas actividades si se pueden llevar a cabo pero no de la manera efectiva como lo pretende imponer dicho precepto legal, ya que existen factores de comunicación, por ejemplo, la publicidad que los orienta de manera distinta y diferente a la que se percibe en el hogar familiar.

Es importante mencionar que la educación principal se lleva a cabo en el hogar, pero existen diversas circunstancias que hacen que ésta no se pueda desarrollar de manera permanente y sistemática como lo establece dicho numeral.

Las demostraciones afectivas hacia el menor se deben hacer con respeto y son conductas en las que se debe presentar el buen ejemplo, pero como en todo lo establecido por este precepto, siempre realizamos el aspecto negativo ya que en ocasiones los padres cuando fueron niños no les fue inculcada esa educación por parte de sus padres por diversas circunstancias; por ejemplo, los padres de familia no tuvieron esos valores de amor y tratos afectivos de cariño e incluso, tenían que participar en las cuestiones laborales por tener una economía muy precaria y sus progenitores se veían en la necesidad de ponerlos a trabajar para el sostén de la familia y de la casa.

Es por eso, que las muestras de afecto y de cariño de los padres hacia los hijos pudieran presentarse, de ahí tenemos como consecuencia que existan matrimonios donde los progenitores que ejercen la patria potestad se encuentren imposibilitados y afectados de no proporcionar esos valores de amor, armonía y respeto a sus hijos.

En relación a determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor; esto es de gran trascendencia para el menor.

Al respecto, podemos mencionar que límite se conceptualiza “como aquella acción que no se puede o no se debe sobrepasar”.¹¹⁵ Es decir, que los hijos no deben hacer lo que ellos quieran, sino que su conducta se debe adecuar a las reglas establecidas por quienes ejercen la patria potestad. De donde se analiza que los límites son necesarios que se establezcan por quienes ejerzan la patria potestad del menor, esto en beneficio del mismo y con la finalidad de que se le pongan límites “para que ellos puedan reconocer y respetar los límites de otras personas, y sepan distinguir claramente lo que deben o no hacer, lo que está bien y mal”.¹¹⁶ Cuando se establecen límites a los menores se les protege de muchos de los riesgos que existen en la sociedad en la que se desarrollan, entre ellas encontramos; adicciones, alcoholismo, drogas o conductas delictivas, enseñándoseles a cumplir normas, a tener orden y respeto, siempre desde el afecto y la congruencia.¹¹⁷

Los límites van a enseñar a los menores a organizarse y tener buenos hábitos que serán un valor seguro para su vida.

Los menores sin límites pueden provocar graves problemas de conducta personal, aprendizaje intelectual, emocional y pueden llegar a tener una adolescencia más conflictiva, y no tener un buen futuro desde el punto de vista emocional.

La forma en que los progenitores deben poner los límites a los menores son, los siguientes:

- “Se deberá enfrentar a muchas discusiones y al hecho normal de que el niño se saltará muchas veces esos límites hasta que aprenda.
- -El niño desde pequeño, (aproximadamente a los tres años) el hecho de ir separándose de los padres esto hace desafié las normas.

¹¹⁵ Diccionario de la Lengua Española, *Op. Cit.*, p. 398.

¹¹⁶ Hazel N, Luis, *Como Manejar los Problemas de un Hijo Difícil*, S.N.E., Editorial Época, México, 2008, pp.7 y 9.

¹¹⁷ *Ibidem*, p.64.

- El período de oposición empieza con el “no” de los tres años, y la crisis más importante se presentará en la adolescencia.
- Es normal que el niño quiera probar, con su actitud y conducta, hasta dónde puede llegar y cuál es la reacción de los padres si se sobrepasa el límite marcado. Es, en ese momento, cuando hay que mostrarse firmes, pues si se cede, después costará mucho más retomar el respeto por las reglas.
- Los límites se deben poner desde pequeños, es más fácil ceder a sus rabietas, pero el niño debe saber que cuando es no, así lo debe entender porque es una forma de ir educando la voluntad, el pequeño aprende lo que puede y no puede hacer, porque sus padres mantienen el límite con afecto pero con firmeza. El enfrentarse siempre a la misma situación con la misma reacción paterna hará que el niño interiorice la norma.
- Los límites deben ser adecuados para su edad, no podemos pretender que un niño de cuatro años recoja todos los días su cuarto, o que un adolescente vuelva a casa a las ocho, como cuando tenía 12 años.
- Los límites deben ir adecuándose a la etapa evolutiva del niño, deben también ser metas realistas. No se le puede pedir a un chico de 15 años que suspenda determinada actividad deportiva, cuando en la próxima vez que la realice se le apruebe. Es importante que valoremos lo que haya hecho, porque eso le animará a continuar.
- Los límites deben ser claros y precisos; requieren una total comprensión entre los padres. Deben ser muy concretos porque así los niños lo entenderán mejor. No decirles por ejemplo “debes portarte mejor, tienes que ser bueno” sino “sabes que no se enciende la tele cuando comemos” o “recoge cuando acabes tus juguetes”. No son necesarios los discursos, son más eficaces las normas claras y sobretodo que el niño asuma lo que se le pide y por qué, sin demasiados rollos que le desvíen del objetivo principal.

- Los límites deben hablarse, darles explicaciones, fijarlos de antemano, no dejarlos a la improvisación o al momento de rabia que tengamos, digamos que deben cumplir tres pasos: se habla, se les recuerda, hay consecuencias si no se cumplen. Pero debe hacerse desde la afectividad y el cariño.
- Si le obligamos a respetar ciertos principios nosotros debemos dar el ejemplo, pues somos los modelos de identificación en los que el niño se va a fijar. No podemos castigarle por gritar o ser violento, si nosotros perdemos el control continuamente y damos puñetazos en la mesa. O decirle que no se debe mentir y decirle, “esto no se lo decimos a tu padre”, se debe formar con hechos no con palabras.
- Procurar darle opciones; eso hará que le resulte más fácil cumplir las normas. La libertad de elegir ayuda a reducir las resistencias en el niño”.¹¹⁸

Al rebasarse los límites por los menores, quienes ejercen la patria potestad deberán de enmendarlas con cierto criterio y responsabilidad que ayude a éstos a no volver a reincidir en esas conductas.

Resulta importante que los niños sepan de antemano que el incumplimiento de esta o aquella norma, trae consigo consecuencias, al ser libres de elegir el cumplirlas o no, pero deben hacerse responsables de sus actos. Por lo que lo irán aprendiendo poco a poco.

Así también se debe dar una oportunidad para la buena conducta; el efecto inmediato del castigo es enseñar al niño lo que es correcto, pero hay que motivarlo para que demuestre lo que ha aprendido. Por eso es bueno darle la oportunidad de rectificar una primera vez y avisar que de continuar se aplicará la sanción.

Tampoco no es necesario emplear los castigos ya que estos atentan contra los derechos del niño, y no se debe ser violento, ni humillarle o ridiculizarle o exponerle a castigos degradantes al menor.

De igual forma no se debe permitir aplicar castigos ante faltas reiteradas es aún mucho más importante elogiar al niño cuando hace bien las cosas.

¹¹⁸ Hazel N, Luis, *Como Manejar los Problemas de un Hijo Difícil*, Op. Cit, pp. 65 y 66.

El elogio y la recompensa pueden ser física, o los comentarios orgullosos acerca de lo que el niño ha hecho, abrazos, besos, y también establecer unos premios materiales, o bien permisos extras, si el niño consigue reeducar una conducta.¹¹⁹

En ese sentido, la Convención Sobre los Derechos del Niño,¹²⁰ en su artículo 18 establece; que garantizará el reconocimiento de exhortar a los padres para que ambos cumplan con sus obligaciones de crianza y el desarrollo del niño, con base al interés superior del menor, así como el establecimiento de la asistencia apropiada para que los padres del menor se desempeñen en una función viable a favor de la crianza de éste, así como la de garantizar a los padres que laboren el de acceder a dejar a sus hijos en guarderías siempre y cuando cumplan con los requisitos mínimos para la estancia del menor. Tal y como lo dispone el artículo 18 de la Convención Sobre los Derechos del Niño que se transcribe a continuación:

El Artículo 18.

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

La guarda y custodia.

De acuerdo a la acepción gramatical señalada por el Diccionario de la Lengua Española, el vocablo guardar es un nombre común que se da a la persona que

¹¹⁹ [http://www.taringa.net/posts/info/1207491/Los Niños-y-los Límites/html](http://www.taringa.net/posts/info/1207491/Los-Niños-y-los-Límites/html), consultada 1/11/2013.

¹²⁰ *Convención Sobre los Derechos del Niño, Op. Cit.*

tiene a su cargo la conservación de algo.¹²¹ La palabra custodiar, significa “guardar con cuidado y vigilancia”.¹²² Y respecto al alcance jurídico existen diversas opiniones, por ejemplo; “El Diccionario Jurídico Mexicano” nos define a la guarda “como la acción de cuidar directa y temporalmente a incapacitados con la inteligencia de un buen padre de familia”. En cambio, López del Carril en su obra “Derecho de Familia”, señala que; “Comprende el conjunto de derechos-función que le corresponde al padre y/o en su caso a la madre, a tener corporalmente al hijo consigo, para educarlo, asistirlo, llevarlo al médico, corregirlo, alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual”.¹²³

El autor Javier Tapia Ramírez, no hace alusión a un concepto de guarda y custodia, sin embargo, nos proporciona elementos formales que deben cumplir quienes ejercen la patria del menor, al señalar que; “tienen el deber de realizar todas las funciones establecidas por la ley y la propia naturaleza, de velar por ellos, convivir con ellos, alimentarlos, dirigirlos, educarlos con el fin de lograr su desarrollo armónico o integral”.¹²⁴

Por otro lado, se ha indicado que “La guarda presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor, y la custodia implica el ejercicio de las facultades y derechos para el cuidado, la guarda, la vigilancia, la protección, y la crianza del menor como parte de los fines de la patria potestad.”¹²⁵

En relación a ello, el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, ordena que en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos continuaran 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 escuchando al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del mismo ordenamiento en comento, al mencionar que se debe hacer siguiendo los intereses y la seguridad del menor, por lo que al presentarse la separación de los

¹²¹ Diccionario de la Lengua Española, *Op. Cit.*, p.332.

¹²² *Ibidem*, p.193.

¹²³ López del Carril, Julio J., *Derecho de Familia*, S. N. E., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1984, p.334.

¹²⁴ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia*, *Op. Cit.*, p.407.

¹²⁵ Baqueiro Rojas, Edgar, y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia*, *Op. Cit.*, p. 272.

progenitores éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos y el otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial. Al respecto se cita el artículo en comento del ordenamiento a que se alude.

Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones 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, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

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 crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

De esta normatividad resalta el compromiso y cuidado de los padres de familia con respecto a sus obligaciones como un derecho-deber y con base al interés superior. En caso de desacuerdo de los progenitores el Juzgador dará vista al Agente del Ministerio Público para que argumente lo que a su derecho compete y el Juez resolverá atendiendo al bienestar y al interés superior del menor sujeto a la patria potestad.

Por otra parte, el artículo 5 inciso B), fracción IV de la Ley de los Derechos de las Niñas y de los Niños del Distrito Federal, establece que los menores tienen el derecho a vivir en el seno de una familia así como de conocer a sus progenitores y convivir con éstos aun cuando ya no se encuentren casados y vivan separados en domicilios distintos al domicilio conyugal. Ponderándose el bienestar y el interés superior de los menores. Tal y como a continuación cita dicho artículo que a la letra dispone lo siguiente:

Artículo 5. De manera enunciativa, más no limitativa, conforme a la presente Ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

(...)

B)

IV. A vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña y niño.

(...)

La convivencia del menor con sus progenitores.

Esta se traduce como la obligación que tienen quienes ejercen la patria potestad de convivir con sus hijos menores de edad, éste es un derecho correlativo y se le conoce en un procedimiento judicial con el nombre de régimen de visitas y convivencias, el cual se establece en el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, donde se prevé esta obligación para quienes ejercen la patria potestad.

Donde se analiza el menor tiene el derecho de convivir con sus progenitores siempre y cuando no haya impedimento alguno y el Juez lo considere pertinente. Sin embargo, importaría señalar que en la práctica en múltiples supuestos no sucede así como se establece en dicha norma jurídica, pues en muchos casos se tiene que demandar el régimen de visitas y convivencias por el cónyuge que no la obtuvo, porque aún y cuando uno de los cónyuges progenitores obtiene la guarda y custodia del menor, éste se aprovecha de esta circunstancia utilizando al menor para no dejarlo convivir con su progenitor que no la obtuvo en revancha de no acceder a las pretensiones demandadas.

Esa conducta indebida del ascendiente que tiene la guarda y custodia contraviene la hipótesis normativa prevista en el artículo 416 Bis del Código Civil del Distrito Federal, el cual señala lo siguiente:

Artículo 416 Bis. Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.

Este derecho tutela el interés superior del menor y busca crear un ambiente de respeto, armonía, seguridad, convivencia y por supuesto una buena relación familiar por quienes ejercen la patria potestad.

Como se puntualiza el derecho de convivencia sólo podrá ser limitado o suspendido por una orden judicial, y no a juicio de los cónyuges quienes obtengan la guarda y custodia del menor. Sin embargo, como se ha comentado en la práctica no sucede así y muchas veces se tiene que demandar el régimen de visitas y convivencias por el cónyuge afectado.

De donde se analiza “que la pérdida de la patria potestad del derecho de convivencia, suele ser recíproco, por lo que si uno de los padres del menor pierde ese derecho, eso no implica que el hijo tenga que perder el derecho de convivir con él; sino por el contrario, el hijo mantiene su derecho de convivencia, siempre y cuando no exista el riesgo que en esa convivencia del padre o la madre atenten contra la vida, la salud, la integridad física-intelectual, o moral del descendiente”.¹²⁶

Como se advierte, ambos padres del menor tienen tutelado su derecho por la legislación en comento para visitar y convivir e independientemente de que el hijo no viva con sus progenitores, y cuando ocurra el supuesto que con la visita de uno de padres del menor pueda causar algún daño inmediato, éste podrá ocurrir al Juez de lo Familiar para hacerlo de su conocimiento, y éste resolverá atendiendo las circunstancias particulares pero siempre en beneficio e interés del menor.

Sobre el tema de estudio es importante señalar que la Convención Sobre los Derechos del Niño también garantiza la convivencia del menor con sus progenitores como lo dispone el artículo 9, numeral 3, al señalar; que cuando se encuentren separados los padres del menor éste podrá convivir de manera regular o periódica con éstos, cuando no se encuentre afectado el bienestar y el interés superior del menor.¹²⁷ Tal y como lo establece el artículo en cuestión de esa convención que a continuación se transcribe:

Artículo 9 (...)

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con

¹²⁶ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.411.

¹²⁷ *Convención Sobre los Derechos del Niño, Op. Cit.*

ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (...)

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal del Poder Judicial Federal ha señalado que: “La autoridad judicial tiene la facultad para recabar de manera oficiosa las pruebas pertinentes para resolver de manera prudente respecto de la suspensión provisional del derecho de visitas y convivencias de los progenitores con sus menores hijos”.

Tal y como indica la tesis aislada que menciona, lo siguiente:

SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL DERECHO A LA CONVIVENCIA DE LOS PROGENITORES CON SUS HIJOS MENORES DE EDAD. EL JUZGADOR PUEDE RECABAR DE OFICIO PRUEBAS PARA MEJOR PROVEER RESPECTO A LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

Es jurídico sostener que para decretar una medida cautelar consistente en la suspensión provisional del derecho a la convivencia de los progenitores con sus hijos menores de edad, el Juez puede recabar oficiosamente pruebas para mejor proveer, pues de conformidad con el artículo 225 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz, el juzgador puede valerse de cualquier persona, sea parte o tercero y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; con la sola limitación de que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral. En ese contexto, tratándose de una medida cautelar de suspensión provisional del derecho a la convivencia con hijos menores de edad, el juzgador de primera instancia podrá proveer, para que antes del dictado de la medida se escuche a éstos en audiencia, a fin de tener más elementos para decretarla. Lo anterior se justifica porque toda medida cautelar debe atender a la apariencia del buen derecho y al peligro en la demora; así, si de los datos proporcionados por la promovente de la medida no quedan claros esos elementos y de concederse su petición cautelar, ésta podría establecerse de forma endeble, sin garantizar la estabilidad de los menores, cuando -en contraposición- los órganos del Poder Judicial Federal y de las entidades federativas están obligados a garantizar el interés superior del menor en cumplimiento de los documentos internacionales ratificados por el Estado Mexicano, de donde derivan obligaciones internacionales protectoras de los infantes. Por otro lado, si bien es cierto que la legislación procesal del Estado no establece para dictar una medida cautelar la obligación del Juez a fin de recabar pruebas oficiosamente, para mejor proveer, también lo es que no se encuentra prohibido; además, no debe perderse de vista que las citadas medidas son accesorias de un juicio principal, por ello deben aplicarse las mismas reglas y, si para el proceso principal se permite recabar pruebas para el mencionado efecto, no existe razón jurídica para prohibir ese tema a la medida cautelar, con la limitación de ser las pruebas de desahogo sumario pues, una vez desahogadas, deberá dictarse inmediately la resolución correspondiente; en ese contexto, el acuerdo donde se provea respecto a la medida no podrá postergarse. Lo expuesto permitirá proveer una medida cautelar adecuada, real, pertinente y justificada a través del análisis de verosimilitud y probabilidad, con el objeto de evitar una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lograda a través de un conocimiento provisional, que se encuentre acreditado con pruebas de fácil desahogo y valoración. Consecuentemente, no podrá afectar

un acto de autoridad donde el juzgador se allegue de pruebas de sumario desahogo para mejor proveer respecto de la medida cautelar; máxime, cuando está en juego el interés superior del menor.¹²⁸

Como lo establece esta tesis, la autoridad judicial antes de dictar cualquier medida cautelar para determinar la suspensión provisional de que un menor quede privado de su derecho de convivir con sus ascendientes, deberá de allegarse de todo aquél material probatorio tales; como documentos privados, públicos que se encuentren en el expediente e incluso de los testimonios de familiares de las partes contendientes o hasta de un tercero que tengan conocimiento de los hechos y que puedan emitir su opinión en el juicio para que el Juez emita su fallo en apego a derecho que favorezca al menor y no que esa determinación le perjudique, lo que se le conoce comúnmente como la facultad que tienen los jueces para allegarse de elementos de prueba.

También la Ley faculta a los juzgadores para oír en audiencia a los menores, para que aporten mayores elementos a esa autoridad judicial sobre el beneficio o las consecuencias negativas que pudiera producir con la privación de su derecho a la convivencia con sus padres, en tanto el Juez deberá de valorar las pruebas pertinentes antes de resolver sobre la medida cautelar de privar provisionalmente de la visitas y convivencias tanto a los padres como a los hijos.

Donde se advierte que los Jueces al decretar una medida de suspensión provisional de visitas y convivencias a los padres del menor, esa determinación se deberá constituir de acuerdo al orden Constitucional no solo la de garantizar la protección integral de los hijos sino también la de obligar a los padres a prestarles asistencia de todo orden como lo establece el artículo 4 constitucional, en donde México ha ratificado diversos instrumentos internacionales los cuales en protección de los menores se ha realizado la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Nueva York, 10 de diciembre de 1948) y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989), de donde se destacan pronunciamientos generales que abarcan el interés superior del niño y la disposición de los Estados miembros para asegurar a los

¹²⁸ Tesis: VII.2o.C.24C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Décima Época; t. III, enero de 2013; p. 2238.

niños toda la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, por mencionar sólo algunos de éstos instrumentos internacionales que se refieren de forma directa al menor.

Para lo cual, las decisiones que tome la autoridad judicial serán en beneficio y del interés del menor en dos aspectos. Por una parte las autoridades administrativas como las judiciales deben de tener en cuenta los usos y costumbres propios del medio social y cultural en que se ha desenvuelto habitualmente, ya que es una obligación del Estado y de la sociedad mantener la igualdad y la pluralidad cultural; por la otra, obedece a un relativismo cultural, de donde se pueden aceptar las diferencias, sin embargo, estas no pueden servir como una justificación para la vulneración de la dignidad que le pertenece a la niñez como seres humanos y lleguen afectar sus derechos consagrados en instrumentos de jerarquía constitucional.

De donde se analiza que para determinar cual es el mejor interés del menor juegan también los valores y tradiciones de cada país.

Este es un derecho que debe abarcar aspectos íntimamente ligados a la persona del menor, garantizar el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a sus derechos, a su dignidad, a que no se violen sus derechos inherentes a su libre desarrollo y personalidad, a garantizar el respeto y protección suficiente para él.

Así también desde el punto de vista humano, se debe considerar el equilibrio emocional y afectivo, que pueda contribuir positiva o negativamente a la formación y desarrollo de la personalidad, ya que ni el interés del menor ni la personalidad pueden ser considerados como algo abstracto o aséptico, sino se deben a una realidad humana concreta y pluridimensional, en donde la salud, su bienestar psíquico, la afectividad comprendida, junto a otros aspectos de tipo material.

Y por lo que hace al interés superior del menor la Primera Sala Civil del Máximo Órgano del Poder Judicial Federal se ha pronunciado al respecto señalando:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS.

Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas. Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos -en la indeterminación del concepto- del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa "zona intermedia", haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional.¹²⁹

De la tesis anterior, el Juzgador deberá en todo momento ponderar el interés superior del menor frente a otros intereses e incluso el de los progenitores, al resolver respecto de la procedencia de un caso concreto en el que tenga conocimiento aplicando la norma jurídica en concordancia e interpretación que favorezcan al menor como lo dispone el artículo 4o. constitucional, pues se debe

¹²⁹ Tesis: 1a.LXVII/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, febrero de 2013, p.824.

ponderar el interés superior del menor ya que nuestra carta magna lo garantiza a través del Órgano del Poder Judicial Federal y de las entidades federativas en apoyo al cumplimiento de los tratados internacionales en el que nuestro país se encuentra comprometido ante la comunidad internacional para dar cumplimiento a ese principio, como ha quedado señalado.

Educar y corregir al menor.

En ese sentido el autor Javier Tapia Ramírez, “ha considerado que es una facultad que tienen quienes ejercen la patria potestad o la custodia del menor para corregir su conducta, es un deber correlativo al de la educación e implica el de la vigilancia, y consiste en la obligación de imponer castigos correctivos al descendiente, cuando cometa actos que sean nocivos para su propia persona (fumar, ingerir bebidas embriagantes, comer chatarra, etcétera)”.¹³⁰

Otro de los maestros, Rafael De Pina Vara, señala que: “La obligación de educar convenientemente al menor incumbe a las personas que lo tienen bajo su patria potestad o custodia”.¹³¹

Como se aprecia de estos argumentos corresponde a quienes el ejercen la patria potestad el deber de educar a los hijos menores, ya que en esta institución jurídica nacen derechos deberes y obligaciones que derivan de la misma filiación.

Por lo tanto, se genera una responsabilidad civil pero también existe una responsabilidad administrativa la cual se encuentra establecida en el artículo 4º de la Ley General de Educación que señala; es obligación de los mexicanos hacer que sus hijos o pupilos menores de edad cursen la educación primaria, la secundaria y la media superior.¹³² Tal y como lo dispone el artículo 4 de la Ley General de Educación que señala lo siguiente:

Artículo 4o. Todos los habitantes del país deben cursar la educación preescolar, la primaria y la secundaria.

¹³⁰ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.417.

¹³¹ De Pina Vara, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, Op. Cit.*, p.380.

¹³² *Ídem.*

Es obligación de los mexicanos hacer que sus hijas, hijos o pupilos menores de edad cursen la educación preescolar, la primaria, la secundaria y la media superior.

Y al respecto, la educación de los hijos se encuentra garantizada constitucionalmente por el Estado tal y como lo establece textualmente el artículo 3º, primer párrafo, que señala lo siguiente:

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a recibir educación.

El Estado, Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias. (...)

Dicho ordenamiento constitucional y la Ley General de Educación garantizan que todo individuo tienen el derecho de recibir la educación básica, y para lo cual el gobierno en sus tres niveles de gobierno la ejercerá y la impartirá por conducto de las instituciones autorizadas para ello, como lo es la Secretaría de Educación Pública (SEP) que se encuentra encargada de procurarla y administrarla correctamente a través de las instituciones que se dediquen a impartir esa educación preescolar, primaria, secundaria, medio superior y licenciatura.

Por su parte la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños del Distrito Federal, en su artículo 5, inciso D), fracción V, señala que los niños y las niñas tienen derecho a recibir educación de calidad en términos del artículo 3º constitucional. Como a continuación lo señala el artículo 5, inciso D) de los Derechos de las Niñas y los Niños del Distrito Federal:

Artículo 5. De manera enunciativa, más no limitativa, conforme a la presente Ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

(...)

D

V. A recibir educación de calidad, conforme lo señala el Artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;(...)

En ese mismo sentido el artículo 4o constitucional de nuestra Carta Magna ha señalado en sus párrafos octavo y noveno que el Estado velará por el interés superior del menor aplicando y ejecutando las políticas públicas en beneficio de éstos, con respecto a salvar guardar sus derechos y necesidades, procurando satisfacer la alimentación, la salud, la educación, y el sano esparcimiento para su desarrollo integral. Tal y como lo señala el artículo 4o del ordenamiento constitucional:

El artículo 4o. Todos los habitantes del país deben cursar la educación preescolar, la primaria y la secundaria.

(...)

En todas las decisiones y actuaciones el Estado velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. (...)

De manera correlativa el artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que los progenitores que ejercen la patria potestad del menor o su custodia se encuentran obligados a proporcionarle una educación adecuada y de calidad; asimismo instituye que si hay incumplimiento a dicha disposición es necesario que la autoridad competente tenga conocimiento de los hechos para que aplique las medidas necesarias; por lo tanto, la autoridad vigilará que se cumpla con esa obligación y que los hijos menores gocen de ese derecho.

Al respecto, se transcribe de manera literal el artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala lo siguiente:

Artículo 422. A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

En ese mismo sentido, la Convención Sobre los Derechos del Niño indica en el artículo 28, numeral 1, inciso a), b), c), d) y e), y de los numerales 2 y 3 que se deberá garantizar el derecho de los niños para que tengan acceso a la educación, e implementando los niveles básicos en igualdad de oportunidades obligatoria y gratuita, fomentando el desarrollo de la enseñanza general y profesional, permitiendo el acceso a la educación profesional, realizando medidas para la asistencia continúa para evitar y reducir la deserción de los niños.¹³³ Se transcribe éste numeral que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 28.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
- e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Por otra parte, el artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal, autoriza a los progenitores para que corrijan al hijo menor para que éste obedezca y cumpla con sus obligaciones, en ese orden de ideas, la obligación que conlleva a los padres es de dar el buen ejemplo, ya que los valores se aprenden en casa para contribuir a que se alcancen las metas fijadas en su vida profesional y laboral del descendiente.

¹³³ *Convención Sobre los Derechos del Niño, Op. Cit.*

Al respecto, se define el concepto de corregir como “enmendar lo errado o lo defectuoso, amonestar, reprender”.¹³⁴ Esa corrección como ya se había señalado es a manera de buen ejemplo de los progenitores, y no como en los tiempos del Derecho Romano se había ejercido de manera cruel y despótica el ejercicio de la patria potestad por el padre de familia sobre los hijos.

El autor Alejandro Cárdenas Camacho ha citado a Michel Foucault, quien ha señalado que: “la idea de la protección del hijo, sin lugar a dudas, ingresó en el Derecho Francés, como consecuencia de la moral humanista y racionalista que se proclamó durante el siglo XVIII, durante el desarrollo del movimiento conocido como la Ilustración, como ejemplo de ésta afirmación se tiene que en esa época surgió una de las primeras teorías sobre la educación de la infancia, ejemplo de ello, es el “Emilio o de la Educación” de Juan Jacobo Rousseau en 1762, obra cuyo tema central es precisamente la instrucción y el conocimiento de los niños. A partir de entonces, se empezó a rechazar la idea de castigar cruelmente a los infantes, al amparo de un derecho de corregirlos.”¹³⁵

Es de entenderse, que esa corrección se fue atenuando respecto de los hijos, pues el Código Napoleón señalaba que se autorizaba a los padres a solicitar el arresto de los hijos por motivos muy graves de disgusto.

Por lo que hace al Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884, disponía que el padre tenía la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente, otorgándose poder a las autoridades para que ayudaran a los padres de familia en la corrección de sus hijos.

Otro de los ordenamientos como lo es el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928, también había permitido la intervención de la autoridad para corregir a los hijos, sin embargo, dicha actividad fue suprimida con la reforma que se hizo al ordenamiento jurídico en 1997, en donde la propia autoridad sería la que determinaría si las correcciones empleadas por los padres que ejercen la patria

¹³⁴ Diccionario de la Lengua Española, *Op. Cit.*, p. 179.

¹³⁵ *Cfr.* Cárdenas Camacho, Alejandro, *Alcances de la Patria Potestad y la Custodia (Código Civil para el Distrito Federal)*, *Op. Cit.*, p.4.

potestad sobre sus hijos eran las más adecuadas o sobrepasan los límites permitidos.

Para prevenir y evitar los abusos que realizan los progenitores o tutores en la imposición de correctivos a los menores, se ha expedido el Código Civil para el Distrito Federal que sanciona la pérdida de los derechos, y por otra parte penalmente los artículos 200 y 201 del Código Penal para el Distrito Federal, que regulan la sanción a los responsables del abuso en la imposición de las medidas de corrección, pues “No se justifica en ningún caso, como la forma de educación o formación, el ejercicio de la violencia hacia los menores”. Incluso se prevé la intervención de la autoridad administrativa para auxiliar a los padres o tutores, en la vigilancia y en la educación de los hijos.¹³⁶

Al respecto, se transcribe de manera literal el artículo 200 del título octavo delitos contra el derecho de los integrantes de la familia a vivir una vida libre de violencia, del capítulo único sobre violencia familiar del Código Penal para el Distrito Federal, que señala lo siguiente:

Artículo 200. A quien por acción u omisión, ejerza cualquier tipo de violencia física, psicoemocional, sexual, económica, patrimonial o contra los derechos reproductivos, que ocurra o haya ocurrido dentro o fuera del domicilio o lugar que habite, en contra de:

- I. El o la cónyuge, el o la ex-cónyuge, la concubina, ex-concubina, el concubinario o ex concubinario;
- II. El pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin límite de grado, o el pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado;
- III. El adoptante o adoptado;
- IV. El incapaz sobre el que se es tutor o curador; y
- V. La persona con la que se haya constituido sociedad en convivencia.

Se le impondrá de uno a seis años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima incluidos los de carácter sucesorio, patria potestad, tutela y alimentos, y se decretarán las medidas de protección conforme a lo establecido por este Código y el Código de Procedimientos Penales, ambos para el Distrito Federal; además se sujetará al agente a tratamiento especializado para personas agresoras de violencia familiar refiere la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, el que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por cualquier otro delito.

En caso de que la víctima padezca algún trastorno mental diagnosticado, se aumentará en una mitad la pena que corresponda, para lo cual el juzgador valorará el tipo de rehabilitación o tratamiento médico al que estuviere sujeta la víctima para la imposición de las sanciones.

¹³⁶ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.418.

No se justifica en ningún caso como tratamiento médico o rehabilitación la violencia hacia cualquier persona con algún trastorno mental, ni como forma de educación o formación hacia los menores.

El artículo antes descrito tutela las relaciones familiares de los sujetos que intervienen en ella evitando y salvaguardando aquéllas conductas de acción u omisión de aquéllos actos que pudieran ocasionar un mal físico o psicoemocional, en donde, la conducta del miembro de la familia o de un tercero no se justificara si se trata de emendar o educar a los hijos menores que sean integrantes de la familia o se encuentren bajo tutela. De igual manera los artículos 201 y 201 Bis del mismo ordenamiento jurídico regula las conductas equiparables a la violencia familiar así como las sanciones a quien realice esa conducta ilícita en agravio de la persona que se encuentra bajo custodia, protección o cuidado.

El artículo 201 del ordenamiento en cita, el cual realiza una descripción de los tipos de violencia que se pueden producir por miembros de la familia en contra de sus integrantes, al señalar que la violencia física se ocasiona como una conducta de carácter intencional que se realiza mediante un objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a una persona en una parte de su cuerpo; otra de las conductas que se describe es la violencia psico emocional, la cual se realiza mediante la acción u omisión que ejerce una persona con su conducta de prohibir, coaccionar, condicionar, intimidar, insultar, amenazar, celotipia, descuido reiterado, chantajes, humillaciones, comparaciones destructivas, abandono o actitudes devaluatorias; el otro tipo de violencia es la patrimonial, y esta se refiere al acción u omisión de una conducta que se realiza en contra del patrimonio, bienes muebles, inmuebles, tanto de la posesión como de la propiedad, sustracción, destrucción, menoscabo, desaparición, ocultamiento o retención de objetos, documentos personales, bienes o valores, derechos patrimoniales o recursos económicos; también se regula la violencia sexual, señalando a ésta como el acto u omisión que amenaza, pone en riesgo o lesiona la libertad de las personas respecto de su sexualidad; el otro tipo de violencia es la económica, y esta se refiere a la acción u omisión en donde se afecta la economía de una persona pasiva a través de limitar y controlar el ingreso de las percepciones económicas, limitando y restringiendo los recursos económicos; y

por último regula la violencia contra los derechos reproductivos, al señalar que a toda acción u omisión en donde se limite o vulnere el derecho de las mujeres a que decidan libre y voluntariamente sobre su función reproductiva, en relación con el número y esparcimiento de los hijos, como el acceso a métodos anticonceptivos de su elección, del acceso a una maternidad elegida y segura, el acceso a los servicios de aborto seguro señalado en las disposiciones relativas para la interrupción legal del embarazo, a servicios de atención prenatal, así como a servicios obstétricos de emergencia. Para lo cual se transcribe al respecto, el numeral en cita:

Artículo 201. Para los efectos del presente capítulo se entiende por:

I. Violencia física: A todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;

II. Violencia psicoemocional: A toda acción u omisión que puede consistir en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén, indiferencia, descuido reiterado, chantaje, humillaciones, comparaciones destructivas, abandono o actitudes devaluatorias, entre otras, que provoquen en quien las recibe alteración autocognitiva y autovalorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de la persona;

III. Violencia Patrimonial: A todo acto u omisión que ocasiona daño ya sea de manera directa o indirecta, a los bienes muebles o inmuebles, en menoscabo de su patrimonio; también puede consistir en la perturbación a la posesión, a la propiedad, la sustracción, destrucción, menoscabo, desaparición, ocultamiento o retención de objetos, documentos personales, bienes o valores, derechos patrimoniales o recursos económicos;

IV. Violencia Sexual: A toda acción u omisión que amenaza, pone en riesgo o lesiona la libertad, seguridad, integridad y desarrollo psicosexual de cualquier persona;

V. Violencia Económica: A toda acción u omisión que afecta la economía del sujeto pasivo, a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas y puede consistir en la restricción o limitación de los recursos económicos, y

VI. Violencia contra los derechos reproductivos: A toda acción u omisión que limite o vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y voluntariamente sobre su función reproductiva, en relación con el número y espaciamento de los hijos, acceso a métodos anticonceptivos de su elección, acceso a una maternidad elegida y segura, así como el acceso a servicios de aborto seguro en el marco previsto en los ordenamientos relativos para la interrupción legal del embarazo, a servicios de atención prenatal, así como a servicios obstétricos de emergencia.

El segundo de los artículos y que corresponde al marcado con el número 201 Bis del mismo ordenamiento legal en cita, describe una conducta equiparada al de la violencia familiar sancionándola con las mismas penas y medidas de

seguridad a las personas que cometan alguna de las conductas delictivas previstas en el artículo 201 del Código Penal para el Distrito Federal, en relación a las personas que se encuentren bajo su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado o con quien tenga una relación de hecho o la haya tenido en un periodo hasta de dos años antes la comisión del acto u omisión. El cual a la letra señala lo siguiente:

Artículo 201 Bis. Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con las mismas penas y medidas de seguridad, al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado o con quien tenga una relación de hecho o la haya tenido en un período hasta de dos años antes de la comisión del acto u omisión.

Se entenderá por relación de hecho, la que exista entre quienes:

- I.- Haga la vida en común, en forma constante y permanente, por un período mínimo de seis meses;
 - II.- Mantengan una relación de pareja, aunque no vivan en el mismo domicilio;
 - III.- Se encuentren unidos por vínculos de padrino o madrina;
 - IV.- Se incorporen a un núcleo familiar aunque no tengan parentesco con ninguno de sus integrantes;
 - V.- Tengan relación con los hijos de su pareja, siempre que no los hayan procreado en común, y
 - VI.- Tengan relación con la pareja de alguno de sus progenitores.
- Este delito se perseguirá por querrela.

Por otra parte, el autor Miguel Ángel Quintanilla, expresa que el actual artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal regula de forma inadecuada la facultad de los que ejercen la patria potestad de corregir el deber de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo a los menores.

Ese autor continua señalando que el criterio que se establecía anteriormente en el artículo 423 era muy claro cuando decía: “Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente”, con lo que resultaba más atinada la legislación anterior, contraria a lo que ahora sucede, el párrafo actual establece la facultad de corregir pero 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, del propio Código Civil reformado en la materia en el D. F.¹³⁷

¹³⁷ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Convivencias Familiares, Op. Cit.*, p. 54.

La opinión del autor antes citado resulta actualmente incorrecta ya que afortunadamente se modificó la idea de que solamente con violencia se corrige sino que el imponer límites y dar buen ejemplo así como practicar los valores en casa hace que no se tenga que llegar a los castigos ni a reprender a quienes se encuentren bajo la patria potestad.

Es por ello que el artículo 323 Ter del Código Civil para el Distrito Federal señala; los miembros que conforman a una familia tienen el derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual, y tienen la obligación de evitar conductas de acción u omisión que generen violencia familiar al interior de la misma. Y en consecuencia en el artículo 423 del ordenamiento en cita, se regula la facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica.

En ese sentido, nuestro Más Alto Tribunal Federal se ha pronunciado al señalar que; los derechos que derivan del ejercicio de la patria potestad, se encuentran implícitos como las obligaciones que deben atenderse sobre el menor siempre y cuando beneficien el interés superior, para que su desarrollo sea eficiente y progresivo, es decir, entre éstos derechos se contemplan a la corrección, formación, física y espiritual de éstos.

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, CONDICIONES DEL LUGAR DONDE SE EJERZA.

Al decretar la guarda y custodia de menores a favor de alguno de los divorciantes, desvinculada de la patria potestad en razón del interés superior del menor o por convenio, el juzgador deberá contar con los elementos que le permitan advertir que el lugar donde se ejerza sea lo más favorable posible para el mejor desarrollo de los derechos y obligaciones de cuidado, corrección, formación física y espiritual de los menores, debiendo procurar que se ejerza en un lugar donde la persona a quien se decretó goce de las atribuciones, respeto y autoridad para llevar a cabo las acciones orientadas a lograr mejor esos fines. En cambio, si de actuaciones no se advierten esos elementos, la autoridad judicial, en ejercicio de sus facultades para intervenir en asuntos familiares, deberá recabar las pruebas que estime pertinentes para la mejor solución del asunto con audiencia de las partes.

SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

AMPARO EN REVISIÓN 347/2008 28 de enero de 2009. Mayoría de votos. Disidente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz. Votos Particulares.

Magistrado Manuel Ernesto Saloma Vera.¹³⁸

DERECHOS DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD (CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO).

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación reiteradamente ha destacado la importancia de tomar en cuenta el interés superior del niño que implica entre otras cosas tomar en cuenta aspectos relativos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, como criterios rectores para la elaboración de normas y aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño, de conformidad con lo establecido en el texto constitucional y la Convención sobre Derechos del Niño. De ahí que de un análisis correlativo entre los artículos 4.96, 4.98 y 4.205 del Código Civil del Estado de México, se entiende que el establecimiento y definición de los derechos derivados de la patria potestad no sólo se refiere al derecho del niño a convivir con ambos padres o su representación legal, sino también se refiere a la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y su custodia, la administración de los bienes y el derecho de corrección.

PRIMERA SALA

Amparo directo en revisión 1475/2008. 15 de octubre de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.¹³⁹

La Ley de los Derechos de las Niñas y Niños para el Distrito Federal, ha establecido en su artículo 5, inciso A), fracción VIII, que los menores de edad, niñas y niños no deberán ser castigados de una manera cruel e inhumana o degradándolos en su persona, y que deberán observar su desarrollo emocional y psicológico en los lugares donde se desarrollen como el núcleo familiar, en las escuelas y en los centros de readaptación social así como en otros centros alternativos.

Para lo cual se transcribe el inciso A) del artículo 5 del mencionado ordenamiento, que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 5. De manera enunciativa, más no limitativa, conforme a la presente Ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

(...)

Inciso A)

Fracción VIII. A no ser sometidos a castigo corporal, tratos crueles, inhumanos o degradantes, observando especialmente su desarrollo emocional y

¹³⁸ Tesis: I.7o.C.123 C, *Semanario Judicial de Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, marzo de 2009; p. 2757.

¹³⁹ Tesis: 1a.CXI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 236.

psicológico, en todos los entornos incluyendo el seno familiar, las escuelas, las instituciones de readaptación social y otros centros alternativos. (...)

Los derechos y obligaciones de quien ejerce la patria potestad, se basan primordialmente en dos aspectos, uno respecto de la persona y otro en relación a los bienes del menor.

2.4.2 Respeto a la persona de los menores:

Esta obligación se refiere principalmente a la representación legal, la designación de domicilio, la educación, corrección y ejemplaridad del menor.

a) La representación legal del menor.

La representación legal del menor es ejercida por sus padres y ésta surge desde su nacimiento y hasta que llega a la mayoría de edad o bien si se emancipa cuando el hijo es menor de edad sujeto a la patria potestad.

Es decir, que los menores de edad se encuentran sujetos a la patria potestad y se emancipan de ésta cuando contraen matrimonio siendo menores cuando cumplen su mayoría de edad, dispone de su persona y también de sus bienes, tal y como se regula en la hipótesis normativa prevista en el artículo 647 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el caso de los menores de edad, éstos se encuentran sujetos a la patria potestad porque aún no tienen la suficiente edad para obligarse y para responder de las obligaciones que pudieran contraer sin la autorización de sus padres. Por lo tanto, los menores de edad no tienen capacidad legal para obligarse ni tampoco para celebrar cualquier acto jurídico, porque simplemente todavía no cuentan con la capacidad de ejercicio, en virtud de que no pueden discernir el hecho jurídico que llegasen a celebrar.

En ese orden de ideas el menor no podrá comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin el consentimiento de las personas que ejercen sobre él la patria potestad.

Al respecto, el autor Miguel Ángel Quintanilla García, ha puntualizado que: “Los menores sujetos a la patria potestad no pueden comparecer en juicio ni contraer obligación sin el consentimiento del o los que ejercen el derecho de patria potestad, pues tales menores de edad, tienen esta prohibición para la protección del bienestar del hijo, evitándole los peligros y perjuicios a que se le expone por su inexperiencia, dicho atributo se encuentra consagrado en el actual artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal”.¹⁴⁰

Rafael De Pina Vara, se ha pronunciado al respecto al señalar que: “Tienen carácter visiblemente tuitivo y, más que derechos de quienes ejercen la patria potestad, constituyen deberes de la mayor trascendencia, puesto que tienden a evitar los daños que la inexperiencia de quien se encuentra sometido a los efectos de esta institución podría ocasionarle si pudiera dejar su hogar sin autorización y consejo debidos a contraer obligaciones de cualquier género que pudiesen comprometer gravemente su patrimonio”.¹⁴¹

b) Designación del domicilio del menor.

Por regla general, el domicilio de los menores sujetos a la patria potestad es el lugar en el que vivan sus padres; sin embargo, se puede considerar como domicilio de las personas físicas aquel en el que residan habitualmente, el centro principal de sus negocios, el lugar donde simplemente residan, y en su defecto el lugar en donde se encontraren como lo establece el numeral 29 del Código Civil para el Distrito Federal, que a continuación se cita:

Artículo 29. El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de esto, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.

La fracción I, del artículo 31 dispone lo siguiente:

Artículo 31. Se reputa domicilio legal:

- I. Del menor de edad no emancipado, el de la persona cuya patria potestad está sujeto; (...)

¹⁴⁰ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Convivencias Familiares, Op. Cit.*, p. 55.

¹⁴¹ De Pina Vara, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano Volumen I, Op. Cit.*, p. 380.

Dicho precepto señala que el domicilio legal de los menores es el de quien ejerce la patria potestad sobre éstos, y para efectos de la Ley se le considerará domicilio legal en donde vivan sus progenitores.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, ha señalado que: “El sujeto a la patria potestad, debe habitar en el domicilio familiar del o de los que ejercen esas facultades respecto de su persona, y no puede dejarlo sin autorización de éstos o de una orden del juez de lo civil o de lo familiar”.¹⁴²

Tal y como lo menciona el artículo 421 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra señala, lo siguiente:

Artículo 421. Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Del análisis de los artículos citados se concluye que el Código Civil para el Distrito Federal nos refiere cual es el domicilio legal de los hijos menores sujetos a la patria potestad, es decir, es el que se le reconoce a sus progenitores o de aquellas personas que tenga el derecho de ejercer la patria potestad, luego entonces, se puede determinar que los hijos menores deben habitar en el domicilio de sus padres, quienes tienen la obligación de otorgarles la pensión alimenticia; vestido, custodiar, proteger, educar e inculcar los valores conviviendo con ellos.

Por lo tanto, es una obligación y un derecho que tienen los hijos menores a permanecer en el domicilio de sus padres, así como un deber que tienen los padres para con los hijos a proporcionar el espacio para que éstos habiten, también el derecho-deber se extiende a los abuelos paternos y maternos en caso de que sus progenitores no estén en ejercicio de la patria potestad; e incluso se puede encomendar la custodia del menor a terceras personas, parientes o extraños o centros de educación, siempre y cuando la custodia sea en beneficio y provecho del menor.

De lo que se desprende que la custodia del menor se puede ejercer de manera directa o indirecta siempre y cuando sea en su beneficio.

¹⁴² Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia, Op. Cit.*, p. 434.

2.4.3 De los efectos de la patria potestad en relación a los bienes del menor.

a) Derecho de administrar los bienes del menor.

Al respecto, el autor Javier Tapia Ramírez, ha señalado “que en un principio quienes pueden administrar los bienes del menor natural y legalmente son los progenitores de éste de manera conjunta o separada, a falta de uno de ellos el que quede será el administrador, y si los dos faltaran, los administradores serán los abuelos paternos o maternos, previo acuerdo de ellos; y el que sea designado como administrador requerirá consultar todos los actos de dominio que pretenda y requerirá aún más el consentimiento expreso del otro para decidir sobre los actos más importante de dicha administración”.¹⁴³

Por lo que los derechos y deberes que tienen ambos progenitores que ejercen la patria potestad del menor, en relación a sus bienes encuentra su fundamento en el artículo 425 del Código Civil para el Distrito Federal, al precisar que los hijos menores que cuenten con bienes, los padres de éstos los podrán representar legalmente y tendrán la administración legal de dichos bienes.

Al respecto, se transcribe el precepto legal que a la letra, señala lo siguiente:

Artículo 425. Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.

En ese orden de ideas, se ha señalado que los menores de edad no pueden ser titulares de derechos y obligaciones de bienes, materiales e inmateriales, y para su ejercicio requieren de un representante que los administre en su nombre y pueda disponer de sus intereses patrimoniales.¹⁴⁴

Lo anterior se encuentra previsto en el artículo 426 el cual señala lo siguiente:

Artículo 426. Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en

¹⁴³ Tapia, Ramírez Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.422.

¹⁴⁴ *Ídem.*

todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

La maestra María Monserrat Pérez Contreras, comparte al respecto el mismo criterio del autor Javier Tapia Ramírez y de la maestra Sara Montero Duhalt, “al señalar que el aspecto material de la patria potestad se encuentra regulado específicamente en la legislación civil, por cuanto hace a la actividad de los padres o de quienes ejercen la patria potestad en la administración que ejercen sobre los bienes de los menores”.¹⁴⁵

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su obra de “Temas Selectos de Patria Potestad de Derecho Familiar”, ha señalado que: “la facultad de disponer libremente de sus bienes se concede, por regla general, únicamente a los que han adquirido la mayoría de edad, de lo que se desprende que los sujetos a patria potestad, que, como ha quedado precisado, por regla general son menores de dieciocho años de edad, no gozan de dicha prerrogativa”.¹⁴⁶

Es por ello, “que a quienes detentan la patria potestad sobre el menor corresponde la administración legal de algunos bienes pertenecientes a éste”.¹⁴⁷

Ahora bien, es de indicar que los bienes del menor han sido clasificados por el Código Civil de 1884 en seis categorías:

- I. Bienes que proceden de donación del padre;
- II. Bienes que proceden de herencia o legado del padre;
- III. Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre, o de los abuelos, aun cuando aquélla o algunos de estos ejerza la patria potestad;
- IV. Bienes que procedan de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre;
- V. Bienes debidos al don de la fortuna;
- VI. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere”.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Pérez Contreras, María Monserrat, *Derecho de Familia y Sucesiones, Op. Cit.*, p.156.

¹⁴⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad Derecho Familiar, Op. Cit.*, pp.80 y 81.

¹⁴⁷ *Ídem.*

¹⁴⁸ Jiménez García, Joel Francisco, *Evolución de patria potestad en derecho mexicano, Op. Cit.*, p.8.

En cambio, la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 eliminó toda clasificación de los referidos bienes ya que, según la exposición de motivos respectiva, se trataba de una reminiscencia de los peculios que se establecían en el Derecho Romano antiguo y lo cual tenía por objeto beneficiar solamente al padre.

El Código Civil de 1928 para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal compartió el mismo criterio de clasificar a los bienes del menor en dos que es la misma que hoy existe en el Código Civil para el Distrito Federal, en su precepto 428, que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 428. Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

- I. Bienes que adquiriera por su trabajo;
- II. Bienes que adquiriera por cualquiera otro título.

La Maestra Sara Montero Duhalt, comparte el mismo criterio del Código Civil de 1928 para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, con el artículo 428 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, respecto a la clasificación de los bienes del menor.¹⁴⁹

b) Los bienes adquiridos por el trabajo del menor.

El autor Javier Tapia Ramírez ha precisado que: “Los bienes exceptuados de la administración del padre son los que son adquiridos con el producto del trabajo del menor de 18 pero mayor de 14 años, pues de esta clase de bienes le corresponde la propiedad, la administración y el usufructo en su totalidad al menor, y puede disponer libremente de ellos, también con las limitaciones de la ley”.¹⁵⁰

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, ha precisado que: “El hecho que el sujeto a patria potestad sea incapaz, no significa que carezca de capacidad de goce; lo que no tiene, es capacidad de ejercicio, y así nada impide que tenga un patrimonio pecuniario, a más de su patrimonio moral”.¹⁵¹

¹⁴⁹ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 349.

¹⁵⁰ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.423.

¹⁵¹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia, Op. Cit.*, p. 437.

Luego entonces, se puede analizar que los bienes que adquiriera con su trabajo el hijo menor sujeto a la patria potestad tendrá la propiedad, la administración y el usufructo, porque los mismos fueron adquiridos con el fruto de su trabajo.

El maestro Rafael de Pina Vara, comparte el mismo criterio al respecto de la primera clasificación de bienes que adquiere el menor por su trabajo, al coincidir con lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 429.¹⁵²

En la opinión de los autores Fausto Rico Álvarez, Garza Bándala y Cohen Chicurel, han señalado que el artículo 429 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, en lo que respecta al usufructo no se le debe considerar propiamente un usufructo, pues al no coincidir dichos elementos en un solo patrimonio, ocasiona confusión al considerarse la consolidación del derecho de propiedad.¹⁵³

Éstos autores expresan que la redacción y terminología correcta sería “la nuda propiedad y usufructo, por lo que la Ley debió emplear únicamente el vocablo propiedad”¹⁵⁴. Al puntualizar que cuando “el menor adquiere la administración se puede pensar que interviene en la celebración de actos jurídicos”.¹⁵⁵

Por otra parte, el artículo 435 del ordenamiento en cita precisa dos supuestos que considera la Ley o la voluntad del padre, cuando el hijo tenga la administración de los bienes, esta administración será como emancipado, con ciertas restricciones de celebrar actos de enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Para lo cual se transcribe de manera literal el precepto legal que se invoca del ordenamiento en cita, que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 435. Cuando por la Ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

¹⁵² De Pina Vara, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, Op. Cit.*, p. 381.

¹⁵³ *Cfr.* Rico Álvarez, Fausto, et, al., *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.427.

¹⁵⁴ *Ídem.*

¹⁵⁵ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.427.

Del precepto anterior se infiere, que el menor de edad pueda administrar los bienes, pero lo tendrá que hacer con la autorización legal o con la voluntad de la persona que ejerce la patria potestad sobre él.

La opinión del maestro Rafael de Pina Vara, coincide con la del precepto legal del mencionado ordenamiento en cita.¹⁵⁶

Sobre la autorización legal se dan dos supuestos; en primer lugar se refiere cuando el hijo se une en matrimonio y cuando adquiere bienes por su trabajo. Sin embargo, pareciera ser que esta norma se contraponen con el artículo 424 del ordenamiento en cita; que señala, lo siguiente:

Artículo 424. El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez.

De donde se analiza que dichas normas no se contraponen, ya que el artículo 435 del ordenamiento en cita se refiere a los menores como emancipados respecto de los bienes adquiridos por su trabajo, y éstos no requieren autorización de sus ascendientes para celebrar actos jurídicos.

Por lo que la administración por voluntad del padre fue suprimida en virtud de una reforma de 1970, y esa voluntad ha provocado confusión, pues el legislador no se percató y debió cerciorarse que la voluntad del padre ya no apareciera más en el Código Civil Vigente, para no confundirse más respecto de su interpretación.

Por otra parte, los autores Fausto Rico Álvarez, Garza Bándala y Cohen Chicurel, han precisado que: “la administración de los bienes por los menores, resulta ser cuestionable desde el punto de vista teórico y práctico; y en lo que hace a lo teórico, resulta ser absurdo pensar que los menores de edad puedan tener la administración de los bienes, cuando éstos no tienen la edad suficiente y la capacidad de ejercicio para intervenir en actos jurídicos y administrar los bienes; y con respecto a lo práctico, se puede señalar que es muy difícil acreditar la

¹⁵⁶ De Pina Vara, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, Op. Cit.*, p.381.

procedencia de que dichos bienes se hayan adquirido por el trabajo del menor sujeto a la patria potestad”.¹⁵⁷

Al respecto, concuerda con este cuestionamiento que realizan estos autores, ya que se estarían concediendo de manera ilegal derechos a los menores para administrar sus bienes, en el entendido, de que partimos de la primera imposición por la Legislación aplicable en comento de que no tienen capacidad de ejercicio y que no cuentan con capacidad para discernir el acto celebrado respecto de la administración de los bienes adquiridos afectando inclusive a terceras personas con su actuar, aunado que se vulneraría el ordenamiento legal a todas luces del derecho.

Por otra parte, el maestro Ernesto Gutiérrez y González, ha puntualizado al realizar la diferencia de los bienes de primera clase, que; los sujetos a la patria potestad por regla general, si ya están en edad, tienen la administración de los mismos, en cambio en los bienes de la segunda clase, la tienen los que ejercen la patria potestad.¹⁵⁸

De ese análisis se realiza la diferenciación de las dos clases de bienes que pueden ser administrados por quienes cuentan con la edad suficiente y en relación a la segunda clase de bienes la detentan los que ejercen la patria potestad del menor.

c) Bienes adquiridos por causas distintas al trabajo del menor.

Asimismo, los maestros Ernesto Gutiérrez y González y Julian Güitrón Fuentevilla¹⁵⁹ comparten el mismo criterio referido y preceptuado por el artículo 430 del Código Civil para el Distrito Federal, al mencionar con respecto de los bienes que adquiere el menor por cualquier otro título.¹⁶⁰ Para mayor comprensión, se transcribe dicho artículo:

Artículo 430. En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo

¹⁵⁷ Rico Álvarez, Fausto, et, al., *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.428.

¹⁵⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia, Op. Cit.*, p.438.

¹⁵⁹ Güitrón Fuentevilla, Julian, *Nuevo Derecho Familiar, Op. Cit.*, p.267.

¹⁶⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia, Op. Cit.*, p.438.

corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

En ese orden de ideas, el artículo en comento determina que los bienes que se adquieren por herencia, legado, donación o don de la fortuna pertenecen al menor y la administración y la mitad del usufructo le corresponde a quienes ejercen la patria potestad; sin embargo, también dispone que cuando el hijo adquiera bienes a través de alguna herencia, legado o donación y el testador o donante manifestaron que el usufructo sea integro para el menor o bien destinarlo a un fin específico se deberá cumplir con esa voluntad.

En ese sentido, Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, señalan que los frutos aludidos de los bienes obtenidos por medios distintos del trabajo, respecto de los cuales la ley señala que la mitad le corresponde al menor y la otra mitad a quien ejerce la patria potestad, se conoce como usufructo legal.¹⁶¹

Al respecto, la mitad del usufructo legal que reciben los progenitores del menor se basa primordialmente en que éstos toman un pago al realizar un servicio por administración de los bienes del menor.

Por otra parte, el artículo 441 del Código Civil para el Distrito Federal, confiere facultades pertinentes al Juez de lo Familiar para determinar las medidas necesarias para evitar que se dilapiden los activos del menor en perjuicio de su patrimonio, mismo que a continuación se transcribe:

Artículo 441. Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

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

En este caso, este precepto legal no señala cuáles son las medidas necesarias para evitar que los bienes del menor se derrochen o disminuyan, sin embargo, se dispone la rendición de cuentas ante el Juez de lo Familiar que formularen los progenitores de los menores y la de otorgar ciertas garantías que la

¹⁶¹ Baqueiro Rojas, Edgar, y, Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.276.

ley prevé; asimismo, el texto legal no precisa y aclara cuál es el régimen de los bienes que pudieran incrementar el patrimonio de los hijos menores, además se propone la fuerza laboral que el hijo menor emplee para obtener los bienes que se pudieran adquirir para incrementar su patrimonio.

d) Los administradores de los bienes adquiridos por el hijo menor.

En la obra realizada y editada por la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, denominada “Temas Selectos de Patria Potestad Derecho Familiar”, se menciona que así se tiene que los bienes que el menor adquiere por su trabajo pertenecen en propiedad, administración y usufructo a él, sin embargo, tratándose de los demás, la propiedad y la mitad del usufructo son de él, pero la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejercen la patria potestad.¹⁶²

En ese sentido, se refiere a los progenitores que van administrar los bienes de los hijos, y la mitad del usufructo le corresponde a éstos.

Como se ha venido argumentando, los que ejercen la patria potestad del hijo menor son los progenitores y como al respecto se ha señalado, son los administradores de los bienes que por cualquier circunstancia haya adquirido éste, se pueden presentar supuestos en los que la patria potestad es ejercida por dos personas de manera compartida, puede que sean los progenitores, los abuelos o en ocasiones por los padres adoptivos de un menor, ante tal situación se deberá designar a un administrador principal, lo cual se hará de mutuo acuerdo.

Tal y como lo dispone el artículo 426 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra señala, lo siguiente:

Artículo 426. Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración:

¹⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de la Patria Potestad Derecho Familiar*, Op. Cit., pp. 81 y 82.

Al respecto, ese precepto legal faculta a quienes ejercen la patria potestad sobre los hijos menores para que sean administradores de sus bienes y también les permite que se pongan de acuerdo para que designen quien será el administrador de los bienes del menor; pero se deberá consultar al otro ascendiente para tomar las decisiones más importantes con respecto a la administración de los bienes.

Y reforzándose este criterio legal el artículo 427 del mismo ordenamiento señala:

Artículo 427. La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

No obstante, que quienes ejercen la patria potestad del menor lo representaran en juicio no se encuentran facultados para celebrar convenios que pongan fin a la controversia suscitada, sino es con el consentimiento expreso de su consorte, y cuando la autorización del Juzgador y la ley lo disponga expresamente.

Por lo tanto, aun cuando la patria potestad se ejerce de manera bilateral, la administración de los bienes debe llevarse a cabo de forma unilateral, lo que implica que recaer en una sola persona, ya que por regla general, corresponde a la pareja determinar, por mutuo acuerdo, quién de los dos fungirá como administrador, según sean las circunstancias del acto jurídico, el designado como administrador tiene que consultar al otro respecto de todos los negocios referentes a los bienes del menor y, además, en tratándose de los actos más importantes de la administración, requiere de consentimiento expreso.¹⁶³

De lo que se advierte, es evidente que ambos progenitores se tienen que poner de acuerdo sobre quién de ellos, podrá ser la persona idónea para llevar a cabo la administración de los bienes del menor, porque si ambos administraran dichos bienes no sería lo prudente ni adecuado para llevarla a cabo.

¹⁶³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad, Derecho Familiar, Op. Cit.*, p.84.

En opinión del autor Miguel Ángel Quintanilla García,¹⁶⁴ al señalar que el artículo 435 del Código Civil para el Distrito Federal, establece el caso de excepción, cuando el hijo puede tener la administración de los bienes, en donde se le considerará a éste como emancipado únicamente respecto de la administración, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Al respecto, se transcribe de manera literal el artículo en comento que a la letra señala, lo siguiente:

Artículo 435. Cuando por la Ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

En ese sentido, el artículo 435 del Código Civil en comento señala el caso de excepción, con respecto a que el hijo tenga la administración de los bienes, al considerarse como emancipado, con las restricciones establecidas por la ley de no enajenar, gravar o el de hipotecar bienes raíces.

e) Actos que requieren la autorización judicial respecto de los bienes del menor.

Se ha opinado quienes ejercen la patria potestad del menor, por ningún motivo pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que le correspondan al menor; poniéndose una limitante para que los progenitores no realicen conductas que tienen prohibidas por la ley, y sólo podrán enajenar o gravar los bienes, propiedad del menor cuando se trate de una causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, pero tendrá que ser con la debida autorización expresa del Juzgador.¹⁶⁵

Donde claramente se advierte que esta disposición normativa del Código Civil en comento pone limitaciones a quienes tienen el cargo de administrador de

¹⁶⁴ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Convivencias Familiares, Op. Cit.*, p. 60.

¹⁶⁵ Baqueiro Rojas, Edgar, y, Buenrostro Báez, Rosalía, "*Derecho de Familia*", *Op. Cit.*, p.276.

los bienes del menor, a efecto de no realizar actos que pudieran atentar contra el patrimonio del menor.

Se afirma que el Juez Familiar esta facultado para impedir que por mala administración de los que ejercen la patria potestad se derrochen o disminuyan los bienes del hijo, y se puede poner en conocimiento de parte interesada, del menor cuando haya cumplido 14 años, o del Ministerio Público.¹⁶⁶

Por otra parte, quienes ejercen la patria potestad del menor tienen prohibido celebrar contratos de arrendamiento por un periodo mayor a cinco años, tampoco podrán recibir renta anticipada por más de dos años, no pueden vender cualquier tipo de valor (comercial o industrial), asimismo tienen prohibido hacer alguna donación de los bienes que pertenezcan al menor, tampoco pueden otorgar fianza en representación de los hijos de acuerdo a lo previsto en el artículo 436 del ordenamiento en cita el cual señala, lo siguiente:

Artículo 436. Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada 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.

El precepto antes citado impone ciertas restricciones respecto de los bienes que administra y que son de su propiedad en el entendido que no podrán de ningún modo enajenar ni gravar los bienes inmuebles ni los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino únicamente bajo las circunstancias de necesidades y beneficio, previa la autorización del Juez de lo Familiar.

Al respecto, los autores Fausto Rico Álvarez, Garza Bándala y Cohen Chicurel, manifiestan que el precepto legal no señala el procedimiento que se debe seguir para la autorización judicial correspondiente, por lo que argumentan que se debe remitir “al Código Adjetivo Civil del Distrito Federal” ya que este ordenamiento establece los pasos que se deben seguir para conseguir esa

¹⁶⁶ Baqueiro Rojas, Edgar, y, Buenrostro Báez, Rosalía, “*Derecho de Familia*”, *Op. Cit.*, p.277.

autorización”.¹⁶⁷ Asimismo, dicha norma no señala que se debe entender por necesidad y beneficio, sin embargo, son conceptos indeterminados en donde el juzgador deberá aplicar su criterio para cada caso que se le presente.

Es decir, “no autoriza su otorgamiento en supuesto alguno; y los que señalan que si pueden celebrarse los actos mencionados aducen que el segundo párrafo se encuentra redactado por la Ley de la manera que utilizó la expresión tampoco podrán celebrar, y que la continuidad de un párrafo a otro, y con ello, la igualdad de régimen jurídico para los supuestos comprendidos en ambos, refiriéndose a los supuestos de absoluta necesidad y evidente beneficio respecto de los actos que celebren y puedan ser en beneficio del menor sujeto a la patria potestad y de que no se ocasione daño patrimonial en sus bienes”.¹⁶⁸

Por lo que resulta evidente y lógico que las personas adecuadas para celebrar actos jurídicos señalados en el segundo párrafo del citado numeral, son los que ejercen la patria potestad del menor, quienes administraran con la absoluta responsabilidad y evidente beneficio previa autorización judicial, los actos a celebrar conduciéndose en un ambiente de seguridad jurídica para proteger en términos generales el patrimonio de los hijos.

Asimismo, el artículo 437 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que los progenitores del hijo previa autorización del Juez se les conceda facultad, para vender o enajenar parte del patrimonio con la condicionante que el producto de dicha venta se aplique al fin que se persigue y que el remanente se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga una hipoteca en favor del menor.¹⁶⁹

Tal y como lo dispone el artículo 437 del dispositivo en comento y que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 437. Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial.

¹⁶⁷ Rico Álvarez, Fausto, et, al., *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 431.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 433.

¹⁶⁹ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Convivencias Familiares, Op. Cit.*, p. 60.

Esta disposición señala que los sujetos que ejercen la patria potestad del menor cuando realicen actos de enajenación respecto de los bienes inmuebles o muebles preciosos deberán emplear su producto para el objeto a que se destinó asegurando que el dinero producto de las ventas realizadas se deposite en la institución de crédito que hubieran señalado para tal efecto, resguardando dicho depósito para que éstos no dispongan del mismo, y solamente lo hagan previa autorización del Juez de lo Familiar.

Otro de los criterios establecido por la maestra Sara Montero Duhalt, es en el sentido “de que los administradores no tienen facultades para actos de dominio, pues no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo; y únicamente por causas de absoluta necesidad o de evidente beneficio se podrán realizar actos previa autorización judicial”.¹⁷⁰ Dicho criterio es compartido por el autor Javier Tapia Ramírez.¹⁷¹

f) Derecho de la mitad del usufructo de los bienes que adquiera el menor por causas distintas de su trabajo.

A efecto de comprender la figura jurídica del usufructo con respecto de los bienes del menor, el autor Javier Tapia Ramírez, desde su punto de vista la define, “como el derecho real temporal para usar y disfrutar los bienes del menor a favor de quien ejerce la patria potestad, pues recordemos que los bienes que adquiera el menor por cualquier otro título le pertenecen en propiedad y la mitad del usufructo, y la otra mitad del usufructo y la administración le corresponde a quien ejerce la patria potestad”.¹⁷²

En ese orden de ideas, Sara Montero Duhalt comparte el mismo criterio al señalar que: “el usufructo legal de los bienes del menor obtenidos por cualquier causa, excepto el propio trabajo, pertenece por mitades al menor y a los que ejercen la patria potestad”.¹⁷³

¹⁷⁰ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 350.

¹⁷¹ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.424.

¹⁷² *Ibidem*, 428.

¹⁷³ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.351.

Como se ha puntualizado los progenitores que ejercen la patria potestad del menor, tienen el derecho a recibir la mitad del usufructo de los bienes que administran, sin embargo, este uso y goce es temporal, ya que entraran nuevamente al patrimonio del hijo hasta que cumpla la mayoría de edad y sea sujeto de derechos y obligaciones.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su obra de “Temas Selectos de Patria Potestad de Derecho Familiar”, ha citado a Rafael de Pina Vara, en opinión, definió por usufructo “el derecho real, de eficacia temporal que otorga al titular el disfrute de las utilidades que derivan del normal aprovechamiento de la cosa ajena, condicionado con la obligación de devolver, en el término fijado al efecto, la misma cosa o su equivalente”.¹⁷⁴.

Los maestros Fausto Rico Álvarez, Garza Bándala y Cohen Chicurel señalan: “Que la naturaleza jurídica del derecho de los ascendientes sobre los bienes que el menor adquiera por causas distintas de su trabajo no corresponden a la de un usufructo, debido a que no es oponible a terceros una vez que han salido del patrimonio del menor”.¹⁷⁵.

Estos autores citan a Domínguez Martínez, quien afirma que la doctrina ha expuesto razones adicionales a la enunciada para refutar que el derecho citado sea un usufructo.¹⁷⁶

Al respecto, algunos doctrinarios han señalado que se trata de un mecanismo concedido para ayudarles a satisfacer las necesidades materiales del menor.¹⁷⁷

Éste criterio ha sido compartido, por el autor Javier Tapia Ramírez, al puntualizar que: “el usufructo tiene como fundamento el compensar los trabajos o cargas que requiere el desempeño de la patria potestad, pues en ocasiones pueden ser más los bienes que de los padres y éstos con la mitad del usufructo de

¹⁷⁴ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad, Derecho Familiar, Op. Cit.*, p. 82.

¹⁷⁵ Rico Álvarez, Fausto, et, al., *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.433.

¹⁷⁶ *Ídem*, p.433.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p.434.

ayudan para solventar las necesidades de crianza del menor, pero nunca deben dejar de aportar, para tales necesidades, de su propio dinero”.¹⁷⁸

Al respecto, este criterio parecería contradictorio, ya que los progenitores deberían de usar y gozar del patrimonio de los bienes del menor para las necesidades básicas de éste, sin embargo, no se debería de mal gastar pues mientras se tenga la administración de los bienes del menor se debe usar para esa finalidad, y los padres del menor debe de seguir cumpliendo con sus obligaciones inherentes a la patria potestad.

En razón de ello, quienes ejercen la patria potestad del menor tendrán derecho de crédito para percibir la mitad de los frutos que generen los señalados bienes; ya que se les tiene que retribuir a los progenitores por los servicios administrativos que realizan en cumplimiento a la función administrativa de los bienes adquiridos por el hijo menor.

Asimismo, los autores Fausto Rico Álvarez, Garza Bándala y Cohen Chicurel desde su punto de vista han señalado que “el menor adquiera la administración se puede pensar que interviene en la celebración de actos jurídicos administrativos”¹⁷⁹ que tengan por objeto los referidos bienes, lo que determina una excepción a que deba actuar representado.

Con respecto a las características del usufructo, el autor Javier Tapia Ramírez, ha propuesto las siguientes:

“1. Se encuentra fuera del comercio, luego entonces, quienes ejercen la patria potestad, no podrán gravar su derecho a la mitad del usufructo;

2. El usufructo paterno filial es impuesto por la ley, y es inherente al ejercicio de la patria potestad, en consecuencia se le aplican los derechos y obligaciones derivadas del estado civil familiar de padre a hijo, con las mismas características;

3. El usufructo no recae sobre cosas consumibles, como el dinero que constituye parte del capital de los bienes del menor, pues la ley sólo reconoce la mitad del usufructo de los bienes no consumibles, en virtud de que sólo concede a

¹⁷⁸ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 428.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.427.

quien ejerce la patria potestad facultades de administración controlada judicialmente.

4. Al usufructuario de los bienes de su hijo se le exceptúa de dar fianza, como estaría obligado cualquier otro usufructuario.

5. Es inembargable el derecho del usufructo, pero no los frutos (civiles, naturales e industriales)¹⁸⁰.

Donde se advierte, que los progenitores del menor tienen un cúmulo de impedimentos establecidos por el Código Civil para el Distrito Federal para que no derrochen el patrimonio de los bienes administrados adquiridos por el menor distintos a los de su trabajo.

g) Bienes excluidos del derecho del usufructo.

La ley autoriza a que la mitad del usufructo lo puedan adquirir quienes ejercen la patria potestad así como la administración de los bienes del menor, sin embargo, en los bienes de segunda clase que consiste en la propiedad y la mitad del usufructo pertenece al hijo. Con excepción de los mencionados en el artículo 430 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala lo siguiente:

Artículo 430. En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

En ese sentido, ambos progenitores que ejercen la patria potestad, tienen impedimento legal de gozar y disfrutar del usufructo de los bienes que el menor reciba por herencia, legado, o donación si el testador o donante así lo ha decidido. Ese mismo criterio es compartido, por los autores Julián Güitrón Fuentesvilla y Ernesto Gutiérrez y González,¹⁸¹ pues se remiten a lo que establece el numeral en cita del Código Civil para el Distrito Federal, “al exponer que; la administración y la

¹⁸⁰ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, pp.428 y 429.

¹⁸¹ Güitrón Fuentesvilla, Julian, *Nuevo Derecho Familiar, Op. Cit.*, p.267.

otra mitad del usufructo corresponden a los padres de familia que ejercen la patria potestad".¹⁸²

El artículo 433 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que; los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad.

En esa disposición se excluye a los que ejercen la patria potestad cuando aún no entran en posesión de la administración de los bienes, ya que es justo que pertenezcan al hijo esos productos cuando sus progenitores no han realizado ningún acto que merezca puedan gozar de ese derecho de usufructo.

En opinión del autor Javier Tapia Ramírez el usufructo tiene un carácter compensatorio por el desempeño de la administración de los bienes del menor, y si no se ha realizado ningún acto de administración por quien ejerce la patria potestad los ascendientes no tienen ningún derecho de usar y disfrutar de los frutos que produzcan dichos bienes.¹⁸³ Porque en esos términos se puede pensar que si los progenitores no realizaron ningún acto de administración con respecto de los bienes del menor, entonces no tendrían ningún derecho para disfrutar de los frutos que produzcan dichos bienes, ya que de lo contrario sería injusto que gozaran de los frutos que los mismos no produjeron con su administración, perjudicando o disminuyendo el patrimonio de su menor hijo.

h) Régimen jurídico del usufructo.

El artículo 434 del Código Civil para el Distrito Federal, determina que el usufructo de los bienes entregados a los titulares de la patria potestad conlleva ciertas obligaciones que deben cumplir como las establecidas en dicho numeral que se transcribe a continuación:

Artículo 434. El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del

¹⁸² Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia, Op. Cit.*, p.438.

¹⁸³ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 430.

Título VI, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

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

Es decir, quienes ejercen la patria potestad del menor no están obligados a dar fianza para garantizar la administración de los bienes de su hijo, sino que procede ésta cuando sean declarados en quiebra o concurso, contraiga ulteriores nupcias o bien cuando su administración sea notoriamente ruinoso para el hijo.

i) Extinción del usufructo.

El usufructo a que tienen derecho aquellas personas que ejercen la patria potestad del descendiente se extingue por la emancipación derivada del matrimonio o porque el menor alcance la mayoría de edad, o cuando quien ejerza la patria potestad la pierda o simplemente por la renuncia a ese derecho del usufructo.

Tal y como dispone el artículo 438 del Código Civil en comento, mismo que se transcribe a continuación:

Artículo 438. El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:
I. Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;
II. Por la pérdida de la patria potestad;
III. Por renuncia.

Cuando los hijos cambian su situación legal, conlleva a que se extinga el usufructo que los progenitores ejercían en ese momento.

En ese sentido han opinado los autores Edgar Baiquero Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, al puntualizar que cuando termina la patria potestad de quienes la venían ejerciendo deberán rendir cuentas sobre la administración efectuada durante su ejercicio y entregar los bienes a su menor hijo.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Baqueiro Rojas, Edgar, y, Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.277.

De donde se advierte que la pérdida de la patria potestad del menor, los progenitores están obligados a dar cuentas de la administración del patrimonio que le pertenecía al menor.

El autor Miguel Ángel Quintanilla García, ha señalado que “la extinción del usufructo a favor de los que ejercen la patria potestad, se terminará cuando se pierda dicha patria potestad, que bien puede ser por ejemplo en caso de divorcio, cuando haya una causal grave y así lo declare el juez en sentencia ejecutoria (ver artículo 444 fracción II del Código Civil), o bien cuando el menor llegue a la emancipación o la mayoría de edad, pues siempre se pierde la patria potestad y por ende se pierden los derechos de usufructo, pues han cesado las causas que motivaron legalmente la concepción del usufructo a favor de los que ejercen la patria potestad, y podemos afirmar que los cuidados y vigilancia que demanda la administración de los bienes se extingue con la patria potestad y el derecho inherente a ella como lo es el usufructo que se ha venido mencionando”.¹⁸⁵

Al respecto, mencionamos que en la actualidad y con la últimas reformas en el tema de divorcio, es de puntualizarse que ya no hay más divorcios que se tramiten con causa y ahora en nuestra legislación sustantiva y adjetiva civil, únicamente se contemplan a los divorcios sin expresión de causa en donde es presentada la demanda por la voluntad unilateral de una de las partes para divorciarse, por lo tanto, resulta imposible que se invoque la causal a que alude este autor para que proceda la misma.

Al darse la emancipación del menor los progenitores pierden derecho al usufructo de la administración de los bienes, porque ahora el menor se encuentra con la aptitud de administrar sus bienes.

En relación al usufructo se ha opinado que “por la extinción del usufructo por quienes ejercen la patria potestad. Cabe destacar que, cuando la patria potestad se ejerce por ambos padres o ambos abuelos y sólo uno de ellos la pierde, perderá también el derecho del usufructo, pero quedará vigente para el otro”.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Convivencias Familiares, Op. Cit.*, pp.60 y 61.

¹⁸⁶ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.430.

Es decir, por ejemplo como sería en un caso que uno de los progenitores, ha perdido la patria potestad y en consecuencia el derecho del usufructo; sin embargo, para el otro a quien no se le ha decretado la pérdida de esa facultad subsiste su prerrogativa a ejercer la patria potestad y su legitimación al usufructo.

Por otra parte, también se puede extinguir el derecho al usufructo por renuncia de los progenitores del menor.

Esa renuncia debe hacerse por escrito, o de cualquier otro modo que no deje lugar a dudas, la renuncia del usufructo hecha a favor del hijo o nieto, según sea el caso se considerará como donación.¹⁸⁷

Para otros autores consideran que; el artículo 434 del Código Civil para el Distrito Federal deberá “derogarse, ya que en él se mencionan disposiciones preliminares de la misma codificación”¹⁸⁸, mismas que se encuentran conferidas en los artículos 6 y 7 de dicho ordenamiento jurídico los cuales se citan a continuación:

Artículo 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciar los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no afecte derechos de tercero.

Artículo 7. La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no deje duda del derecho que se renuncia.

La renuncia del usufructo se considera como una donación en favor del menor, atendiendo a lo previsto en el artículo 432 del ordenamiento en cita:

Artículo 432. La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo, se considera como donación.

Sin embargo, otros autores señalan que: “la renuncia al usufructo, no se debe considerar como una donación, ya que atendiendo a la naturaleza jurídica de esta figura, tenemos que se trata de un contrato, por lo que la renuncia es un acto jurídico de forma unilateral, en todo caso se tuvieron que establecer las

¹⁸⁷ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.352.

¹⁸⁸ Rico Álvarez, Fausto, et, al., *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.436.

normas sobre la donación y que serán aplicables a la renuncia, lo que es importante ya que la liberalidad podrá revocarse en algunos supuestos”.¹⁸⁹

2.4.4 Obligaciones de quienes ejercen la patria potestad respecto de la administración de los bienes de los menores.

Las obligaciones del administrador sobre los bienes de sus hijos son:

1) Administrarlos como si fueran los propios, como un buen padre de familia;

2) Por ser un mandato legal no le esta permitido renunciar a la administración; delegarla o enajenarla, salvo causa justificada autorizada por la autoridad judicial. Púes la representación deriva de la patria potestad en el interés del hijo;

3) Cumplir de manera supletoria, con todas las obligaciones establecidas para el contrato de mandato; y

4) También los actos de administración que realice deben estar encaminados a conservar y mantener los bienes en buen estado, así como hacer producir los frutos o productos para que el menor pueda aprovecharlos en su forma y desarrollo.¹⁹⁰

Es decir los actos de administración se dirigen a beneficiar y conservar en todo momento el patrimonio, máxime que son los mismos progenitores quienes realizan estas obligaciones en beneficio del menor.

Se puede perder el derecho a la administración, por las causas siguientes:

1) Por la mala administración que realizaran los padres de los bienes de los hijos;

2) Por la falta de rendición de cuentas, manejos inadecuados, administración fraudulenta, pérdida, deterioro o detrimento de los bienes del menor;

¹⁸⁹ Rico Álvarez, Fausto, et, al., *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.436.

¹⁹⁰ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.423.

3) Por negligencia, dolo, ignorancia, inexperiencia, enfermedad, muerte, renuncia justificada del administrador; el administrador responderá de los daños y perjuicios que cause al patrimonio del menor.

De donde la administración pasara a otro progenitor o abuelo, y si no la hubiera la administración se concederá a tercera persona designada por la autoridad judicial.¹⁹¹

2.4.5 Abstenerse de actuar cuando exista conflicto de intereses.

Sobre este tema a estudio es importante indicar que “las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos, y en los casos en que hubiera un interés opuesto al de éstos se les representara en juicio y fuera de él por un tutor especial nombrado por el Juez para cada caso, como lo señala el artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal”.¹⁹²

A esa opinión, se suma la opinión del maestro Julián Güitrón Fuentevilla, al remitirse también a esa disposición legal.¹⁹³

Lo anterior en aplicación de la hipótesis normativa prevista en el artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal el cual señala que en el supuesto que los padres se encuentren en oposición a los intereses del menor, la representación se realizará por un tutor nombrado por la autoridad en este caso el Juez de lo Familiar.

De esta interpretación los responsables de ejercer la patria potestad se deberán de apartar de administra los bienes cuando éstos tengan intereses opuestos al del menor, y con su oposición, puedan perjudicar los bienes o intereses del menor; por lo que el Juez de los Familiar deberá de nombrar un tutor interino que se encargue de administrar los bienes atendiendo el interés superior del patrimonio del menor.

¹⁹¹ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, pp. 427 y 428.

¹⁹² Quintanilla García, Miguel Ángel, *Convivencias Familiares, Op. Cit.*, p. 62.

¹⁹³ Güitrón Fuentevilla, Julian, *Nuevo Derecho Familiar, Op. Cit.*, p.269.

2.4.6 Obligación de rendir cuentas.

Se encuentran obligados a rendir cuentas de la administración de los bienes quienes ejercen la patria potestad del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 439 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando el Juez encuentre motivos para ello, y una vez extinta la patria potestad.¹⁹⁴

Como en toda administración la rendición de cuentas se debe realizar de manera oportuna y detallada tanto los ingresos como los egresos que se haya realizado durante la administración, ya que es la forma de evitar fraudes en perjuicio de los activos del menor.

Por lo que una vez que el descendiente llegue a la mayoría de edad o se emancipe se le entregaran todos y cada uno de los bienes, frutos que le pertenezcan por haberse terminado la patria potestad.

Tal y como lo dispone el artículo 442 del ordenamiento en cita que a la letra señala lo siguiente:

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

2.4.7 Obligación de responder por los hechos ilícitos de los menores.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su obra “Temas Selectos de la Patria Potestad, Derecho Familiar”, ha señalado que:

*“Quienes ejercen la patria potestad sobre el menor les corresponde su cuidado, educación y vigilancia, en ese sentido se sobre entiende que cuando éste ocasione daños o perjuicios a terceros, deberán responder los padres del menor, pues cuando un hijo causa daño, en determinados casos se presume que los titulares de la patria potestad no están debidamente cumpliendo con sus deberes, de tal modo que la responsabilidad que a ellos se atribuye no es propiamente de éstos, sino es por su propia falta de cuidado con sus menores hijos”.*¹⁹⁵

¹⁹⁴ Rico Álvarez, Fausto, et, al., *Derecho Familiar, Op. Cit.*, p.437.

¹⁹⁵ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad, Derecho Familiar, Op. Cit.*, p. 86.

De esta interpretación quienes ejercen la patria potestad del menor deberán responder por los daños y perjuicios ocasionados a terceras personas obligándose a educarlos, guiarlos y a dar el buen ejemplo para que sus hijos menores se conduzcan con los mismos valores que aprenden en el seno familiar donde se encuentran bajo la guarda y custodia y supervisión de sus progenitores, máxime que viven en el domicilio de quien ejerce la patria potestad.

La responsabilidad de los que ejercen la patria potestad se encuentra regulada en el artículo 1919 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala, lo siguiente:

Artículo 1919. Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

Es decir, quien ejerce la patria potestad del menor como la custodia de éste, será responsable de los daños y perjuicios que llegue a ocasionar mientras se encuentre bajo su vigilancia. Esta responsabilidad cesa cuando los menores se encuentran bajo la vigilancia de otra autoridad por ejemplo; directores de colegios o de otras instituciones públicas o privadas en donde el menor se encuentre provisionalmente para realizar alguna actividad, en éste caso quienes serán responsables y que la deben asumir serán los directores de esos establecimientos.¹⁹⁶

De donde se advierte, que con ese criterio se dan dos tipos de responsabilidades de una forma directa quienes detentan la guarda y custodia del menor y por la otra a quienes se les encomienda la guarda provisional con el propósito de que se instruya al menor y se da cuando los menores se encuentran bajo la autoridad de un tercero encargado de proporcionar la instrucción académica, creándose una responsabilidad indirecta derivada de las funciones que realiza éste.

¹⁹⁶ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad, Derecho Familiar, Op. Cit.*, p 87.

Ahora bien en el supuesto de que los titulares de la patria potestad del menor acrediten que no tienen culpa, ni pudieron impedir el hecho o la omisión del que nace la responsabilidad, tampoco serán responsables.¹⁹⁷

Por lo que aún cuando se haya previsto por parte de los progenitores del menor, la conducta desplegada de éste de causar algún daño en contra de un tercero y éstos lo advirtieron a su menor hijo, o que aún si no lo hubieran advertido y se acredita que no tuvieron la forma para impedir esa responsabilidad tampoco serán responsables de esa conducta.

¹⁹⁷ *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad, Derecho Familiar, Op. Cit.*, p 87.

Capítulo Tercero

Derecho comparado en relación a las causales de Pérdida de la Patria Potestad.

Planteamiento general.

El análisis del derecho comparado de cada uno de los países que se realiza en el presente capítulo, va a permitir tener una idea de la forma en que la figura jurídica de la patria potestad se presenta en diversos países como España, Francia, Italia, Alemania, Argentina y Chile señalando sus diferencias lo que ha sido el factor determinante y que ha motivado a evidenciar los aciertos o desaciertos al momento de tutelar el interés superior del menor por los sistemas jurídicos adoptados para cada uno de esos países.

Por lo que respecta al ejercicio de la patria potestad en el derecho comparado, se debe tomar en cuenta que en el campo del derecho familiar es muy variable sobre todo en aquellos países donde la crisis de los factores son muy radicales; es de indicar que en todas las legislaciones, la patria potestad no se establece propiamente como derecho fundamental ni constitucional de los padres, tampoco deriva de un derecho subjetivo, por lo que se advierte que este derecho nace de una potestad, es decir, era el poder otorgado a la persona encargada de ejercer patria potestad en beneficio e interés del menor a través del cual se origina una serie de derechos, deberes y obligaciones.

La autoridad judicial se encargará de salvaguardar y dirimir las controversias que se le sometan a su consideración para que se pronuncie al respecto dictando el derecho que les beneficie o les perjudique a las partes, protegiendo el bienestar y el interés del menor, por lo que el Estado les ha garantizado un mínimo de derechos que no podrán restringirse ni mucho menos desconocerse por ninguna autoridad, local o federal, sea ejecutiva, legislativa o judicial, comprometiéndose a garantizar mediante tratados y convenciones internacionales en donde se homologue el derecho con la de otros países.

Por lo que hace a la patria potestad se realizará un análisis del derecho comparado que demuestran interés de estudio en la institución de su ejercicio, con respecto a las causas por las que se termina o extingue la misma.

3.1 España.

José Antonio Álvarez Caperochipi, ha señalado que la sanción del ejercicio de la patria potestad deriva del hecho de que se puede privar o suspender a los padres en sentencia firme o en un juicio ordinario declarativo o en sentencia matrimonial o criminal.

La privación no es una institución unitaria y puede alcanzar distintos tipos de gravedad, pero sus efectos naturales son el preferente derecho de ejercicio del otro progenitor y que en caso de pérdida por el progenitor ejerciente, aquel que fue privado no recuperará la patria potestad, sino que se nombrará un tutor al menor. De donde, la privación de la patria potestad no se produce por si misma, sino que se establece expresamente. Por lo que no se debe de eximir al padre del cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, sino el progenitor privado de la patria potestad continúa obligado a velar por su hijo y a prestarle la asistencia necesaria. Ante el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad no tiene tasadas las causas, como sucede en un proceso penal, pero a su vez no implica las consecuencias radicales del ilícito penal.¹⁹⁸

La privación de la patria potestad por quienes ejercen esa pérdida deberá ser declarada por una autoridad judicial.

La privación de la patria potestad se encuentra inmersa de conductas realizadas por los padres del menor que puedan considerarse como graves o no graves por la ley para que continúen ejerciendo ese derecho, con la excepción de que en materia penal ya no podrán volver a ejercer ese derecho de acuerdo al tipo penal que la conducta hubiera ocasionado para esa pérdida.

El Consejo General del Poder Judicial de Madrid, España; ha citado a James Garbarino y a John Ekenrode quienes han señalado que entre el

¹⁹⁸ Álvarez Caperochipi, José Antonio, *Curso de Derecho de Familia, Tomo II Patria Potestad, Tutela y Alimentos, Op. Cit.*, pp.54 y 55.

incumplimiento de los deberes de los que ejercen la patria potestad de los hijos menores, también deben ser incluidos los malos tratos que ejercen los progenitores sobre los incapaces, traduciéndolos en la fuerza física que se utiliza para moldear la conducta de éstos, así como el maltrato psicológico bajo el pretexto del abuso emocional para la corrección del menor.

Donde se analiza que ante el incumplimiento de los deberes se deben de incluir también los malos tratos que llevan a cabo quienes ejercen la patria potestad, ya que estos malos tratos generan un incumplimiento por quienes no ejercen adecuadamente sus derechos-deberes respecto del ejercicio de la patria potestad sobre el menor al pretender usar como medio de corrección la violencia.

Esos efectos de maltrato son factores que pueden generar daño psicológico y lesivo para los menores provocando e incluso poner en peligro la vida del menor.¹⁹⁹

Esas opiniones resultan ser acertadas ya que el artículo 170 del Código Civil de España no regula ese tipo de violencia como una manera de privar de la patria potestad a los padres del menor, sin embargo, la autoridad judicial como lo es el Juez de conocimiento deberá valorar las circunstancias que se le presenten para determinar en beneficio e interés del incapaz, si a los que ejercen la patria potestad se les privaría de ese derecho.

Ha señalado el Consejo General del Poder Judicial de Madrid, España que: la privación de la patria potestad a los padres debe enmendarse dentro de las medidas de protección al menor. La privación de la patria potestad, en el ámbito que nos ocupa, no es más que una consecuencia de la protección integral del menor.²⁰⁰

Al respecto, se debe entender que la privación de la patria potestad conlleva a proteger el bienestar y el interés superior del menor, y que esa privación deberá decretarse y aplicarse en la medida de la gravedad de la misma.

Es importante señalar que en ese país la patria potestad, se encuentra regulada en el Código Civil Español:

¹⁹⁹ Cfr. Consejo General del Poder Judicial, *Custodia Compartida y Protección de Menores*, S. N. E., Madrid España, 2009, pp. 130 y 131.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 131.

Del Libro I: Título VII de las relaciones paterno filiales, capítulo primero, de los artículos 154 al 171.

En el Código Civil Español se señala la clasificación de las causas de extinción y las de privación de la patria potestad.

En tanto las causas de extinción tenemos, las siguientes:

- “a) La muerte de quienes ejercen la patria potestad del menor,
- b) La muerte en quien recae el ejercicio de la patria potestad;
- c) Cuando el hijo sale del hogar familiar para formar su propia familia; y
- d) Cuando se adopta al hijo menor.”²⁰¹

Tal y como se encuentra previsto en el artículo 169 del Código Civil Español, tal y como a continuación se señala:

Artículo 169.

La patria potestad se acaba.

La muerte o la declaración de fallecimiento de los padres;

La muerte o la declaración de fallecimiento del hijo;

La emancipación; y

La adopción del hijo.

Dentro de las causas de privación, se prevén las señaladas en el artículo 170 del Código Civil Español, entre las que se mencionan a la decretada por sentencia fundada por el incumplimiento de los deberes, dicha privación puede ser total o parcial.

También la que se dicta mediante causa criminal o matrimonial.

En relación a los intereses del menor los tribunales competentes podrán acordar la recuperación de la pérdida de la patria potestad en beneficio del menor cuando se haya extinguido la causa que originó dicha determinación, esto con la finalidad de proteger y salvaguardar los intereses del menor.

El artículo antes mencionado se transcribe a continuación:

Artículo 170. El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumpliendo de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivo la privación.

²⁰¹ Código Civil Español.

De este precepto legal, respecto a la privación de la patria potestad se sanciona a los padres del menor de manera total o parcial por no cumplir con sus obligaciones inherentes a su ejercicio.

La privación de la patria potestad, debe estar fundada mediante sentencia que se haya dictado en un juicio criminal o matrimonial.

Éste dispositivo establece que la autoridad se encuentra facultada por la Ley para decidir si los padres del menor pueden recuperar y ejercer sus derechos inherentes al ejercicio de la patria potestad de éste, cuando hayan cesado los efectos que dieron origen a la privación de la patria potestad y que dichas causas no sean graves; en consecuencia se pueda recuperar con todos sus derechos por quienes la ejercen.

En ese sentido, se ha señalado por el Doctor Francisco Lledó Yagüe en su obra “Patria Potestad, Filiación y Adopción”, que la doctrina jurisprudencial ha comentado que el artículo 170 del Código Civil del ordenamiento legal en cita, crea un abanico de discrecionalidad para que no sea absoluta y la autoridad judicial pueda resolver en los límites que la propia ley lo faculta y la autoridad considere los aciertos en los que se debe de pronunciar con respeto, al señalarse que la libertad del juzgador se encuentra con dos barreras que son primordiales e inquebrantables: como es la búsqueda del beneficio e interés del menor, y la de que se recupere la función del ejercicio de la patria potestad, cuando haya desaparecido la causa que motivó la pérdida.²⁰²

Por lo que se considera que la ley otorga y faculta a la propia autoridad para que forme su propio juicio del caso que conozca en cuanto a la forma de resolver la pérdida de la patria potestad y la recuperación de la misma, atendiendo siempre el bienestar y el interés del menor, sin que esa discrecionalidad rebase los límites que la propia ley señala.

Las causas más habituales que se presentan ante un tribunal para que éste emita una sentencia en la cual se determine la pérdida de la patria potestad, son aquellas en donde los progenitores dejan de cumplir con sus obligaciones, es

²⁰² Lledo Yagüe, Francisco, *Patria Potestad, Filiación y Adopción*, Editorial Dykinson, Madrid España, 2011, p.34.

decir, no satisfacen los gastos necesarios para la manutención o abandonan a los menores hijos; por lo tanto la autoridad judicial se encuentra facultada por la Ley para imponer esa medida disciplinaria para lo cual valorará las circunstancias que se presentan en cada caso atendiendo siempre el interés superior del menor.

En la legislación española se regula la pérdida de la patria potestad mediante sentencia dictada por la autoridad judicial misma que se mencionan a continuación:

- a) Sentencia fundada en incumplimiento de deberes inherentes a la misma;
- b) Sentencia dictada en causa criminal; y
- c) Sentencia en causa matrimonial.

3.1.1 Sentencia fundada en incumplimiento de deberes inherentes a la misma.

El Supremo Tribunal de la Sala Civil con sede en Madrid, España, emitió sentencia la cual se fundaba en el incumplimiento de los deberes por uno de los padres del menor al confirmar la resolución definitiva dictada por la autoridad de primera instancia al señalar que la inferior no fundó debidamente su criterio al resolver que se protegió y se salvaguardó el beneficio y el interés superior del niño, dejando a un lado los alegatos emitidos por los progenitores quienes ya no procuraban la estabilidad de la figura del matrimonio y sólo atendían los intereses emocionales y personales que los beneficiaba o que los afectaba, dejando en segundo término los derechos del menor. Este Órgano Supremo señalaba que la autoridad inferior para resolver baso su determinación atendiendo lo que establecía el artículo 170 del Código Civil Español en donde se acondicionan las mejoras ponderaciones e intereses del menor, al no atender únicamente como se ha mencionado los alegatos de quienes ejercen ese derecho, sino que ahora los jueces tienen facultades más allá de la aplicación de la legalidad, ahora se cuentan con criterios basados en los hechos que se dan en beneficio del menor.

Básicamente de la resolución se desprendieron varios elementos de importancia, al señalar que la autoridad judicial de primera instancia contaba con el más amplio criterio y facultades para resolver si beneficiaba o perjudicaba a que

se le privara de su derecho asistencial de la figura paterna al menor, además de contar con la amplia discrecionalidad para considerar y valorar siempre el interés superior y beneficio del menor, ya que en este caso la decisión de la autoridad judicial familiar se encontraba regulada por el artículo 170 del Código Civil Español, además por el artículo 392 de la Constitución Española, en el que el derecho de los menores se encontraban garantizados por los poderes públicos.²⁰³

Se ha señalado que ante el incumplimiento de los alimentos por uno de los padres del menor, esa conducta no es suficiente para que deje de convivir el menor con su progenitor; lo anterior en virtud que la institución de la patria potestad tiene por finalidad la de convivir con su señor padre, pues existe otro medio que se puede promover para que se asegure el cumplimiento de los alimentos, como es la vía de apremio judicial, que interrumpe la relación del menor hijo con su padre porque puede ocasionar un perjuicio para el incapaz de difícil restauración.²⁰⁴

Ante esta situación, se evidencia claramente que se tutela el bienestar y el interés superior del menor para que conviva con su progenitor, ya que la finalidad de la propia institución de la patria potestad, es la de garantizar la convivencia entre éstos, y no los motivos que originen a impedirla, ya existen otros medios por los cuales se puede exigir el cumplimiento de los alimentos, como es el caso de las medidas de apremio que prevé la ley.

El Consejo General del Poder Judicial de Madrid, España ha señalado que en Sentencias del Tribunal Supremo del 27 de noviembre de 2003; que en los casos en que se pretenda privar de la patria potestad a quienes ejercen ese derecho, deberán de acreditar de forma contundente el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, es decir, que los hechos que se le imputan a algunos de los progenitores deberán estar debidamente probados.²⁰⁵

²⁰³ Roj; STS 4999/2004, Id Cendoj. 280779110012004100680, Tribunal Supremo: Sala Civil, sede Madrid, sección 1, no de recurso: 4793/1999, no de resolución: 653/2004, procedimiento: civil, ponente: José Ramón Ferrandiz Gabriel, <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-ts&comunidad=09.pdf>, consultado 24/05/13.

²⁰⁴ Lledo Yagüe, Francisco, *Patria Potestad, Filiación y Adopción*, Op. Cit., p.35.

²⁰⁵ Consejo General del Poder Judicial, *Custodia Compartida y Protección de los Menores*, Op. Cit., p.132.

En consecuencia, de la manera que se formule una demanda de la acción ordinaria de la pérdida de la patria potestad y de las pruebas contundentes que se ofrezcan es como realmente van a ser procedentes las prestaciones que se le reclamen al demandado para que prospere dicha acción.

No obstante, se puede mencionar también que los derechos del menor se encuentran garantizados por la norma suprema del país y por los tratados internacionales en que se han pactado y ratificado por los países celebrantes, como en las convenciones en las que los gobiernos sean parte; garantizando así los derechos de los menores.

En la actualidad se ha determinado que la autoridad judicial resuelva en beneficio del menor, sin que de ninguna manera omita allegarse de todas las pruebas y de los hechos que concurran al caso concreto que se le plantea, y en donde se salvaguarden los derechos y se beneficie al menor.

3.1.2 Sentencia dictada en causa criminal.

La privación de la patria potestad, que se funda en la causa criminal señalada en el numeral 170 del Código Civil Español, puede establecer una problemática para aplicar e individualizar la pena con respecto a los padres del menor que han incumplido sus deberes y obligaciones con respecto de éstos, en un proceso civil o penal.

De lo que acontece que en una conducta ilícita realizada en el delito de que se trate por los sujetos activos, es decir por quienes ejercen la patria potestad del menor, evidencia a estos como a sus descendientes, por lo que se debe de diferenciar los hechos sucedidos entre la conducta desplegada de los primeros y en quien recae, que son los segundos.

El artículo 170 del Código Civil Español, dispone que el padre o la madre pueden ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en la causa criminal o matrimonial.

Este precepto legal no determina una dualidad de causas procesales alternativas para la común aplicación (en el proceso penal o proceso civil) para la

privación de la patria potestad por no haber cumplido los progenitores sus deberes y obligaciones inherentes a su potestad. Sino que para privar de la patria potestad a quienes la ejercen, la alternativa se establece precisamente, de una pronunciación de la sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, y de la otra parte, una sentencia dictada en una causa criminal.

De donde se puede privar de la patria potestad por sentencia fundada en tal incumplimiento o bien se quita de ella en una causa criminal; de lo que se traduce que no cabe en el proceso penal que se pierda la patria potestad por razón del incumplimiento del deber que es lo propio de la otra alternativa señalada, sino que sea por las causas y los casos establecidos en la norma aplicable, es decir, que en el Código Penal no se autoriza la imposición de tal pena.

En una interpretación se puede señalar que de la necesidad de salvaguardar los intereses del menor, afectados cuando uno de los cónyuges había dado muerte al otro y es condenado por ello con las penas legalmente establecidas aplicadas para el caso en concreto.

“La reforma que trascendió del Código Civil operada por la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero”²⁰⁶, fue de gran utilidad para establecer los mecanismos sustantivos y procesales civiles precisos para una inmediata y automática protección del menor desamparado, sin necesidad de que la jurisdicción penal asumiera lo que a la jurisdicción civil corresponde mediante la aplicación de las correspondientes normas civiles a través de los causales procesales específicamente creados para ello.

Tal y como sucedió en la sentencia dictada por la autoridad judicial de primera instancia; al señalar en un caso práctico lo siguiente; los padres de los menores se encontraban separados, sin embargo, el padre de éstos acudió a su hogar en donde vivían con su progenitora, cuando salían para dirigirse a la escuela, la madre se encontraba sola entonces entró el papa a la habitación para acabar con su vida.

²⁰⁶ [http://oas.org/esp/Ley Orgánica 1 1996/5enero1996](http://oas.org/esp/Ley_Orgánica_1_1996/5enero1996) protección jurídica del menor España, pdf, consultada 27 de mayo de 2013.

Sobre esos datos se construyó la sentencia recurrida la "*ratio decidendi*" para decretar la pérdida de la patria potestad.

Sin embargo, "el progenitor de los menores interpuso el recurso de apelación en contra de ésta decisión, y los magistrados del Tribunal Supremo, de la Sala Civil, confirmaron en esa resolución, al señalar que la autoridad inferior en su sentencia definitiva había valorado un análisis exhaustivo de la prueba sometida a su consideración en términos del artículo 170 del Código Civil Español, para determinarse la pérdida de la patria potestad, fundada principalmente en la conducta realizada por el padre de familia ya que se observa un incumplimiento propio de los deberes de la patria potestad, de lo que se acredita con lo dictado en la causa penal, aunado a que el padre de los menores no estaría en las mejores condiciones para la formación de éstos, al considerar que es un elemento esencial".

Lo que trascendió de este fallo fue que la demanda promovida por el padre de los menores se hizo ante la autoridad competente y sería ésta quien decretaba la pérdida de la patria potestad sobre los menores hijos del progenitor acusado de haber matado a la madre de éstos.

Esta reforma vino a establecer los parámetros dualistas procesales con los que no contaba en un principio el Código Civil Español, a la interpretación de la norma del artículo 170.

Por otra parte, en la práctica procesal se ha llegado a pensar que el hecho de que uno de los cónyuges sea condenado a la pena privativa de la libertad, no lo lleva a que deba ser privado de ejercer la patria potestad de sus menores hijos.

El Consejo General del Poder Judicial de Madrid, España; ha mencionado que en dos sentencias se han homologado criterios al respecto, la de fecha 29 de junio de 2004 de la Audiencia Provincial de Valencia y del 20 de julio de 2004 de la Audiencia Provincial de Teruel ambas en materia civil, razonamientos que se citan continuación:

"Perpetrado un acto gravísimamente lesivo para el bienestar de sus hijos, como es el de privar de la vida a su madre, alterando radicalmente de esta trágica forma su futuro, e infringiendo frontalmente los deberes de prestar asistencia de todo orden a los hijos, y de velar por ellos".

“No se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes, sino que con ello de lo que se trata es de defender los intereses del menor”.²⁰⁷

Del análisis de esos dos criterios se desprende que se pondera el bienestar y el interés superior del menor por el juzgador, al no sancionar la conducta realizada por el progenitor, sino de proteger los intereses del menor.

3.1.3 Sentencia dictada en causa matrimonial.

La privación de la patria potestad la acordará la autoridad judicial mediante la sentencia correspondiente, ya que se trata de un dispositivo normativo establecido para adoptar medidas de beneficio y protección de menores, más que de una sanción a los progenitores.

Se menciona que la privación de la patria potestad, estará determinada por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes de su ejercicio, así como de una causa criminal o matrimonial.

Y para los efectos que nos ocupa, podemos mencionar que la sentencia dictada en la causa matrimonial se refiere a aquéllos padres que ejercen la patria potestad del menor en donde ambos han decidido separarse o se encuentran separados, o han dejado de visitar a su menor hijo en el domicilio en el que éste se encuentra con uno de sus progenitores.

Al respecto, a efecto de ejemplificar un caso concreto, el Tribunal Supremo, de la Sala Civil, revocaba la sentencia definitiva que dictó el Juez de primera instancia, la cual señalaba, que se le privaba de la patria potestad al demandado progenitor del menor y que la guarda y custodia la ejercerían los abuelos maternos. Ante el argumento los abuelos maternos del menor, demandaban pérdida de la patria potestad con respecto al padre progenitor para que éste no la ejerciera sobre su menor hijo que había sido abandonado con la madre de éste y que había muerto dejándoles la guarda y custodia del menor. Sin embargo, el padre del menor intentaba recuperar la guarda y custodia de éste, y los abuelos maternos se habían opuesto a que se le entregara.

²⁰⁷ Consejo General del Poder Judicial, *Custodia Compartida y Protección de Menores*, Op. Cit., p. 135.

El Tribunal Supremo de la Sala Civil con sede en Madrid, España; determinó que no era procedente la pérdida de la patria potestad en perjuicio del padre progenitor. Ya que los razonamientos lógicos jurídicos que se analizaron y que fueron los medios para no decretar la privación de la patria potestad del padre subsistente, fueron en términos del artículo 170 del párrafo segundo del ordenamiento en cita, y que obedecían a señalar que los Tribunales se encuentran facultados para que, en beneficio del interés del menor, se acuerde la práctica de la recuperación de la patria potestad cuando las causas que dieron origen habrían cesado. Además, de que también resultaba que los órganos jurisdiccionales, cuentan con la facultad de tutelar el bienestar y el interés superior para que el hijo goce de ese derecho de la patria potestad y que la siga ejerciendo el padre del menor.²⁰⁸

De esa resolución se analiza que el interés superior del menor se ha institucionalizado, ya que los poderes públicos como lo es el poder judicial y la autoridad administrativa deben de velar por el interés del menor y procurar su bienestar al intervenir cuando lo vean amenazado. Donde la protección del menor se salvaguarda con las medidas adecuadas por encima de cualquier otra consideración como es el carácter sancionador o punitivo que puede entrañar para los progenitores al ser considerado como un principio rector de todo ordenamiento jurídico global, poniendo de manifiesto que la patria potestad en el derecho moderno positivo, y consecuentemente en el Derecho Positivo Español funciona al servicio de los hijos, entrañando deberes a cargo de los padres dirigidos a proporcionarles la asistencia en todo orden, como lo ha proclamado el artículo 3 numeral 2, y el artículo 39 de la Constitución Política Española los cuales a continuación se transcriben y señalan lo siguiente:²⁰⁹

²⁰⁸ Consultada en Roj: STS 8720/1987, Id Cendoj: 28079110011987101085, Órgano: Tribunal Supremo: Sala de lo Civil, Sede: Madrid, Sección: 1, No de Recurso: No de Resolución; Procedimiento: Casación, Ponente: Rafael Pérez Gimeno, Tipo de Resolución Sentencia, <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-ts&comunidad=09>, consultado el 28 de mayo de 2013.

²⁰⁹ Constitución Política Española.

Artículo. 3. (...)

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.²¹⁰

(...)

Artículo. 39.2 (...)

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualesquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.²¹¹

(...)

Se determina que todas las medidas que se dispongan deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del menor, como lo señala “el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño”²¹² acogida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y que ha sido incorporado al Derecho interno español mediante la ratificación de 30 de noviembre de 1990.

La Ley Orgánica vigente 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento Civil, consagra en su artículo 2o el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo, tal y como se menciona a continuación:

Artículo 2. Principios generales.

En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.²¹³

Esta disposición normativa establece que para su aplicación deberá prevalecer ante todo el interés superior de los menores ante cualquier otro interés

²¹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, *Op. Cit.*

²¹¹ <http://www.dat.etsit.upm.esmmomjas/polica/ce.html>, consultado 28 de mayo de 2013.

²¹² http://www.unicef.org/lac/CDN_version_para_jovenes.pdf_windows, consultada 28 de mayo de 2013.

²¹³ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/1o1-1996.t1.html#a2, consultado 28 de mayo de 2013.

legítimo que pudiera alegarse por los interesados. Y en torno a las medidas que pudieran tomarse de acuerdo a la presente Ley estas deberán tener un objetivo educativo, y en lo que hace a la capacidad de obrar de los menores esta será tomada de forma restrictiva.

Al respecto, la Convención sobre los derechos del niño, en su artículo 9, numeral 1 establece que los Estados partes salvaguardarán el derecho de que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, como dispone el presente numeral de dicha convención:

Artículo 9.

1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.²¹⁴

(...)

Sin embargo, esa norma hace la excepción, cuando menciona que a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la Ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño.

Ante estos dispositivos normativos se analiza que el derecho del menor se encuentra protegido unificadamente por un derecho positivo vigente como lo es el derecho español, y se atiende sobre todas las cosas anteponiendo el principio del interés superior del menor, que es lo que en la época moderna el derecho tutela como única función en beneficio e interés superior del menor. Es decir, un servicio tutelar de los padres de servir en los deberes y obligaciones con respecto de sus menores hijos.

De donde se determina que cada una de las causales señaladas en el precepto legal en análisis, artículo 170 del Código Civil Español, que regula la privación de la patria potestad de los progenitores, no cumple con la finalidad para

²¹⁴ *Convención sobre los Derechos del Niño, Op. Cit.*

la cual fue creada dicha norma, a excepción de la dictada en la causa criminal siempre que se trate de delitos graves como es el homicidio, sin embargo, deja de salvaguardar el bienestar y el interés superior del menor tratándose de delitos culposos que pudieran llegarse a cometer por quienes ejercen la patria potestad y con esa conducta se pueda afectar a la persona y a los bienes del menor y al no contemplarse en este precepto legal se dejaría de tutelar ese derecho cuando se cometiera éste tipo de delitos en perjuicio del menor.

Con respecto a las causales decretadas en el incumplimiento de los deberes y de las establecidas en la causa matrimonial, éstas dejarían de ser procedentes ante el planteamiento de la acción de la pérdida de la patria potestad dadas las causas que las originaron y si éstas llegaran a desaparecer entonces se recuperará nuevamente el ejercicio de la patria potestad por los titulares, siempre y cuando se motive el beneficio y el interés superior del menor de necesitar nuevamente que se ejercite ese derecho de la patria potestad, a consideración de la autoridad judicial.

Como se advierte, la legislación Civil Española ya contempla el interés por parte de los poderes públicos de regularizar como principios, el beneficio e interés superior del menor para que se recupere la patria potestad del mismo, esto cuando los progenitores hayan quedado privados de ella.

3.2 Francia.

La figura jurídica de la patria potestad se encuentra regulada en el Código Francés y tiene su fundamento el Título IX, Capítulo I, de los artículos 371 al 387, y del análisis que se viene realizando, este ordenamiento jurídico establece la privación total o parcial de la patria potestad. En la sección cuarta, para efectos de esta investigación únicamente se realizará la interpretación de los artículos 378 al 381 que mencionan las causales de privación de la patria potestad.

Al respecto, se transcribe de manera literal el artículo 378 del ordenamiento legal en cita:

Artículo 378.

Podrán verse privados totalmente de la patria potestad por una decisión expresa de la sentencia penal los padres que fueran condenados, bien como autores, coautores o cómplices de un crimen o delito cometido en la persona de su hijo, o como coautores o cómplices de un crimen o delito cometido por su hijo.

Esta privación será aplicable a los ascendientes que no sean los padres por la parte de patria potestad que pudiera corresponderles sobre sus descendientes.

Donde se analiza que se les podrá privar de la patria potestad a quienes la ejercen de una manera total cuando los padres hubieren sido condenados por una sentencia judicial penal, en el hecho criminal en donde hubieran participado como autores materiales coautores o cómplices, o en su defecto en la persona de su hijo.

Este precepto legal señala que esta medida de privación de patria potestad se aplicara también a quienes no tengan el carácter de padres pero con respecto de la patria potestad que le pudiera corresponder sobre sus ascendientes.

Por lo que decreta una sanción para aquéllos padres que hubiesen cometido un delito consistente en la privación de la patria potestad, la cual es decretada a través de una resolución penal judicial.

Este artículo prevé que la patria potestad se puede privar totalmente, cuando éstos cometan conductas delictivas en la persona del hijo.

También señala que podrá ser privado de éste derecho el hijo que realice alguna conducta delictiva y los padres actúen como coautores o cómplices. Al señalarse que para que se prive de la patria potestad a quienes la ejerzan deberá ser a través de una sentencia penal condenatoria que así lo determine; de donde se advierte que ese precepto legal es únicamente sancionador y no protector del bienestar e interés del menor, aunado que tampoco se debe decretar la privación de la patria potestad total fundada en una sentencia penal como lo señala, ya que no es la autoridad competente para decretarla y se estaría invadiendo jurisdicciones completamente distintas, donde únicamente se encaminan a condenar a quienes tienen la facultad de ejercer la patria potestad y no se interesan por el bienestar y el interés superior del menor.

Por otra parte, se transcribe de manera literal el artículo 378-1 del ordenamiento legal en cita que señala, lo siguiente:

Artículo 378-1.

Podrán verse privados totalmente de la patria potestad, fuera de cualquier condena penal, los padres que, bien por malos tratos, bien por un consumo habitual y excesivo de bebidas alcohólicas o un consumo de estupefacientes, bien por mala conducta notoria o comportamientos delictivos, bien por una falta de cuidados o una ausencia de dirección, pusieran manifiestamente en peligro la seguridad, la salud o la moralidad del hijo.

Podrán igualmente verse privados totalmente de la patria potestad, cuando se haya tomado una medida de asistencia educativa respecto del hijo, los padres que, durante más de dos años, se hubieran abstenido voluntariamente de ejercer los derechos y de cumplir los deberes que les atribuye

Los padres del menor que se encuentran encargados de ejercer la patria potestad se les quitará de manera total cuando éstos realicen actos de malos tratos en contra del menor, ya sea porque tengan la costumbre de ingerir bebidas alcohólicas, estupefacientes, por una mala conducta notoria o sus comportamientos delictivos, por una falta de cuidado, e incluso la falta de orientación, y que por estas conducta se pusiera en peligro la seguridad, la salud o la moralidad del hijo.

También se despojará de forma total de la patria potestad a los padres del menor cuando éstos se hayan abstenido voluntariamente de ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones con respecto a su ejercicio.

Este precepto legal señala las situaciones de hecho que pudieran llegar a realizar o que dejaran de hacer, quienes ejercen la patria potestad afectando con su conducta a quiénes se encuentran bajo su potestad, lo cual trae como consecuencia que se le prive al progenitor de ejercer la patria potestad, cuando afecten los derechos de sus descendientes.

Se menciona que en el caso que se hayan dejado de cumplir las obligaciones y sus deberes cuando lo han dejado de hacer voluntariamente en un periodo de tiempo de dos años, se determina la pérdida total de la patria potestad.

Por otra parte, el artículo 375-7 del ordenamiento en cita, señala lo siguiente:

Artículo 375-7.

La acción de privación total de la patria potestad se entablará ante el Tribunal de grande instance, bien por el ministerio público, bien por un miembro de la familia o por el tutor del hijo.

Se regula que puedan entablar la acción de pérdida de la patria potestad mediante la demanda respectiva, cualquiera de las personas siguientes; la autoridad administrativa del Ministerio Público, cualquier miembro de la familia o en su defecto el tutor del menor.

De donde se analiza que este precepto legal faculta a quienes puedan tener la noticia de poner de conocimiento de la autoridad judicial cuando se pretenda privar de la patria potestad a quienes la ejercen por conductas que llegaran a realizar y con las mismas se afecten a los hijos o porque no se cumplan con los deberes y obligaciones.

Otro de los artículos es el 379 del Código Civil que nos ocupa al hacer referencia de la privación total de la patria potestad el cual señala, lo siguiente:

Artículo 379.

La privación total de la patria potestad dictada en virtud de alguno de los artículos precedentes tendrá efectos de pleno derecho sobre todos los atributos, tanto patrimoniales como personales, que se relacionen con la patria potestad; a falta de otra determinación, se extenderá a todos los hijos menores ya nacidos en el momento de la sentencia.

Supondrá, para el hijo, dispensa de la obligación alimenticia, por derogación de los artículos 205 a 207, salvo disposición en contrario en la sentencia de privación.

Este dispositivo hace alusión a la pérdida total de la patria potestad de quienes se encuentran facultados para ejercerla la cual se extenderá a la persona de los hijos así como a los derechos patrimoniales de éstos, asimismo se extiende a los hijos que hubieran nacido al momento de que se emita la sentencia de pérdida de la patria potestad.

La interpretación de este precepto legal hace extensiva la pérdida total de la patria potestad, por lo que se evidencia que su sentido legal es de ir más allá de la persona y del patrimonio del menor, ya que se extiende su protección a los hijos menores nacidos al momento de que se hubiera dictado la sentencia de la privación de la patria potestad.

Otro de los artículos que señalan la privación total de la patria potestad, es el 379-1, que a la letra indica:

Artículo 379-1.

La sentencia podrá, en lugar de una privación total, pronunciar una privación parcial de la patria potestad, limitada a los atributos que especifique. Podrá también decidir que la privación total o parcial de la patria potestad sólo surta efectos respecto de algunos hijos ya nacidos.

La pérdida de la patria potestad dictada en la sentencia que se pronuncie, puede ser total o parcial, en donde se determinaran ciertas circunstancias, señalando que la privación de la patria potestad total o parcial se determinará para los hijos ya nacidos.

En los preceptos anteriores se menciona una pérdida total de la patria potestad, sin embargo, en éste artículo 379-1 del mencionado ordenamiento se hace una excepción al señalar que en la sentencia dictada por la autoridad dispone que la misma puede ser total o parcial atendiendo a la rigidez de este sistema normativo, por lo que se hace flexible ante las circunstancias y atributos personales de quienes tienen el derecho a ejercerla.

Al respecto, el artículo 380 del Código Civil de Francia señala lo siguiente:

Artículo 380.

Al pronunciar la privación total o parcial de la patria potestad o del derecho de guarda, el órgano jurisdiccional encargado deberá, si el otro padre hubiera fallecido o hubiera perdido el ejercicio de la patria potestad, bien designar un tercero a quien será confiado provisionalmente el hijo con obligación para él de solicitar la organización de la tutela, bien confiar el hijo al servicio departamental de ayuda social a la infancia.

Podrá adoptar las mismas medidas cuando la patria potestad fuera adjudicada a uno de los padres por efecto de la privación total de la patria potestad dictada contra el otro.²¹⁵.

Este artículo dispone si una autoridad determinó la privación de la pérdida de la patria potestad a un padre de familia y nos encontramos en el supuesto de que el otro progenitor ya falleció o también hubiera perdido el derecho de ejercer la patria potestad, dicha autoridad debe designar a una tercera persona quien tendrá la patria potestad de manera provisional, y también dispone que puede solicitar la tutela o confiar al menor a una institución social.

De la interpretación de éste precepto legal, se puede mencionar que cuando se dieran los supuestos de pérdida total, parcial de la patria potestad o del

²¹⁵ <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/códigos-engeneral-html>, revisado 28 de mayo de 2013.

derecho de guarda; la autoridad judicial se encargará de vigilar y salvaguardar las medidas así como los intereses propios del menor según sean los supuestos que se hayan dado para perder la patria potestad de quienes la ejercían.

En el precepto legal 381 del ordenamiento en comento, se concibe la figura de recuperar la patria potestad cuando ésta hubiera dado por las causas señaladas.

El artículo 378 de esta disposición normativa establece que podrán ser privados los padres del menor de la patria potestad por una autoridad judicial en la que se hubiera acreditado su participación como autores, coautores o cómplices de un crimen o delito cometido en la persona del hijo, o que su intervención sea de coautores o cómplices en crimen en la comisión de un delito cometido por el hijo.

Por lo que respecta al artículo 378-1 del Código Civil Francés advierte las situaciones de hecho que pudieran realizar o que dejaran de hacer, quienes ejercen la patria potestad perjudicando con su conducta a quienes se encuentran bajo su potestad, lo cual trae como consecuencia que se le prive al progenitor de ejercer la patria potestad, cuando perturben los derechos de sus descendientes.

Se menciona que en el caso de que se haya dejado de cumplir con las obligaciones respecto a sus deberes y se abstuvieron de hacerlo voluntariamente en un periodo de tiempo de dos años, se determinará la pérdida total de la patria potestad. De donde se advierte que la pérdida de la patria potestad puede ser reversible y recuperada, siempre y cuando hayan cesado las causas que dieron origen a su pérdida y surjan otras nuevas que motiven a la autoridad para que se recupere el ejercicio de la patria potestad.

También refiere que de origen se puede recuperar la patria potestad, en el supuesto que la persona sea sancionada judicialmente con la pérdida de la patria potestad por el abandono de sus deberes alimentarios para su menor hijo, éste podrá recuperarla, siempre y cuando compruebe que ha cumplido con esta obligación en el plazo que señale la ley aplicable al caso concreto en comento, y en su caso sea otorgada la fianza señalada por la ley, así como que la autoridad judicial considere sea la procedente; por lo que esto es lo que debe ponderarse y no otras circunstancias al tema.

En la legislación civil francesa al igual que en Código Civil Español se contempla la recuperación de la patria potestad cuando hayan cesado las causas que dieron origen a tomar tal decisión por la autoridad judicial.

Podemos establecer que el bienestar y el interés superior del menor se encuentra debidamente tutelado por la norma y en éstas causales que se han analizado, se evidencia debidamente la técnica legislativa al ser redactas para alcanzar los objetivos reales por las que fueron legisladas.

3.3 Italia.

En Italia la figura jurídica de la patria potestad se encuentra regulada por el Código Civil Italiano de fecha 1 junio 2012, respecto de las causales de privación de la patria potestad, esta legislación pretende atender y proteger el interés superior del menor en los casos en que se determine la privación de la patria potestad, tomándose en cuenta la gravedad de la conducta que realizaron los padres en contra de sus menores hijos, y junto al incumplimiento de los deberes se crea un grave perjuicio al menor, por lo que, es procedente que el juez determine la privación de la patria potestad. Lo anterior se desprende del actual artículo 330 del Código Civil Italiano, que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 330. Privación de la patria potestad sobre los hijos.

El Juez puede decretar la privación de la patria potestad cuando el progenitor viola o descuida los deberes inherentes a la misma o abusa de sus poderes con grave perjuicio para el hijo.

En estos casos, por motivos graves, el juez puede ordenar el alejamiento del hijo del domicilio familiar.

Este dispositivo normativo establece que la autoridad judicial se encuentra facultada por la Ley para decretar la privación de la patria potestad de quienes la ejercen, éste artículo no puntualiza si esa privación de la patria potestad es total o parcial, sin embargo, si se manifiesta al disponer en que puede operar esa pérdida, se refiere a que el progenitor viole o descuide sus deberes o abuse de sus poderes con grave perjuicio para el hijo.

Asimismo, la norma faculta a la autoridad judicial, al ordenar que en el caso de que el menor sufra por los motivos graves que se cometan en su persona, se

pueda alejar al menor del domicilio familiar para evitar que se sigan cometiendo esos hechos ilícitos por quienes ejercen la patria potestad.

Esa conducta que realicen los progenitores se refiere al incumplimiento o descuido de los deberes, y ésta puede ser cualquiera que pudiera llegar a perjudicar la satisfacción de las exigencias afectivas o de los intereses patrimoniales de los hijos sujetos a la patria potestad que puedan ocasionar un daño eminente e irreversible para el desarrollo de su personalidad.

Sin embargo, la autoridad judicial cuenta con las facultades previstas en la Ley para determinar si se deja al menor en el domicilio familiar o se aleja del mismo, según las circunstancias de la conducta grave de quienes ejercen la patria potestad sobre la persona de éste.

3.4 Alemania.

La legislación alemana atiende el bienestar y el interés superior del menor, al establecer en el artículo 1666 del Código Civil que; cuando el menor sea puesto en peligro con respecto de su bienestar corporal, integridad intelectual o moral, y el de su patrimonio por una conducta abusiva de quien ejerce la patria potestad, o por el abandono, o por el fracaso realizado entre ambos cónyuges, o por el comportamiento de un tercero, el Juez de lo Familiar deberá tomar las medidas necesarias para proteger al menor apartando a sus padres en caso que no lo hagan voluntariamente.

Dicho artículo garantiza los intereses y el pleno desarrollo del menor así como el de su patrimonio, protegiéndolo de quienes realizan conductas con la intención de causarle algún daño, el cual puede provenir incluso de un tercero.

En ese orden de ideas, la autoridad judicial será la encargada y facultada para implementar todas las medidas necesarias para poder ordenar a quienes ejercen la patria potestad que se aparte al menor del peligro existente, y en caso de que éstos no lo quieren hacer o no pueden hacerlo, dicha autoridad lo ordenará aplicando las medidas que considere pertinentes para la salvaguarda del menor.

Tal y como lo disponen los artículos 1666 y 1666^a del Código Civil Alemán, que señalan lo siguiente:

Artículo 1666. En caso de puesta en peligro del bienestar corporal, intelectual o moral del niño, o de su patrimonio, por un ejercicio abusivo de la potestad, o por abandono, o por un fracaso involuntario de los padres, o por el comportamiento de un tercero, el Tribunal de Familia debe de adoptar las medidas necesarias para apartar el peligro, si los padres no quieren o no pueden hacerlo por ellos mismo.

Artículo. 1666^a. Las medidas que impliquen una separación del menor de sus padres sólo pueden adoptarse si el peligro no puede evitarse de otra forma, especialmente mediante ayudas públicas. Lo anterior se aplica igualmente cuando se ha de prohibir el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores de forma provisional o por tiempo indeterminado. Si se ha prohibido a un progenitor o a un tercero el uso de la vivienda que comparten con el menor o de otra vivienda, en la fijación de la duración de la medida debe tenerse en cuenta si tienen la propiedad, un derecho de superficie o el usufructo del terreno en el que la vivienda se encuentra; lo correspondiente se aplica a la propiedad de la vivienda, a un derecho real de la habitación, a un derecho real sobre la vivienda, o cuando el progenitor o el tercero son arrendatarios de la vivienda.

Sólo debe privarse de la potestad personal si otras medidas no han tenido éxito o se prevé que van a ser insuficientes para apartar el peligro. ²¹⁶

Como se puede advertir en esta legislación se pondera el bienestar y el interés superior del menor, al señalarse en estos dos preceptos legales la correcta técnica legislativa de la norma para que sea efectiva y prospere la acción de pérdida de la patria potestad.

En relación a las causas de terminación de la patria potestad en el Código Civil alemán encontramos las más comunes y son las siguientes:

- a) La muerte de los padres;
- b) El fallecimiento del hijo;
- c) La salida del hijo menor de la patria potestad para formar su propia familia; y
- d) La adopción del menor.

3.5 Argentina.

La patria potestad se encuentra regulada por el Código Civil en el Título III denominado “De la patria potestad” y comprende de los artículos 264 al artículo 310.

²¹⁶ <http://dejure.org/gesetze/BGB/1666a.html>, consultado 6 de junio de 2013.

Sin embargo, para cuestión de estudio de esta institución en el Derecho de Argentina actualmente se distingue sólo entre privación de la patria potestad y suspensión de su ejercicio (artículos 307 y 309, respectivamente).²¹⁷

En ese país, al igual que en la mayoría de los mencionados, se trata de la particularidad más grave a que puede sujetarse la patria potestad, acorde con los severos motivos que la ley contempla y su procedencia para privarse de la misma a quienes la ejercen.

En consecuencia, tradicionalmente la pérdida de la patria potestad se ha considerado como el apartamiento irreversible del progenitor en relación a la institución.²¹⁸

La reforma del año 1985 con la ley 23.264, vino a señalar las reglas para recuperar la patria potestad, estableciendo en el artículo 308 del Código Civil que la privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos, al haber cesado las causas que dieron origen; sin embargo, los progenitores deberán acreditar ante la autoridad judicial familiar los motivos suficientes para que puedan recobrar el ejercicio de la patria potestad.

De lo que resulta, que en ese país la privación de la patria potestad deja de ser una sanción de carácter definitivo, y es siempre revisable si los padres demostraren que por circunstancias sobrevinientes la restitución de la patria potestad se justifica en beneficio e interés del hijo.

Ante esta situación, cuando cesen los efectos que dieron origen a dicha pérdida, se puede recuperar siempre y cuando sea en beneficio e interés de los hijos menores.

En opinión de Eduardo A. Zanoni, en su obra “Derecho Civil, Derecho de Familia”, ha indicado que; la ley ha previsto los casos en que los titulares que ejercen la patria potestad de sus menores hijos la pueden perder o suspender, según sea el caso de la conducta que éstos realicen en cuanto al ejercicio de ese

²¹⁷<http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislación/leyes/codigos/codigocivil/CCart0264a0310.htm>, consultado 7 de junio de 2013.

²¹⁸ D´Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de Menores*, Cuarta Edición, Editorial Depalma, Argentina, 1994, p.272.

derecho en relación a éstos, al mencionar que por las razones que atañen al interés y beneficio del menor, no es viable que la madre o ambos continúen ejerciendo ese derecho.²¹⁹

El ordenamiento legal en comento señala como la premisa los casos en que puede proceder la pérdida o la suspensión del ejercicio de la patria potestad la cual será cuando los progenitores realicen actos que pudieran comprometer sus derechos, deberes y obligaciones con respecto de sus menores hijos, siempre atendiendo la autoridad al bienestar y el interés superior de los menores para que no continúen ejerciendo la patria potestad.

El artículo 307 párrafo primero del Código Civil Argentino, establece que la privación de la patria potestad procede cuando el padre o la madre sean sentenciados penalmente, cuando hayan participado en un delito doloso y que éstos figuren en su participación como autores, coautor, instigador o cómplice, en contra de la persona o los bienes de los hijos, o en su defecto actúen como coautor, instigador o cómplice cuando el hijo cometiera algún delito.

A ese respecto el autor Eduardo A. Zanoni, ha indicado que el artículo 307 del Código Civil en comento aporta más elementos para una mejor interpretación de dicha norma, señalando que el precepto legal anterior a las reformas había ocasionado dificultades para interpretarlo, pues ahora la redacción de esta norma involucra más componentes para que el Juez de lo Familiar cuente con más elementos para proveer en beneficio del bienestar e interés superior del menor; ahora no solamente señala al padre que pudiera ser el autor material del delito, sino también regula la participación del menor en las conductas delictivas. Pues ahora el artículo 45 del Código Penal de Argentina establece la pena que se alcanzaría por el delito cometido contra el hijo o con el hijo, como coautor o partícipe y sea doloso.²²⁰

En ese sentido, la norma se ha redactado de manera que se puedan sancionar varias modalidades de las conductas realizadas por el progenitor del

²¹⁹ Zanoni, Eduardo A, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Segunda Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989, p.763.

²²⁰ *Ibidem*, p.765.

menor, para que prospere acción de la pérdida de la patria potestad, y no se deje sancionar como tal, dada la naturaleza del ámbito penal.

En opinión de Julio J. López del Carril, en su libro “Derecho de Familia”, ha mencionado que; en los casos de pérdida de la patria potestad, señalados en el artículo 307 del Código Civil, dada la naturaleza de la conducta que realizan los progenitores debe tener el carácter de sanción, ya que los hechos son del ámbito penal,²²¹ al citarse por el propio autor que Borda ha considerado que la sanción se extralimita cuando los hechos hubieran recaído en uno de los hijos, donde se pierde sobre los demás hijos si los hubiera.²²²

Se ha mencionado por estos autores la importancia que reviste la conducta realizada por los progenitores en el aspecto de que se debe de sancionar dicha conducta por ser competencia del ámbito penal y lo que resalta es que esa individualidad de la conducta de uno de los menores, alcanza a los otros hijos para que se decrete la privación de la patria potestad.

En ese análisis, se destaca la gravedad de la conducta para que de una manera la pérdida de la patria potestad de quienes la ejercen sea sancionada con el criterio restrictivo, por ser causas de suma gravedad.

Otro de los supuestos que contempla éste precepto legal en su párrafo segundo, se refiere al abandono del menor que realizan los progenitores, aún cuando se deje en la guarda, y sea acogido por uno de los progenitores o por un tercero.

En criterio de Jorge O. Azpiri, en su libro de “Derecho de Familia”, ha señalado que el abandono del menor es la causa principal de privaciones de la patria potestad y se configura cuando uno de los padres se sustrae en forma injustificada al cumplimiento de alguno de los deberes emergentes de la patria potestad. No importa que el hijo quede al cuidado del otro padre o de un tercero, ya que se juzga la conducta del padre que omite sus deberes en forma objetiva, y no las consecuencias que ese comportamiento produzca efectivamente sobre los hijos.²²³

²²¹ López del Carril, Julio. J, *Derecho de Familia*, Op. Cit., p.356.

²²² Cfr. *Idem*.

²²³ Azpiri, Jorge O, *Derecho de Familia*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 499.

El autor Julio J. López del Carril cita a Lafaile, quien menciona que; el abandono lo constituye la grave desatención de los deberes de la patria potestad que pongan en peligro la formación normal integral del hijo, que lo coloquen en evidente desamparo, o sea una abdicación total de los deberes de habilitación; crianza, alimentación, educación vestuario, etc.²²⁴

Sin embargo, este mismo autor ha citado a Rébora, quien ha señalado que; no hay abandono ni abandono doloso, cuando el padre no posee los medios pecuniarios o tiene falta de trabajo, tanto él como su esposa, y entregan a su hijo espontáneamente a un establecimiento de beneficencia, y dejan concretamente los datos personales del menor y los de su padre y madre; ello no importa abandono, pues que lo contrario, es decir, considerarlo abandono sería conceder que ese abandono es doloso y demás, la ley se transformaría en un castigo a la falta de los medios económicos que puede ser transitoria o involuntaria y aún coexistir acendrado apego a la familia.²²⁵

De la redacción de la norma actual del artículo 307 del ordenamiento civil en cita, resalta el criterio subjetivo de imputación del abandono del hijo, en opinión del autor Abel Fleitas Ortiz de Rozas, en su obra “Manual de Derecho de Familia”.²²⁶

La misma opinión también es compartida por Eduardo A. Zanoni, al señalar que; el nuevo texto de la norma en comento recibe expresamente, el criterio subjetivo de imputación del abandono del hijo, al sancionar al progenitor abandonante “aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero”.²²⁷

Sin embargo, es menester que la autoridad judicial valore las circunstancias en las que uno de los progenitores se haya sustraído del cumplimiento de los deberes y obligaciones en el ejercicio de la patria potestad, porque no toda conducta es producto de la intención con la que se pretende juzgar a quien puede justificar de manera objetiva y probatoria su incumplimiento; es decir, las causas y

²²⁴ Cfr. López del Carril, Julio. J, *Derecho De Familia, Op. Cit.*, p.356.

²²⁵ *Ídem.*

²²⁶ Ortiz de Rozas, Abel Fleitas, *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 439.

²²⁷ Zanoni, Eduardo A, *Derecho Civil, Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.765.

los argumentos que lo pudieran haber llevado a no cumplir con sus obligaciones en la patria potestad. Ante esa situación, la autoridad judicial de conocimiento deberá de allegarse de todas las pruebas contundentes que obedezcan a ponderar el bienestar y el interés superior del menor para que éste no sea privado de la convivencia con su progenitor.

El último y tercer párrafo del precepto legal en comentario señala, que se podrá poner en peligro a los hijos que se encuentren bajo la patria potestad cuando éstos comprometan la seguridad, la salud física psíquica o la moralidad del hijo, mediante una conducta ejercida de maltrato o de una conducta de malos ejemplos como delincuencia. Al respecto, se transcribe este numeral que señala, lo siguiente:

Artículo 307.

El padre o madre quedan privados de la patria potestad:

1ro. Por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo;

2do. Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero;

3ro. Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia.

En ese sentido, y con respecto al tercero de los párrafos de ese precepto legal el autor Julio J. López del Carril, cita a Lafaille, quien ha señalado que; dos supuestos se dan en la norma:

a) Dar el padre o la madre consejos inmorales a los hijos; b) colocar a los hijos en peligro material o moral.

Esa actitud debe ser dolosa, y también deben ser actos que se concreten cuando los padres dan consejos perniciosos para la salud física o moral o cuando impulsan a sus hijos al delito, al juego, a la mala vida o la prostitución.²²⁸ De donde se analiza que la conducta de quienes ejercen la patria potestad pueda influir en

²²⁸ Cfr. López del Carril, Julio. J, *Derecho De Familia, Op. Cit.*, p.357.

los hijos para que éstos realicen actos que los pudieran afectar en su salud, física, moral e instiguen a sus menores al delito, al juego, a la vida mala o la prostitución.

Éste mismo autor ha manifestado que la Jurisprudencia de Argentina ha señalado que la privación de la patria potestad podrá proceder cuando:

- 1) Ha de tratarse de una situación verdadera y grave que ponga en peligro la salud física o moral de los hijos menores;
- 2) Los consejos inmorales deben exteriorizarse en esos actos;
- 3) Cuando la madre goza de un concepto moral deficiente y es poca cuidadosa de su reputación.²²⁹

3.6 Chile.

La patria potestad se encuentra regulada por el Código Civil de Chile en el Título X de la Patria Potestad, del artículo 243 al artículo 273.

Sin embargo, para la cuestión de estudio de la patria potestad en este país actualmente se distingue de la emancipación legal y de la emancipación judicial respecto de su ejercicio y la cual se encuentra regulada en los artículos 269 y 273, respectivamente.²³⁰

A diferencia de los países que se han venido señalando, el Código Civil de Chile distingue la terminación y la privación de la patria potestad, “como un acto de emancipación en donde se considera que ésta es un hecho que pone fin a la patria potestad del padre, de la madre, o de ambos, según sea el caso. En donde puede ser legal o judicial, como lo refiere el artículo 269 de dicho ordenamiento legal, el cual se transcribe:²³¹

Art. 269. La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad del padre, de la madre, o de ambos, según sea el caso. Puede ser legal o judicial.

En este artículo se menciona que la emancipación es un acto que pone fin a la patria potestad por quienes la ejercen, esta decisión se debe fundar en la Ley

²²⁹ Cfr. López del Carril, Julio. J, Derecho De Familia, Op. Cit., p.357.

²²⁹ *Ídem.*

²³⁰ http://www.chilein.com/c_civil7.htm, consultado el 7 de junio de 2013.

²³¹ *Ídem.*

para que prospere y se decrete la privación de la patria potestad, pues la autoridad judicial la impondrá mediante resolución judicial la emancipación del menor.

Por otra parte, el artículo 271 del Código Civil de Chile, consta de cuatro fracciones; en la primera de ellas se señala a los maltratos habituales ejercidos por los padres en la persona del menor, salvo que corresponda ejercer la patria potestad del otro.

La segunda de las causas; se refiere al abandono del menor por quienes tienen la facultad de ejercer ese derecho.

El tercero de los supuestos; menciona una conducta delictiva que los padres del menor ejecuten, y que la pena que se les haya impuesto sea de mayor gravedad, es decir, a la de prisión, y que la sentencia haya causado ejecutoria. En consideración de la autoridad judicial sino no existe riesgo para el interés del menor podrá ejercer la patria potestad el otro de los progenitores.

Y por último la fracción cuarta; se refiere al impedimento físico o moral que tienen los progenitores del menor para ejercer sus derechos respecto al ejercicio de la patria potestad.

Al respecto se transcribe el artículo 271 del Código Civil Chileno:

Art. 271. La emancipación judicial se efectúa por decreto del juez:

1. Cuando el padre o la madre maltrata habitualmente al hijo, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro;
2. Cuando el padre o la madre ha abandonado al hijo, salvo el caso de excepción del número precedente;
3. Cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena, a menos que, atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad, y
4. En caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, si no le corresponde al otro ejercer la patria potestad.

La resolución judicial que decrete la emancipación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Respecto al maltrato del menor realizado por quienes ejercen la patria potestad, se puede decir que esa conducta de manera reiterativa conlleva a que se genere en la persona del menor, violencia física, moral, psicológica, por lo que produce una disminución en sus actitudes de desarrollo y de sus facultades intelectuales ante una sociedad.

Se considera que el interés superior del menor no se encuentra tutelado por la norma debido a la falta de técnica legislativa para que prospere ésta causal en un caso concreto, ya que no se señala que ese maltrato habitual pueda repercutir en la persona, en lo moral, en lo emocional psicológico o en el desarrollo del menor.

La causa segunda, se refiere al abandono del menor por quienes tienen la facultad de ejercer la patria potestad, éste supuesto en la práctica judicial a veces no se acredita dada las ambigüedades de la puntualización de la misma, ya que no señala más elementos que pueden vincular el abandono.

Tocante a la causa tercera, no se encuentra tutelado el interés del menor, ya que señala que cuando la madre o el padre hayan sido condenados por sentencia ejecutoriada que derive de una causa criminal, y esta tenga pena de privación de la libertad, puntualiza que también hay penas que no precisamente son privativas de la libertad y ésta se da en los delitos culposos y ante ello, también estaríamos ante la presencia de que los progenitores podrían causar daño en la persona y en los bienes del menor, por obvias razones no se estaría tutelando el interés superior del menor.

Y en relación al supuesto marcado con el número cuatro del precepto legal en comento, señala la emancipación la inhabilidad física o moral del padre, sin embargo, esta determinación es ambigua, ya que es inherente a la persona y a la función que desempeña y no con respecto al derecho de ejercer la patria potestad de su menor hijo.

Otro de los preceptos legales es el 272 del Código Civil el cual señala de principio la irrevocabilidad de la emancipación una vez que se haya decretado por la autoridad judicial.

Sin embargo, esta disposición hace la excepción a la regla, al señalar en determinados supuestos de emancipación ya sea por muerte presunta o por sentencia judicial fundada en la inhabilidad moral del padre o de la madre, las cuales se podrán dejar sin efectos por la autoridad judicial a petición de los progenitores del menor, cuando los motivos que dieron origen a la emancipación

se hayan extinguido y se acredite fehacientemente que la recuperación de la patria potestad resulte ser necesaria para el menor.

Asimismo, en este precepto legal se contempla la figura de la recuperación de la patria potestad cuando hayan cesado los efectos que dieron motivo a la emancipación, siempre atendiendo al interés superior del hijo menor.

Tal y como se transcribe de manera literal el artículo 272 del Código Civil Chileno:

Art. 272. Toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable. Se exceptúa de esta regla la emancipación por muerte presunta o por sentencia judicial fundada en la inhabilidad moral del padre o madre, las que podrán ser dejadas sin efecto por el juez, a petición del respectivo padre o madre, cuando se acredite fehacientemente su existencia o que ha cesado la inhabilidad, según el caso, y además conste que la recuperación de la patria potestad conviene a los intereses del hijo. La resolución judicial que dé lugar a la revocación sólo producirá efectos desde que se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

La revocación de la emancipación procederá por una sola vez.

Este artículo 272 del ordenamiento en cita si bien es cierto que pretende tutelar el bienestar y el interés superior del menor, también lo es que señala los casos en que la emancipación será irrevocable, de donde se analiza que no tutela debidamente el interés superior del menor debido a la redacción del legislador, ya que no precisa con exactitud los casos en que la emancipación será irrevocable.

En la práctica procesal se corre el riesgo de dejar al menor en la guarda y custodia de uno de los progenitores que pueda invocar este argumento, y además el ejercicio de la patria potestad no sea la adecuada y conveniente para el menor.

Ante esta situación la técnica legislativa del legislador es deficiente, y en lugar de salvaguardar el interés superior del menor lo expone ante los progenitores que no sean viables para ejercer éste derecho, por lo que se deberá reformar éste precepto legal a efecto de señalar los casos en específico de la irrevocabilidad de la emancipación, para que no existan esas lagunas legislativas en donde quede abierta la posibilidad de vulnerar el interés superior del menor.

Capítulo Cuarto

Propuesta de Regulación en Materia de la Patria Potestad.

Planteamiento general.

En el cuarto y último capítulo de este trabajo de investigación, se efectúa un estudio jurídico del concepto de terminación y pérdida de patria potestad por la doctrina especializada, así como la diferencia entre una y otra.

Se analizan jurídicamente las fracciones que integran los preceptos legales 443 y 444 del Código Civil para el Distrito Federal, argumentándose que en relación a las fracciones del último artículo legal en cuestión las mismas carecen de técnica legislativa para que sean efectivas y procedentes ante una situación de hecho y de derecho en un juicio de pérdida de patria potestad.

Desde el ámbito legislativo se propone que es necesario modificar, adicionar y reformar las fracciones del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

También se elabora un examen jurídico de los artículos 444 Bis, 447, 448 del Código Civil para el Distrito Federal que contemplan la limitación, suspensión y la excusa de la institución de la patria potestad.

4.1 Terminación de la patria potestad.

La terminación de la patria potestad se ha definido como: la extinción de los derechos, deberes y obligaciones que la integran ante la actualización de un supuesto normativo.²³²

Es decir, quienes ejercen la patria potestad se liberan de los derechos deberes y obligaciones en los que se encontraban al estar comprometidos en su relación filial con sus menores hijos.

La patria potestad termina tanto para el que la ejerce, como para el que esta sujeto a ella en los casos enunciados por el artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal.

²³² Rico Álvarez, Fausto, et, al., *Derecho Familiar, Op. Cit.*, p.437.

Por otra parte, la extinción absoluta, propiamente dicha, se refiere a la terminación de pleno derecho de la patria potestad por haber desaparecido los presupuestos legales que conceden la titularidad a quien la ejerce.²³³

Desde otro punto de vista se acaba la patria potestad cuando las leyes le ponen término en virtud del verificativo de ciertos acontecimientos, naturales o provenientes de los padres, pero lícitos y honestos.²³⁴

Es decir, en ese supuesto no hay conducta grave cometida por los progenitores en contra de sus menores hijos, sino son circunstancias naturales que conllevan a los términos señalados por la propia ley para que se acabe la patria potestad.

Sobre el particular se ha expresado que la extinción de la patria potestad equivale a la terminación total de su ejercicio y sus efectos, tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo.²³⁵

El artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal regula las causas por las que se termina la patria potestad:

Artículo 443. La patria potestad se termina:

I. Con la muerte del que la ejerce, sino hay otra en quien recaiga;

II. Con la emancipación derivada del matrimonio;

III. Por la mayoría de 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.

En la fracción primera del precepto citado se indica que la muerte de quien ejerce la patria potestad origina como consecuencia que ésta termine, ya que este derecho no se transmite “mortis causa” a los herederos del de “cujus”.

La fracción segunda del mencionado artículo civil, se refiere a la emancipación del hijo menor; de acuerdo con nuestra legislación la emancipación surge cuando el menor de edad sale de la patria potestad de sus progenitores cuando contrae matrimonio.

²³³ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.432.

²³⁴ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Convivencias Familiares, Op. Cit.*, p. 63.

²³⁵ Baqueiro Rojas, Edgar, y, Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 279.

Ahora bien, cuando el matrimonio se extingue persistiendo la minoría de edad el descendiente no regresará a la patria potestad sino que se le considerará emancipado.²³⁶

La fracción III del artículo 443 indica que la patria potestad se extingue al llegar a la mayoría de edad.

Otro supuesto por el que termina la patria potestad es la adopción del hijo menor, al respecto los autores Fausto Rico Álvarez, Garza Bándala y Cohen Chicurel, desde su punto de vista han señalado que: la patria potestad termina por la extinción de la filiación habida entre quien da en adopción y el adoptado, sin embargo, dicha potestad es creada nuevamente a favor del adoptante.²³⁷

Los autores Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, expresan que: la adopción constituye la extinción del ejercicio de la patria potestad de los progenitores biológicos con el hijo dado en adopción.²³⁸

La mayoría de edad es una condición para determinar la plena capacidad de obrar de la persona que consta en alcanzar una edad cronológica establecida a partir de su nacimiento.

En virtud de que actualmente sólo existe la adopción plena y a consecuencia de ella el menor adoptado ingresará a la familia de los adoptantes como si se tratara de hijo biológico entonces necesariamente se tiene que extinguir la patria potestad que ejercen los progenitores biológicos porque ahora la detentarán los padres adoptivos.

El análisis, del artículo 443 en su fracción quinta del Código Civil Vigente señala:

Artículo 443. La patria potestad se termina:

(...)

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.

²³⁶ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.354.

²³⁷ Rico Álvarez, Fausto, et, al., *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.439.

²³⁸ Baqueiro Rojas, Edgar, y, Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.281.

En esta hipótesis normativa se regula que la patria potestad termina cuando los padres del menor lo entregan a una institución para que se pueda dar en adopción siempre y cuando las Instituciones, ya sean públicas o privadas, de asistencia social, se encuentren constituidas legalmente por las leyes del país.

La patria potestad no se termina únicamente con la entrega del menor a las Instituciones públicas o privadas de asistencia social, sino que tendrá que tramitarse ante el Juez de lo Familiar la liberación de que se extingue el ejercicio de la patria potestad para los progenitores.

El procedimiento a seguir es el que establece el artículo 901 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismo que señala lo siguiente:

Artículo 901 BIS. La institución pública o privada, de asistencia social que reciba a un menor para ser dado en adopción, podrá presentar por escrito, solicitud ante Juez Familiar haciendo de su conocimiento esta circunstancia, acompañando a dicha solicitud el acta de nacimiento del menor. El Juez ordenará la comparecencia del representante legal de la institución y de la persona o las personas que ejerzan la patria potestad, con la intervención del Ministerio Público.

Ratificada que sea por las partes dicha solicitud, se declarará de oficio la terminación de la patria potestad y la tutela del menor quedará a cargo de la Institución.

Con respecto a esta fracción el autor Javier Tapia Ramírez, ha argumentado que en el supuesto cuando se adopta al menor por el desconocimiento de que éste tenía lazos consanguíneos con los adoptantes, cuando fue robado, extraviado o se dijo a los padres que había muerto, en éste caso no se extingue la patria potestad, sino más bien es un caso de suspensión, ya que los padres o los abuelos pueden recuperar la patria potestad al solicitarla y reclamarla, exhibiendo todas y cada una de las circunstancias porque no se había tenido la guarda y custodia del menor.²³⁹

Es de indicar que el 9 de junio de 2014, se publicaron las reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en relación a los juicios orales en materia familiar, precisándose en el artículo 1019 que los procedimientos de jurisdicción voluntaria referentes a la pérdida de patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social, se tramitarán

²³⁹ Tapia Ramírez Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.433.

conforme a sus reglas generales, ajustándose en lo conducente al procedimiento oral y sus principios.

4.2 Pérdida de la patria potestad.

Para los efectos de conceptualizar la pérdida de la patria potestad, los autores Fausto Rico Álvarez, Garza Bándala y Cohen Chicurel, han señalado que: la pérdida de la patria potestad es la privación definitiva de los derechos deberes y obligaciones que la integran por la realización de una conducta prohibida por la Ley.²⁴⁰

Respecto de la anterior opinión, es de indicar que dicha pérdida actualmente no es definitiva en virtud de que se regula la recuperación de la patria potestad fundada en el interés superior del menor.

Es por ello que se afirma que la pérdida de la patria potestad, es un modo relativo de extinción; relativo porque, en ocasiones, se puede recuperar, ya que la pérdida está considerada como una sanción legal o judicial para todos aquéllos que contravienen los presupuestos legales que salvaguardan los derechos, deberes y obligaciones de quienes la ejerce de manera ilícita, o porque la propia ley los considera como personas indignas, y no merecedoras de cumplir los sagrados deberes ni de gozar de los derechos que la patria potestad les confiere; pero la pérdida de ésta siempre debe ser declarada o decretada por la autoridad judicial.²⁴¹

En esta definición se abarcan todos y cada uno de los elementos formales y materiales que en la actualidad se han previsto por el Código Civil para el Distrito Federal, así como de los criterios jurisprudenciales que ha emitido nuestro máximo Tribunal Federal al pronunciarse respecto del bienestar y el interés superior del menor.

La doctrina ha realizado una clasificación de la pérdida de la patria potestad, entre ellos es de nombrar al autor José Castán Tobeñas, en su obra “Derecho Civil Español común y foral” quien hace la división de las causas en:

²⁴⁰ Rico Álvarez, Fausto, et, al., *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.440.

²⁴¹ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 434.

a) Judiciales son todos los modos o causas en los que se requiere que el juzgador después de valorar las pruebas ofrecidas por el demandante encuentra la contravención a las normas de la patria potestad y sanciona al culpable con la pérdida de ella, por considerar que los hechos realizados por los padres son tan graves que el legislador decidió plasmar en la propia ley la pérdida de la patria potestad de pleno derecho, y el Juez debe declararla, incluso de oficio.

b) Extrajudiciales son aquellas causas en las que la ley establece que se pierda la patria potestad sin que medie la intervención judicial, por ejemplo, cuando los padres biológicos entregan en adopción a su menor hijo. En este supuesto, insisto que más bien se trata de una extinción relativa, pues quien adopte será quien tenga la patria potestad que le fue transmitida por efecto de la adopción, por lo que se extingue para los progenitores, pero porque la ejercerá el adoptante o adoptantes.²⁴²

Esa clasificación también se aplica a la regulación establecida en el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por otra parte, también se ha puntualizado que la pérdida de la patria potestad: se da cuando la ley dispone que los padres queden privados de ella, bien por la comisión de algún delito o por su falta grave en el cumplimiento que tienen de los deberes para con sus hijos.²⁴³

Ante estos tres supuestos que se señalan se pierde la patria potestad de quienes la ejercen cuando la misma ley lo determina o cuando realicen alguna conducta delictiva; además de que cometan alguna conducta grave en cuanto a sus derechos deberes y obligaciones con respecto de sus menores hijos.

De igual forma, es importante hacer la distinción entre la terminación y pérdida de la patria potestad; la primera de ellas, se acaba cuando la Ley le pone término en relación de ciertos acontecimientos naturales o provenientes de los padres, lícitos y honestos; y por lo que hace a la segunda, se establece cuando la ley señala que los progenitores queden privados de ella por una falta grave o por su incumplimiento de su deber con respecto a sus hijos.

²⁴² Cfr. Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.434.

²⁴³ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Convivencias Familiares, Op. Cit.*, p. 63.

En ese orden de ideas, el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal regulan las nueve fracciones en cita, las causas por las que se pierde la patria potestad por resolución judicial.

Sobre el particular es de indicar, que la autoridad judicial deberá en todo momento ponderar el interés superior del menor frente a otros intereses de terceros, al resolver respecto de la procedencia de un caso concreto en el que tenga conocimiento aplicando la norma jurídica en concordancia e interpretación que favorezcan al menor como lo ha dispuesto el artículo 4o. constitucional.

La fracción primera, del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal dispone, lo siguiente:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

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

Se puede aducir que en esta hipótesis de privación de la patria potestad, se requiere para su procedencia de dos elementos, como lo son; a) que el demandado tenga la calidad de condenado, b) que dicha condena en el procedimiento se encuentre firme.

Sin embargo, al interpretar en la práctica judicial el término de “condenado”, tanto en un proceso civil como en un proceso penal éste resulta ser genérico, de acuerdo con el significado que comúnmente se le otorga a la locución “condena”. Al respecto es de indicar que encontramos que en el Diccionario de la Lengua Española, se conceptualiza la condena como sinónimos de castigo; que es aquél se impone a quien comete una falta, sentencia de un juez.²⁴⁴

En materia penal, en la práctica judicial se hace referencia a la condena penal por el delito que fue procesado y juzgado.

En el ámbito civil, se determina con base a las pretensiones que fueron reclamadas con el escrito inicial de la demanda, en donde el juzgador determina ser fundadas en todo o en parte las pretensiones del actor.

En ese mismo sentido, encontramos que se ha definido como condena.

²⁴⁴ Diccionario de la Lengua Española, *Op. Cit.*, p. 164.

“En materia penal, resolución judicial impositiva de una sanción al procesado, como autor por el delito por que se ha juzgado.”

“En materia civil, decisión judicial contraria al demandado y estimatoria, en todo en parte, de las pretensiones del actor o demandante”.²⁴⁵

La confusión en la interpretación y aplicación del término condenado, deriva de que no se alude para esos efectos a las circunstancias relativas de la recurribilidad ordinaria y extraordinaria que puedan admitir las resoluciones judiciales que decretan una condena, ni a las distintas formas en que pueden causar ejecutoria, ya sea mediante declaración judicial o por ministerio de ley, sin embargo, no por el hecho de que se dicte una sentencia de condena en contra de quien se pretenda privar de la patria potestad, debe estimarse que dicha condición queda satisfecha, sino por el contrario, es necesario que dicha resolución haya quedado firme o en su defecto no admita recurso ordinario en su contra, ante esta argumentación se debe reformar dicha causa para salvaguardar el bienestar y el interés superior del menor.

Los autores Fausto Rico Álvarez, Garza Bándala y Cohen Chicurel, han señalado que; dicha disposición es absurda ya que el Juez de lo Familiar no puede condenar arbitrariamente a la pérdida de la patria potestad, sino que debe fundar su decisión en la comisión de una conducta prevista por una norma legal que imponga la pérdida como sanción, por lo que consideran que la fracción aludida debería derogarse por ser contraria al principio de *nulla poena sine lege*, el cual se encuentra establecido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde señala que en los juicios del orden criminal se prohíbe imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente que sea aplicable al delito de que se presume se cometió.²⁴⁶

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

(...)

²⁴⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, Tomo A-CH, 1994, p.583.

²⁴⁶ Rico Álvarez, Fausto, et, al., *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 441.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. (...)

Para que prospere la pérdida de la patria potestad del progenitor que la ejerce, el Juez de lo Familiar, debe fundarse en una Ley donde señale la sanción que determine esa pérdida, ya que todo acto de autoridad que pretenda privar o afectar deberá estar debidamente fundado y motivado para que no se vulneren los derechos humanos consagrados en el artículo 14 constitucional para no dejar en estado de indefensión a quienes ejercen la patria potestad del menor encontrándose en el supuesto de perderla.

El autor Javier Tapia Ramírez, comparte ese mismo criterio al señalar que; “la sentencia deberá estar fundada y motivada en una causa grave civil o penal, al respecto de esta última el ejemplo de los delitos de violación o abuso sexual contenidos en el Título Quinto Delitos contra Libertad y la Seguridad Sexuales y el Normal Desarrollo Psicosexual, Capítulo I Violación y II Abuso Sexual, de los artículos 174 al 178 del Código Penal para el Distrito Federal, que en su parte conducente refieren que las penas previstas a dichos delitos se incrementarán en dos terceras partes cuando fueran cometidos por un ascendiente contra su descendientes o viceversa, y que además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad”.²⁴⁷

Por lo antes señalado, resultaría arbitrario considerar que quienes ejercen la patria potestad del menor fueran privados de ese derecho sin estar debidamente determinada en una ley dicha pérdida de la patria potestad.

Sin embargo, la fracción II del artículo 178 del Código Penal para el Distrito Federal, prevé la pérdida de la patria potestad del menor en el caso que se cometa el delito de violación y abuso sexual por sus progenitores. Al establecer dicho artículo, lo siguiente:

Artículo 178. Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en dos terceras partes, cuando fueren cometidos:

(...)

²⁴⁷ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.441.

II. Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasío de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquellos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido; (...)

Otra de las causas de pérdida de la patria potestad que se prevé en la fracción segunda del artículo 444 del ordenamiento en cita que señala, lo siguiente:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

(...)

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

(...)

Sobre el particular se ha opinado que la segunda fracción determina que la patria potestad se pierde en los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283, además consideran que dicha fracción adolece de los mismos vicios que afectan a la primera fracción de dicho precepto legal, ya que en materia de divorcio no se prevén cuáles son los supuestos que permiten al juzgador declarar la pérdida de la patria potestad, por lo que se concluye que debería derogarse la fracción segunda del artículo 444 del ordenamiento en cita.

El artículo 283 en su fracción I, dispone lo siguiente:

Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

(...)

I. Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

(...)

No obstante esta hipótesis normativa consideramos que no es posible que en un procedimiento de divorcio sin expresión de causa se resuelva sobre la pérdida, suspensión o limitación porque se vulneraría el derecho humano

consagrado en el artículo 14 constitucional dejándose en estado de indefensión a quienes ejercen la patria potestad.

En consecuencia, cuando se tramite un divorcio sin expresión de causa el Juez de lo Familiar no debe resolver cuestiones referentes a la patria potestad.

En ese sentido la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala, lo siguiente:

DIVORCIO POR DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD ANTE LA FALTA DE ACUERDO DE LAS PARTES RESPECTO DEL CONVENIO PARA REGULAR LAS OBLIGACIONES QUE PERSISTEN DESPUÉS DE DISUELTO EL MATRIMONIO, EL JUEZ DE LO FAMILIAR DEBE DECRETAR AQUÉL Y RESERVAR PARA LA VÍA INCIDENTAL LA RESOLUCIÓN DE TODAS LAS DEMÁS CUESTIONES (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE A PARTIR DEL 4 DE OCTUBRE DE 2008).

Conforme a los artículos 88, 255, fracción X, 260, fracción VIII, 272-A y 272-B del Código de Procedimientos Civiles y 287 del Código Civil, ambos para el Distrito Federal, cualquiera de los cónyuges puede unilateralmente reclamar del otro la disolución del vínculo matrimonial, sin necesidad de invocar alguna causa y sin importar la posible oposición del cónyuge demandado. Asimismo, en la demanda relativa y en el escrito de contestación, el actor y el demandado deben ofrecer las pruebas para acreditar la propuesta o contrapropuesta del convenio que regule las consecuencias derivadas de la disolución del matrimonio, como pueden ser, en su caso, las relacionadas con los hijos menores e incapaces, los alimentos para los hijos y/o para el cónyuge, el uso del domicilio conyugal y menaje, la administración de los bienes de la sociedad conyugal hasta su liquidación y el señalamiento de la compensación prevista en la fracción VI del artículo 267 del citado código sustantivo para el caso de que el matrimonio se haya celebrado bajo el régimen de separación de bienes. Ahora bien, la conformidad de los cónyuges respecto del indicado convenio no es suficiente para su aprobación, sino que debe satisfacer los requisitos legales y, para verificarlo, el juez de lo familiar ha de apoyarse en las pruebas que las partes ofrezcan en los escritos de demanda y contestación y que habrán de desahogarse en la vía incidental; de manera que si el cónyuge demandado está de acuerdo con la propuesta de convenio presentada por su contrario y reúne los requisitos legales, el juez lo aprobará y decretará el divorcio, sin necesidad de dictar sentencia, pues en realidad no decide alguna cuestión litigiosa. Así, de la interpretación sistemática de los referidos preceptos se concluye que ante la falta de dicho acuerdo, el juez de lo familiar únicamente debe decretar el divorcio y reservar para la vía incidental la resolución de las demás cuestiones, entre ellas la de la mencionada compensación, en tanto que el exacto cumplimiento de los requisitos del convenio aludido debe sustentarse en las pruebas ofrecidas por las partes. Lo contrario implicaría permitir que el juez resuelva sobre un aspecto que debe ser materia de convenio sin contar con pruebas admitidas y desahogadas conforme a las formalidades legales correspondientes, lo cual violaría el derecho de contradicción de los cónyuges y rompería con las condiciones de impartición de justicia imparcial.²⁴⁸

²⁴⁸ Tesis: 1ª/J. 137/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, abril de 2003, p. 175.

DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. EL ARTÍCULO 283 DEL CÓDIGO CIVIL COBRA APLICACIÓN SÓLO CUANDO HAY CONSENSO DE LOS DIVORCIANTES EN LA FIJACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal establece que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad conforme a las hipótesis que el propio precepto prevé. Tal disposición es aplicable cuando los divorciantes concilian sus intereses, porque al haber consenso, el Juez debe aprobar de plano el convenio a que se refiere el artículo 267 del ordenamiento en cita y sentar las bases para que éste pueda ejecutarse, lo que debe hacer observando precisamente lo dispuesto en el artículo 283; sin embargo, este precepto pierde aplicación cuando los contendientes no concilian sus posiciones, pues en ese caso, lo que cobra vigencia es la segunda parte del artículo 287 de la legislación en trato, conforme a la cual, cuando no hay acuerdo de voluntades entre los divorciantes, el Juez sólo dictará la sentencia de divorcio, a fin de cumplir con el objetivo de la reforma legal, de eficientar el sistema para obtener rápidamente el divorcio, sin enfrascarse en interminables discusiones que sólo lesionan más las fibras familiares, y dejará para la vía incidental las cuestiones que determinen la situación de los menores, como serían los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, los alimentos, su guarda y custodia y el régimen de visitas y convivencias, entre otras.

SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 166/2012. 12 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretaria: Alicia Ramírez Ricárdez.²⁴⁹

DIVORCIO. EN CASO DE DESACUERDO DE LOS CONVENIOS, EL JUEZ DEBE DAR CONTINUIDAD AL PROCEDIMIENTO PARA LO CUAL DEBE ORDENAR LA APERTURA DE LOS INCIDENTES DE BIENES Y PERSONAS, REQUERIR A LAS PARTES PARA QUE FIJEN SUS POSTURAS Y CONTINUAR CON LA TRAMITACIÓN DE LOS MISMOS HASTA SU RESOLUCIÓN (MODIFICACIÓN DE LA TESIS I.30.C.757 C).

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir la jurisprudencia 1a./J. 137/2009, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, abril de 2010, página 175, de rubro: "DIVORCIO POR DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD. ANTE LA FALTA DE ACUERDO DE LAS PARTES RESPECTO DEL CONVENIO PARA REGULAR LAS OBLIGACIONES QUE PERSISTEN DESPUÉS DE DISUELTO EL MATRIMONIO, EL JUEZ DE LO FAMILIAR DEBE DECRETAR AQUÉL Y RESERVAR PARA LA VÍA INCIDENTAL LA RESOLUCIÓN DE TODAS LAS DEMÁS CUESTIONES (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE A PARTIR DEL 4 DE OCTUBRE DE 2008).", estableció el alcance de los artículos 88, 255, fracción X, 260, fracción VIII, 272 A y 272 B del Código de Procedimientos Civiles y 287 del Código Civil, ambos para el Distrito Federal y determinó que el desacuerdo de las partes respecto del convenio relativo a las obligaciones que persisten después de disuelto el matrimonio, obliga al Juez de lo familiar a decretar aquél y dejar para la vía incidental todas las demás cuestiones. Ahora, el punto de contradicción que dio lugar a la jurisprudencia se limitó a determinar si los demás accesorios al

²⁴⁹ Tesis: I.7o.C.14 C (10.a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Décima Época; t. II, Mayo de 2012, p. 1914.

divorcio debían resolverse al dictar sentencia o reservarse para la vía incidental. Pues bien, una vez superado ese aspecto, debe decirse que los Jueces no pueden diferir indefinidamente la apertura de los incidentes, porque existen cuestiones cuya resolución no debe retardarse, sobre todo las vinculadas a los hijos menores, ya que su indeterminación puede provocar afectación a sus intereses. En tal virtud, el Juez de lo familiar, una vez decretado el divorcio, debe dar continuidad al procedimiento y ordenar la apertura de los incidentes relativos a bienes y personas, para lo cual, debe llamar a las partes para que fijen sus posturas en el término de tres días, conforme a los numerales 88 y 137, fracción V, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y continuar con la tramitación de los mismos hasta su resolución. Lo anterior, porque la finalidad de la reforma fue dar celeridad a la declaración sobre el estado civil de los cónyuges, mas no que se dejara de resolver sobre temas igualmente trascendentes, además, conforme al artículo 17 constitucional, se debe facilitar el acceso a la justicia dada la materia sobre la que versan los incidentes de mérito. Por tanto, con base en las anteriores consideraciones este órgano colegiado modifica el criterio sostenido en la tesis I.3o.C.757 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, septiembre de 2009, página 3125, de rubro: "DIVORCIO. EN CASO DE DESACUERDO EN LOS CONVENIOS, EL JUEZ DEBE DE MANERA OFICIOSA ORDENAR LA TRAMITACIÓN DE LOS INCIDENTES CORRESPONDIENTES (INTERPRETACIÓN DE LAS REFORMAS A LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADAS EL TRES DE OCTUBRE DE DOS MIL OCHO).

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 96/2011. 17 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Arturo Alberto González Ferreiro.

Amparo directo 249/2011. 26 de mayo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Valery Palma Campos.

Amparo directo 231/2011. 16 de junio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Benito Alba Zenteno. Secretaria: Rosa María Martínez Martínez.

Nota: Esta tesis modifica el criterio contenido en la tesis I.3o.C.757 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, septiembre de 2009, página 3125, de rubro: "DIVORCIO. EN CASO DE DESACUERDO EN LOS CONVENIOS, EL JUEZ DEBE DE MANERA OFICIOSA ORDENAR LA TRAMITACIÓN DE LOS INCIDENTES CORRESPONDIENTES (INTERPRETACIÓN DE LAS REFORMAS A LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADAS EL TRES DE OCTUBRE DE DOS MIL OCHO)."²⁵⁰

En de indicar que se tramitaban en la vía ordinaria civil ante el Juez de lo Familiar todo lo referente a la patria potestad, sin embargo con las reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, referentes a juicios orales en materia familiar ahora se efectuaran en esa vía.

²⁵⁰ Tesis: I.3o. C.985 C (9), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, Octubre de 2011, p.1635.

De donde se desprende que el bienestar y el interés superior del menor se encuentra deficientemente tutelado por el legislador, al establecerse medidas de protección en favor del menor que no pueden ser consideradas en la misma sentencia en donde se pronuncia con respecto a la disolución del vínculo matrimonial.

No obstante, que nuestro Máximo Tribunal Federal ha establecido que el Juez dictará sentencia de divorcio, a fin de que se cumpla con la reforma legal, dejando para que en la vía incidental se resuelvan las cuestiones que determinen la situación de los menores.

En razón de lo anterior, se propone la derogación de esta fracción II, ya que la misma no garantiza el bienestar y el interés superior del menor, así como tampoco prevé ordenamiento legal alguno para que proceda la pérdida de la patria potestad de quienes ejercen la patria potestad del menor, y tampoco tiene razón de ser de acuerdo a la tramitación de los divorcios sin expresión de causa.

La fracción III, del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal señala, lo siguiente:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

(...)

III. En el caso de violencia familiar en contra del menor.

(...)

En esta causa, lo que se protege es la integridad física y psíquica del menor; y por lo tanto se deben acreditar los elementos de la acción, que a continuación se mencionan:

a) Que uno de los progenitores ejerza violencia de acuerdo a lo previsto en los artículos 323 ter a 323 quintus;

b) Que esa violencia afecte la integridad física, psíquica o ambas del menor, independientemente de que pueda producir o no lesiones; y,

c) Que la violencia familiar sea de tal magnitud que resulte suficiente e idónea para imponer esa sanción, para estimar actualizada la causal en estudio.

Para acreditar esta hipótesis el juzgador deberá de allegarse de todos los medios de prueba para normar su criterio, valorando las circunstancias en que acontecieron los hechos, y apreciando los grados de violencia familiar, pues deberían de ser “suficientes” para que amerite la aplicación de esta causa.

Para demostrar la violencia en la práctica se efectúan los estudios en psicología y actualmente puede el juzgador pedir apoyo de la unidad de psicología que depende del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

El autor Javier Tapia Ramírez ha precisado que con la reforma del 7 de febrero de 2007, se ha garantizado y protegido a los integrantes de la familia que la componen para que se desarrollen de una manera armónica en un ambiente sano y libre de violencia a efecto de prevenir todo tipo de violencia familiar, describiendo los tipos de violencia, y delimitando que ésta no se ejercite en contra de los niños y niñas bajo ningún pretexto como medio de educación, corrección o disciplina, asimismo, también que no se realice la violencia en aquellos sujetos que se encuentren bajo tutela, custodia, protección, y educación, siempre que se haya convivido o se este conviviendo dentro del hogar. Tal y como se encuentra regulado por los artículos 323 ter al 323 sextus del Código Civil para el Distrito Federal.

Hay que tomar en consideración que la violencia familiar se regula tanto en el ámbito civil como también en el Derecho Penal.

Así las cosas, el artículo 200 del Código Penal para el Distrito Federal, establece los tipos de sanciones para los miembros de la familia que cometieran violencia en contra de éstos, así como la pérdida de ciertos derechos cuando la víctima tenga lazos de consanguinidad con el victimario. Conminándolos también para que se abstengan de cometer todo tipo de violencia y que se ejerza como medio de educación, corrección, e instrucción para los miembros que conforman al núcleo familiar, en especial a las niñas y niños. Asimismo, el artículo 201 de dicho ordenamiento prevé que también se considerará como violencia el acto u omisión que se realice en contra de aquéllas personas que se encuentren bajo custodia,

instrucción, cuidado de un tutor, además de que éste delito se perseguirá por querrela.²⁵¹

El Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito emitió las siguientes Tesis Aisladas Civil y Constitucional, que a la letra señalan, lo siguiente:

PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. EN TRATÁNDOSE DE LA VIOLENCIA FAMILIAR PREVISTA EN EL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN III, EN RELACIÓN CON EL 323 QUÁTER DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO RESULTA NECESARIO SEÑALAR LAS CIRCUNSTANCIAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR PARA QUE SE ACTUALICE, BASTA CON QUE SE INVOQUE Y DEMUESTRE EL AMBIENTE DE VIOLENCIA.

De la interpretación armónica de los artículos 444, fracción III y 323 quáter del Código Civil para el Distrito Federal se sigue que la patria potestad se pierde cuando uno de los progenitores ejerza en contra del menor una fuerza física o moral que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando sea de tal magnitud que resulte suficiente e idónea para imponer esa sanción; y para que se surta la hipótesis legal no se requiere, necesariamente, que se causen lesiones físicas, pues basta que con el proceder del padre incumplido se genere la posibilidad de que se ocasionen perjuicios a la integridad física o psicológica del menor, lo cual impone la obligación al juzgador de hacer la valoración en función de las consecuencias que la conducta produzca, tomando en consideración todas las circunstancias del caso, sin que sea necesario que se precisen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los actos de violencia familiar, toda vez que basta la demostración del resultado en la persona del menor, con independencia del momento en que se produzca la violencia, ya que no se encuentra condicionada a la reiteración de conductas de agresión física y psicológica, ni que existan momentos específicos para que se origine.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 637/2003. 31 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gabriel Montes Alcaraz. Secretaria: Georgina Guadalupe Sánchez Rodríguez.²⁵²

Como acontece el criterio de esta tesis, respecto a la interpretación de los artículos 444, fracción III y el 323 quáter del Código Civil para el Distrito Federal en cuestiones de violencia familiar el Juzgador valorara las circunstancias del caso cuando el progenitor por su incumplimiento le ocasione perjuicios a la integridad física o psicológica del menor, esto sin que se tenga que considerar las

²⁵¹ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 436.

²⁵² Tesis: I.3o. C 453 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XIX, Febrero de 2004; p.1095.

circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que acontecieron los actos de violencia familiar, esta resolución salvaguarda el bienestar y el interés superior del menor.

VIOLENCIA FAMILIAR. EL ARTÍCULO 200, FRACCIÓN II Y PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE CONTEMPLA DICHO DELITO CONTRA LAS PERSONAS SEÑALADAS EN ELLA Y LA SANCIÓN RESPECTIVA NO VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD CONSAGRADO EN LOS ARTÍCULOS 10. Y 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Si se atiende a la descripción del tipo penal citado, que de acuerdo con su naturaleza y razón legal regula el actuar humano a fin de que se erradique la violencia familiar, principalmente el de la mujer y aquellos grupos vulnerables que la resienten en mayor medida, con la finalidad de que sus derechos no se vean transgredidos, se advierte que el artículo 200, fracción II y párrafo segundo, del Código Penal para el Distrito Federal, al establecer que a quien cometa dicho delito contra las personas descritas en esa porción normativa se le impondrán tanto las penas de prisión como la pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio, la patria potestad, tutela y alimentos, así como que se decretarán las medidas de protección y tratamiento especializado para personas agresoras, no viola el derecho fundamental de igualdad consagrado en los artículos 10. y 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que el mencionado artículo 200, en su fracción II, establece una regulación abstracta, impersonal y general para todas las personas que se ubiquen en los supuestos previstos y permanece después de cada aplicación para todos los casos idénticos, mientras no sea reformado o abrogado; esto es, a quien por acción u omisión ejerza cualquier tipo de violencia ahí prevista sobre los sujetos pasivos precisados, sin distinción alguna, se le deben imponer las penas señaladas con antelación. Entonces, al ser la familia el componente básico del Estado en la que el sujeto aprende a convivir en sociedad y a respetar los diversos bienes jurídicos tutelados por la ley, es evidente que sea el propio Estado, a través de los mecanismos legales correspondientes, quien tenga que salvaguardar el normal desarrollo del núcleo familiar; por tanto, la penalidad determinada para estos casos tiene su justificación al someter al justiciable no sólo a la pena de prisión, sino, además, al tratamiento respectivo como parte integral de su reinserción social.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 152/2012. 17 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Lilia Mónica López Benítez. Secretario: Daniel Dámaso Castro Vera.

Nota: El criterio contenido en esta tesis no es obligatorio ni apto para integrar jurisprudencia, en términos de lo previsto en el numeral 11, Capítulo Primero, Título Cuarto, del Acuerdo General Plenario 5/2003, de veinticinco de marzo de dos mil tres, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del Poder Judicial de la Federación, y para la verificación de la existencia y aplicabilidad de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte.²⁵³

²⁵³ Tesis: I.9o.P.10 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, Septiembre de 2012, p.2094.

Otra de las tesis que ha señalado el Noveno Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, se refiere a las sanciones que se deberán de aplicar a los sujetos que cometan el delito de violencia contra los miembros de la familia así como la pérdida de ciertos derechos cuando la víctima tenga lazos de consanguinidad con el victimario en donde se les apercibe para que se abstengan de cometer cualquier tipo de violencia familiar que afecte al núcleo familiar.

De estos criterios emitidos por nuestro Máximo Tribunal se infiere y se reafirma que se protege a los miembros de la familia contra todo acto de violencia familiar en contra de los grupos vulnerables como lo son los niños y las niñas así como las mujeres, al establecerse como hipótesis normativa de la pérdida de la patria potestad en su fracción III, del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

Y para ello, se debe reformar anteponiendo el juzgador las peculiaridades del caso, como son: el factor desencadenante de la violencia familiar, el nivel cultural del demandado, la edad del hijo, el tipo de violencia, la contribución del descendiente por su hiperactividad o de terceros que vivan bajo el mismo hogar, la autoridad judicial para demostrar la violencia sufrida en el menor valorara los estudios en psicología proporcionados por la unidad de psicología que depende del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y el impacto sobre la violencia familiar.

La causa señalada en la fracción IV del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal menciona, lo siguiente:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

(...)

IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada.

El cónyuge o concubino que perdió la patria potestad por el abandono de sus Deberes alimentarios, la podrá recuperar, siempre y cuando compruebe que ha cumplido con ésta obligación por más de un año, otorgue garantía anual, se le haya realizado un estudio de su situación económica y de su comportamiento actual, así como un diagnóstico psicológico; dichos estudios serán realizados por personal adscrito a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal o por perito en la materia en los términos del último párrafo del artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal; (...)

Los elementos que integran el ejercicio y acreditación de la acción de pérdida de la patria potestad por incumplimiento de la obligación alimentaria en el lapso mayor a noventa días sin causa justificada, pueden dividirse en tres:

- a) El derecho a recibir alimentos por parte del menor.
- b) El incumplimiento del demandado en la ministración de los alimentos; y
- c) Que la temporalidad en que ocurre el incumplimiento sea mayor a noventa días.

Esta causa tampoco advierte que se tutele adecuadamente el bienestar y el interés superior del menor, ya que al igual que en las dos fracciones anteriores de dicha hipótesis normativa no existen bases para ponderar el interés del menor al aplicar esta causa.

En esta causa de pérdida, interviene el aspecto ordinario, como lo es el económico por ejemplo el adeudo que genera el incumplimiento de las obligaciones de manutención llamada pensión alimenticia a la que se encuentran obligados por disposición legal los ascendientes del menor, pues no se señala la gravedad que origina el incumplimiento de la obligación alimentaria, ni el impacto que pueda tener en la persona del menor esa actitud de no ministrar los alimentos.

De lo que se desprende que para que haya incumplimiento se tiene que señalar necesariamente la determinación del monto de la obligación alimentaria y de esta forma se podrá apreciar si es procedente el incumplimiento parcial o total, aunque para la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación esta dualidad es irrelevante, porque en ambos casos, parcial o total, determina que debe aplicarse esta causa de privación de la patria potestad con abstracción del impacto que esto pudiera tener sobre el menor, lo anterior de conformidad con la jurisprudencia 1ª./J.13/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, t, XXV, abril de 2007, p.264., que al respecto señala, lo siguiente:

PATRIA POTESTAD. PARA PRONUNCIARSE SOBRE SU PÉRDIDA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ES INDISPENSABLE QUE ESTÉ PREDETERMINADO EL MONTO DE LA PENSIÓN RESPECTIVA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004.

El citado artículo, reformado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 9 de junio de 2004, sólo prevé que el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada, ocasiona la pérdida de la patria potestad, pero no especifica si dicho incumplimiento debe ser total o si admite un cumplimiento parcial para efectos de analizar la posible pérdida del referido estado jurídico. Al respecto, se advierte que la diferencia entre contar con una pensión determinada (judicial provisional o definitiva, o bien convenida por las partes y carecer de ella, estriba en que el primer caso, el deudor alimenticio tiene la certeza jurídica del monto al cual asciende su obligación, así como los términos y condiciones para cumplirla, al tenor de lo cual resulta sencillo advertir si en determinada situación el deudor está cumpliendo con su obligación, e incluso, si lo hace de manera total o parcial dicha obligación, dada la indeterminación del monto de la prestación debida. En consecuencia, para efectos de pronunciarse sobre la pérdida de la patria potestad, en términos del artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del 10 de junio de 2004, es indispensable que previamente esté determinada la pensión respectiva, pues de otro modo, el deudor alimenticio tendría que realizar labores de ponderación reservadas a la autoridad judicial en caso de conflicto, y ello originaría que aquél fuera juzgado hacía el pasado con base en una obligación determinada a posteriori por el juzgador; de ahí que para cumplir el cumplimiento de la aludida obligación sea un presupuesto lógico para conocer su monto.

En la práctica judicial, la actividad del juzgador se dirige a esta causa resolviendo como si se tratara de incumplimiento de prestaciones a las que se obligaron las partes contendientes, derivando de una obligación mercantil o civil común, esto es, verificar que la parte actora tenga derecho al pago y luego que el demandado acredite el cumplimiento total de la obligación a su cargo, pues el pago corresponde demostrarlo al deudor y no el incumplimiento al acreedor y si se alega por el demandado alguna excepción o causa de justificación en el incumplimiento de su obligación tiene la carga de la prueba de demostrarla plenamente.

PATRIA POTESTAD. EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O INSUFICIENTE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SIN CAUSA JUSTIFICADA POR MÁS DE NOVENTA DÍAS GENERA SU PÉRDIDA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004).

De la interpretación histórico-teleológica del citado precepto, reformado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 9 de junio de 2004, se concluye que el cumplimiento parcial o insuficiente de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada a criterio del juzgador, da lugar a que se actualice la causal de pérdida de la patria potestad establecida en la fracción IV del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, pues esa conducta del deudor alimentista es contraria a la finalidad de prevención y conservación de la integridad física y moral de los hijos inmersa en la figura de la patria potestad, ya que los alimentos tienden a la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y éstas se actualizan día con día, por lo que no

puede quedar al arbitrio del deudor proporcionarlos por las cantidades y en los tiempos que estime necesarios. Además, de acuerdo con el preámbulo y los artículos 3 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, este país se ha obligado a adoptar las medidas necesarias para proteger el interés superior del niño, en especial por lo que se refiere a la obligación de los padres de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo. Ahora bien, para determinar en cada caso concreto que el deudor alimentario sólo ha cumplido su obligación de manera parcial o insuficiente, es preciso que esté determinada la respectiva pensión (provisional, definitiva o convenida por las partes), de manera que basta con que el Juez verifique que efectivamente no se ha cubierto su monto total por más de noventa días y que a su prudente arbitrio no existe una causal justificada para ello.²⁵⁴

Esta segunda jurisprudencia sostiene que el incumplimiento de la obligación alimentaria es contraria a la finalidad de prevención y conservación de la integridad física y moral de los hijos inmersa en la figura de la patria potestad y por lo tanto, el incumplimiento de esa obligación debe ser total; sin embargo, esta consideración se hace con el objeto de justificar la imposición de la sanción, pero no atiende a la tutela efectiva del bienestar y del interés superior del menor, porque ninguna consideración se hace sobre el impacto que pueda tener la aplicación y procedencia de la causa, pues suele suceder que las pruebas de justificación del incumplimiento parcial sea deficiente, como pudiera acontecer en el caso que el obligado, quedara sin trabajo o la falta de oportunidad para conseguir un nuevo empleo, o si la madre del menor es profesionista y tiene mejores opciones de trabajo para proporcionar los alimentos.

Es necesario que la gravedad del incumplimiento y el riesgo en el que se colocó al menor con el incumplimiento, así como el posible impacto que tendría la ejecución de la causal en relación al menor, sean aspectos realmente a considerarse en la aplicación de esta causal, porque de lo contrario se estaría atendiendo a uno de los fines que sería de la privación de la patria potestad que deviene la sanción al deudor alimentista, al quedar desprotegido el bienestar y el interés superior del menor al estar supeditado a la labor de dirección de uno de los progenitores, y suele suceder en el caso que se encuentre con menos recursos económicos para el cumplimiento de la manutención de la pensión alimenticia o en

²⁵⁴ Tesis: 1ª./j.14/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p.221.

su defecto puede ser también que tenga los medios económicos suficientes para garantizar la pensión alimenticia y ello conlleve a que se sienta con mejor derecho para ejercer la patria potestad del que no lo tiene.

Como se analiza no está debidamente tutelado el bienestar ni el interés superior del menor por el legislador.

Al respecto se ha opinado en el ámbito penal que igualmente con independencia de que se pueda acusar al culpable del delito de incumplimiento de la obligación alimentaria regulado en el artículo 193 del Código Penal para el Distrito Federal, también ha considerado que fue acertada la modificación del 9 de junio de 2004, a la fracción IV, del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, en razón de que el anterior decía “el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria”, pues era complicado demostrar esa reiteración que, además, podía prolongarse por tiempos más o menos duraderos, mientras que con la reforma basta que se demuestre que se ha incumplido con la obligación alimentaria por noventa días naturales, sin causa justificada, para que proceda la pérdida de la patria potestad.²⁵⁵

De lo que acontece, que si bien es cierto que existe dispositivo legal que prevé la pérdida de la patria potestad, como lo establece el artículo 193 del Código Penal para el Distrito Federal en donde se contienen diversas conductas para sancionar el incumplimiento por parte del deudor alimentista, entre ellas; la de perder derechos de familia, la conducta del moroso que trate de evadir el deber de proporcionar los alimentos o el de que se ponga en estado de insolvencia para no cumplir con ese deber estará obligado a resarcir el daño ocasionado por esa conducta ilícita.

Para mayor claridad de lo expresado se citan a continuación los artículos del Código Penal para el Distrito Federal los cuales a la letra señalan lo siguiente:

Artículo 193. Al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa, suspensión o pérdida de los derechos de familia, y pago como reparación del daño de las cantidades no suministradas oportunamente.

²⁵⁵ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho Familiar, Ob. Cit.*, p.436.

Para los efectos de éste Artículo, se tendrá por consumado el delito aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero.

Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, para efectos de cubrir los alimentos o la reparación del daño, se determinarán con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años.

Artículo 194. Al que renuncie a su empleo o solicite licencia sin goce de sueldo y sea éste el único medio de obtener ingresos o se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá pena de prisión de uno a cuatro años y de doscientos a quinientos días multa, pérdida de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente.

Artículo 195. Se impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión y de doscientos a quinientos días multa a aquellas personas que obligadas a informar acerca de los ingresos de quienes deban cumplir con todas las obligaciones señaladas en los Artículos anteriores, incumplan con la orden judicial de hacerlo o haciéndolo no lo hagan dentro del término ordenado por el Juez u omitan realizar de inmediato el descuento ordenado.

Artículo 196. Para el caso de que la persona legitimada para ello otorgue el perdón, sólo procederá si el indiciado, procesado o sentenciado paga todas las cantidades que hubiere dejado de proporcionar por concepto de alimentos y otorgue garantía cuando menos por el monto equivalente a un año.

Artículo 197. Si la omisión en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, ocurre en incumplimiento de una resolución judicial, las sanciones se incrementarán en una mitad.

Artículo 198. Se deroga

Artículo 199. Los delitos previstos en este Título se perseguirán por querrela.

No obstante que la patria potestad se pierde por incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días el artículo 444 fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, prevé la recuperación de la patria potestad cuando se demuestre que nuevamente se encuentre al corriente en el pago de la pensión alimenticia.

Dicha recuperación tiene su fundamento en el Interés Superior del Menor ya que éste tiene derecho a convivir con sus progenitores ya que sí el deudor alimentario cumple con su obligación tendrá derecho a recuperar el ejercicio de la patria potestad, y con ello, la convivencia con sus hijos.

La Primera Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la jurisprudencia que ha continuación se cita:

PATRIA POTESTAD. PARA QUE PROCEDA DECRETAR SU PÉRDIDA 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 EL ESTABLECIMIENTO PREVIO DE PENSIÓN ALIMENTICIA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL) (MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1A./J. 62/2003).

La reforma al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial de esa entidad el 25 de mayo de 2000, eliminó como causa de pérdida de la patria potestad el que por abandono de los deberes de los padres pueda comprometerse la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, para incluir la hipótesis relativa al incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria. Ahora bien, si se toma en consideración, por un lado, el principio general de derecho de que donde la ley no distingue el juzgador no tiene por qué hacerlo y, por otro, que la fracción IV del artículo 444 no exige el acreditamiento de que el abandono de los deberes de los padres, concretamente la obligación de dar alimentos, comprometa la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, se concluye que para que proceda decretar la pérdida de la patria potestad por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria no es necesario acreditar tales circunstancias, pues esta causal se actualiza cuando el deudor alimentario deja de subvencionar de manera injustificada las necesidades alimenticias; además de que tampoco se requiere la exclusiva circunstancia de que ante un Juez se haya ejercido la acción de pago de alimentos contra el obligado y que éste deje de pagar reiteradamente la pensión que de manera provisional o definitiva, por convenio, sentencia o cualquier resolución judicial vinculatoria se haya decretado, ya que la norma citada no establece tales condicionantes, en tanto que no alude al incumplimiento reiterado en la obligación de pago de "pensión alimentaria", sino a la "obligación alimentaria inherente a la patria potestad", la cual encuentra su fundamento en el estado de necesidad de una persona que no puede cubrir por sí misma los gastos necesarios para su subsistencia, la posibilidad de otro sujeto de cubrir esa necesidad y determinado nexo jurídico que los une.

PRIMERA SALA.

Varios 16/2004-PS. Solicitud de modificación de la tesis de jurisprudencia número 1a./J. 62/2003, derivada de la contradicción de tesis 137/2002-PS, entre las sustentadas por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y los Tribunales Colegiados Décimo Primero y Décimo Tercero, ambos de la misma materia y circuito. Solicitante: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 2 de febrero de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

Tesis de jurisprudencia 62/2003. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dos de marzo de dos mil cinco.

Nota: En términos de la resolución de 2 de febrero de 2005, pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente Varios 16/2004 relativo a la solicitud de modificación de la tesis de jurisprudencia número 1a./J. 62/2003, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIX, marzo de 2004, página 196, se publica nuevamente la jurisprudencia citada con las modificaciones aprobadas por la propia Sala.²⁵⁶

²⁵⁶ Tesis: 1a. /J. 62/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Novena Época; t. XXI, Abril de 2005; p. 460.

La Primera Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la jurisprudencia que ha sentado precedente, al señalar que; esta causal prospera cuando el deudor alimentista ha dejado sin más trámite o explicación de cumplir con su obligación de pensión alimenticia con su menor hijo, al encontrar su fundamento en el estado de necesidad de quien necesita los alimentos.

Otra de la causa que se analiza es la fracción V, del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal en donde se regula como causa de pérdida de la patria potestad el abandono de los progenitores de sus hijos, se cita a continuación la fracción aludida.

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

(...)

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

Esta hipótesis normativa establecía que la patria potestad se pérdida por abandono de los hijos la cual tenía que se prolongase por más de seis meses, mientras que la pérdida por exposición no requería el transcurso de dicho tiempo, por lo que podía promoverse ante el órgano judicial tan pronto como se diera el supuesto.

Sin embargo, en junio de 2004 fue reformado el citado precepto legal 444, por lo que el plazo para que opere la pérdida de la patria potestad por abandonado se dejó en tres meses y absurdamente se suprimió la pérdida de dicha potestad por exposición.

No obstante lo anterior se argumenta que aún puede decretarse la pérdida de la patria potestad por exposición de los menores, ya que si la ley la impone por abandono de los mismos, por mayoría de razón debería de proceder por su exposición. Sin embargo, podría concluirse que una sentencia en el sentido indicado violentaría los parámetros constitucionales para la imposición de sanciones, que impiden el uso de los argumentos de analogía o de mayoría de razón.

El autor Javier Tapia Ramírez, ha opinado que; en relación a la temporalidad, que se prevé en esta causa, es mucho tiempo; y expresa que es suficiente que se acredite el incumplimiento ya sea voluntario o injustificado para que proceda la pérdida de la patria potestad, al referir que los deberes y obligaciones que derivan de la patria potestad son de tracto sucesivo, y que deben ser permanentes.²⁵⁷

Ante ese criterio se dejan de considerar las circunstancias que pudieron haber ocurrido para que se diera tal abandono, tanto de las obligaciones de manutención como del menor.

Como se observa todos los criterios que se han analizado y aún el del autor antes citado al proponer la disminución de la temporalidad inmediata para que proceda la pérdida de la patria potestad, así como las jurisprudencias emitidas por la Primera Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; de donde se advierte que su criterio es sancionador y que no se atiende el bienestar y el interés superior del menor, y de lo que únicamente se ocupa es de sancionar a quienes hayan incumplido con sus derechos, deberes y obligaciones respecto a su encomienda del ejercicio de la patria potestad, y no evidencian el perjuicio que se podría causar al menor en el caso de que fuera privado de la patria potestad, tanto de la madre como del padre de éste.

Si bien es cierto, se debe destacar que el abandono y la exposición del menor llevan al desamparo del menor por quienes ejercen la patria potestad, sin embargo, el criterio de los jueces en sus resoluciones debe normar la forma de resolver conforme a derecho, y que la norma les permita adoptar ese criterio en beneficio del interés superior del menor.

La redacción de la fracción quinta del precepto legal en comento, no es clara con respecto al abandono del menor por quienes ejercen la patria potestad por más de tres meses sin causa justificada, ya que no pondera las circunstancias que llevaron a quienes en ese momento ejercían la patria potestad del menor, para abandonarlo y en consecuencia caer en el incumplimiento de las obligaciones de alimentación; es decir, adolece de técnica legislativa, cuando se refiere a un

²⁵⁷ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p. 436.

abandono de la persona del menor sin mencionar de qué manera o la forma de abandonarlo, sino se aprecia un abandono total.

La temporalidad de tres meses es muy amplia en tratándose de un menor, ya que como se ha venido analizando, lo que debe prevalecer es el bienestar y el interés superior del menor y sobre él no hay otro interés más privilegiado que deben procurar los que ejercen la patria potestad como lo es el debido cuidado a la persona de éste.

El criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala lo siguiente:

ABANDONO DE UN MENOR DE EDAD. SU INTERPRETACIÓN COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la privación de la patria potestad se justifica por el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la misma ya que, en definitiva, lo que importa es el bien de los hijos, cuyo interés es el único y exclusivo fundamento de la función en la que se configura la patria potestad. Las autoridades jurisdiccionales, al analizar el abandono de un menor de edad como causal para decretar la pérdida de la patria potestad previsto en las distintas legislaciones, deben interpretar el término "abandono" no sólo en su acepción más estricta, entendido como dejar desamparado a un hijo, sino también en la amplia, vinculada al más radical incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, incluso en el caso de que las necesidades del menor queden cubiertas por la intervención de otras personas. Así las cosas, se estima que en los casos de abandono sancionados con la privación de la pérdida de la patria potestad, existe una abdicación total, voluntaria e injustificada de los deberes inherentes a dicha función. Asimismo, los tribunales, en aras de proteger al menor, deberán analizar en cada caso concreto las causas del abandono, la edad del menor, su madurez y autonomía, ya que en aquellos supuestos en los que el abandono se realice al momento mismo del nacimiento, resulta patente el radical desinterés de los progenitores respecto del menor. Esta pauta interpretativa es la que deben tomar en cuenta los órganos judiciales al analizar las causales de privación de pérdida de la patria potestad que hacen referencia al "abandono del menor" y siempre teniendo presente que estos supuestos denotan una situación de absoluto desprecio a las obligaciones parentales más elementales y primarias respecto del menor.

PRIMERA SALA.

Amparo directo en revisión 348/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos; José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho para formular voto concurrente. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.²⁵⁸

²⁵⁸ Tesis: 1a.LXV/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época; t I, Febrero de 2013, p. 793.

Ante esa argumentación, se debe reformar dicha causal a efecto de que sea clara y congruente, para que ese abandono realmente crea convicción ante la autoridad judicial sobre el supuesto abandono de los menores para que proceda la acción de pérdida de la patria potestad y se le otorgue la debida oportunidad a quienes ejercen la patria potestad, para que manifiesten bajo que circunstancias realizaron el abandono de los menores hijos, porque no resulta ser lo mismo que éstos se encuentren bajo el cuidado del otro progenitor o de un tercero, o en caso que uno de los progenitores abandone al menor y éste quede bajo la guarda y custodia de uno de los padres desde su nacimiento, ante esas circunstancias se debe ponderar para que se decrete o no la pérdida de la patria potestad.

Por lo que se sugiere reformar esta fracción V del artículo 444 del ordenamiento en cita, para establecer la pérdida de la patria potestad por el abandono o exposición del menor por más de un mes sin causa justificada. Y que el juzgador para aplicar esta causal deberá considerar la gravedad del abandono, el riesgo en que se colocó al menor y la convivencia de la aplicación de esta causal en interés del menor.

La fracción VI, prevista en el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal establece, lo siguiente:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

(...)

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. (...)

Para que se actualice esta hipótesis normativa deben darse dos supuestos, a saber:

- a) Que el padre o la madre cometan contra la persona o bienes de los hijos un delito doloso; y
- b) Que el titular de la patria potestad reciba una sentencia condenatoria en un proceso penal, y la misma haya causado ejecutoria.

Para el autor Luis Jiménez de Asúa, el delito de dolo; es cuando se “produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta un deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y el curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”.²⁵⁹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su obra “Temas Selectos de Patria Potestad de Derecho Familiar”, ha puntualizado que; la pérdida de la patria potestad obedece a que quien la detenta comete un delito intencional en contra del menor, pero ello no conlleva que dicha medida sea de índole penal, pues, en todos los casos, la pérdida de la patria potestad debe ser decretada dentro de un juicio de naturaleza civil, de modo que la medida no se establece en una sentencia de naturaleza penal en la que se juzgue a una persona por hecho delictuoso.²⁶⁰

PATRIA POTESTAD. EL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN VI, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE PREVÉ UNA CAUSAL PARA DECRETAR SU PÉRDIDA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Conforme al citado precepto constitucional, una vez concluido un juicio penal por sentencia ejecutoria, no podrá intentarse de nuevo la acción criminal por el mismo delito y contra la misma persona, ya sea que el fallo correspondiente absuelva o condene al inculpado, evitando así que se formen dos causas por el mismo hecho delictuoso. En ese sentido, se concluye que la fracción VI del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, al disponer que la patria potestad se pierde por resolución judicial cuando quien la ejerce hubiera cometido un delito doloso contra los bienes o personas de los hijos y que conste en sentencia ejecutoria, no viola el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que no establece como causa de la pérdida de la patria potestad que ésta se decrete a través de una sentencia de naturaleza penal en la que se juzgue a una persona por un hecho delictuoso, esto es, si la pérdida de la patria potestad no es considerada como un delito, no se está en el caso de juzgar dos veces por el mismo ilícito.

PRIMERA SALA.

Amparo directo en revisión 581/2005. 22 de febrero de 2006. Cinco votos.

Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Miguel Ángel Antemate Chigo.

²⁵⁹ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, S. N. E, Editorial Porrúa, México, 1994, pp.267-268

²⁶⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad, Derecho Familiar, Op. Cit.*, p. 107.

²⁶¹ Tesis, 1a.XIII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, Enero de 2007; p. 476.

Dicho criterio de nuestro Máximo Tribunal resulta acertado ya que el hecho de que el progenitor cometió un delito doloso en contra del menor y fue sancionado penalmente ello no quiere decir que al promoverse la pérdida de la patria potestad está fundada en la fracción VI del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, se evité juzgarlo dos veces a la misma persona porque la hipótesis prevista en el Código sustantivo en cita no es un delito sino una consecuencia de su actuar delictuosa.

Resulta confusa esta causa, porque requiere expresamente que la sentencia que determinó la responsabilidad penal del sujeto al que ha de privársele de la patria potestad esté debidamente ejecutoriada.

La causa prevista en la fracción VII del ordenamiento en cita, que a la letra señala, lo siguiente:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

(...)

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

Para la acreditación de esta causa de pérdida de la patria potestad deben de concurrir dos elementos de la acción, esto es:

1) Que el titular de la patria potestad reciba dos sentencias condenatorias en dos procesos penales diferentes e independientes por diversos hechos, aunque se trate del mismo ilícito; y

2) Que se trate de delitos graves.

El Código Penal para el Distrito Federal, señala que los delitos se consideraran graves cuando la penalidad de la media aritmética sea mayor a cinco años y no se otorgue caución al inculgado .

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su obra “Temas Selectos de Patria Potestad, Derecho Familiar” ha señalado que: el autor Rafael De Pina Vara, desde su punto de vista ha determinado que para decretar la pérdida de la patria potestad no es que el acto u omisión sancionado por las leyes penales sea cometido en contra de la persona o bienes del menor, sino que sea calificado por

la ley como grave, o bien, que sea de carácter intencional, esto es, cometido con dolo, con propósito y consciente deliberado.²⁶²

El Código Penal para el Distrito Federal establece como delitos graves al homicidio, lesiones que pongan en peligro la vida, privación de la libertad personal, secuestro, desaparición forzada de personas, tráfico de menores, retención y sustracción de menores incapaces, violación, abuso sexual, corrupción de menores incapaces, pornografía infantil, lenocinio, robo agravado, extorsión, asociación delictuosa y delincuencia organizada, intimidación, negación del servicio público, enriquecimiento ilícito, tortura, evasión de presos, violación de la comunicación privada, contra la fe pública, delitos contra el ambiente, rebelión, ataques a la paz pública y sabotaje.

Por lo anterior, puntualizamos que la falta de existencia de alguno de los elementos antes referidos, motiva que la acción deba desestimarse, pues no basta que se acredite uno o dos elementos, sino que deben concurrir en su integridad.

De esta causa se advierte que el legislador incurrió en deficiencias que impiden que el interés superior del menor sea debidamente tutelado, ya que limitó la conducta de quien ha sido privado de la patria potestad a la modalidad de que el delito cometido sea considerado como grave, lo cual incluso presenta cierto problema en la práctica, porque la gravedad debe ser atendida en términos de la clasificación que establece la ley penal y no la doctrina.

Además, en el sistema penal mexicano existe un Código Penal Federal y diversos Códigos Penales de las entidades federativas y, cada uno contempla su propio catálogo de delitos graves, pero como estamos analizando el Código Civil para el Distrito Federal tenemos que referirnos a los delitos graves que regula el Código Penal de dicha Entidad.

Ahora bien, no se encuentra explicación alguna del por qué el legislador limitó la procedencia de esta causa en cuanto se trate de la comisión de delitos graves o dolosos, cuando es igual el peligro al que se expone al menor cuando convive cotidianamente o está dirigida su vida por un delincuente habitual, razón

²⁶² Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad, Derecho Familiar, Op. Cit.*, p.110.

por la que esta causa también debería contemplar como sujeto de privación de la patria potestad a los delincuentes habituales, e incluso, para la procedencia de la acción, sólo debe exigirse la existencia de dos o más sentencias penales condenatorias respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario.

Por otra parte, la fracción VIII del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal señala, lo siguiente:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

(...)

VIII. Por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes; y

(...)

Ante el serio problema de violencia familiar que se vive en el seno de una familia es que se consideró prudente regular esta pérdida de la patria potestad cuando hay un incumplimiento de las determinaciones judiciales emitidos con la finalidad de corregir actos de violencia familiar realizados contra los descendientes; porque con ello el ascendiente demuestra su desinterés en cambiar su actitud violenta y se pone en riesgo la integridad física y psicológica del menor. Y sí un Juez ha dictado determinadas medidas encaminadas a corregir o evitar actos de violencia familiar y el agresor no las cumple entonces resulta procedente la pérdida de la patria potestad.

Para que se acredite esta hipótesis normativa se necesita:

- Que se haya emitido una determinación judicial tendiente a corregir actos de violencia familiar.
- Debe existir incumplimiento a la orden judicial.
- Los actos de violencia deben afectar a los descendientes.

En éste último aspecto hay que tomar en consideración que dicha afectación no solo debe ser en su integridad jurídica sino en cualquiera de sus esferas bio-psico-social.

Finalmente, la fracción IX del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal señala, lo siguiente:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

(...)

IX. Cuando el menor haya sido sustraído o retenido ilícitamente, por quien ejerza ésta.

En fecha 28 de marzo de 2012, la Comisión de Administración de Justicia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó que quienes ejerzan la patria potestad de los menores de edad y los sustraigan o retengan de manera ilícita se le privara de ese derecho.

Con la modificación al Código Civil se adicionó la fracción IX al artículo 444 para cumplir con la Convención sobre los Derechos del Niño e igualmente con la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, al establecerse en la misma que los menores no se les debe considerar como propiedad de sus padres, sino que se les reconocerá como individuos con derechos y necesidades propias.

Esta ha sido una medida protectora en beneficio e interés del menor, para que el progenitor no vuelva a incurrir en una conducta similar con grave perjuicio para el propio menor.²⁶³

El autor Javier Tapia Ramírez, ha mencionado al respecto que; suele suceder, que a veces uno de los progenitores que no tiene la guarda y la custodia del menor, se lo lleve a otro domicilio fuera o dentro del país de donde actualmente radica, al señalar que se puede demandar en el ámbito familiar y en ámbito penal, con respecto a la acción de restitución del menor ésta se presentará ante el Juez de lo Familiar, y con respecto al ámbito penal se iniciara con una denuncia de hechos que inicia por querrela.²⁶⁴

Ahora bien, hay ocasiones en que se dé la sustracción del menor con causa justificada; por ejemplo para protegerlo y salvaguardar su integridad física o psicológica. En este supuesto no debe prosperar la acción de pérdida de patria potestad que promueva el progenitor custodio.

²⁶³ <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-sustraer-menores-causal-perder-patriapotestad-10374.h>, consultada el 10/12/13.

²⁶⁴ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.414.

El juzgador para aplicar esta hipótesis de pérdida de la patria potestad deberá considerar 1) el motivo y la gravedad de la sustracción, 2) el riesgo en que se colocó al menor y 3) las causas que dieron origen a la sustracción en interés del menor.

Por otra parte, es de indicar que existe el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, creado el 25 de octubre de 1980, es un convenio multilateral creado en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, el cual tiene como objetivo la protección de los niños, los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución. Sin embargo, nuestro país es uno de los miembros que se encuentra inconforme con algunos aspectos del convenio.²⁶⁵

En consecuencia, si un progenitor no custodia, sustrae o retiene sin causa justificada al menor su actuar ilícito originará la pérdida de la patria potestad.

El problema que encontramos en esta fracción es cuando ambos padres ejercen la patria potestad y no se ha determinado de manera judicial o convencional quien de ellos detenta la custodia del menor y un progenitor lo retiene o sale del país con su ascendiente; se podría concluir que se cumple con dicha hipótesis o quedaría a criterio judicial.

4.3 Propuesta en el ámbito legislativo.

Una vez que se ha realizado el estudio de la patria potestad se considera que es necesario reformar las fracciones del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, de las cuales se ha realizado el análisis jurídico y de donde se advierte que las mismas son deficientes para que procedan o no en un juicio de pérdida de patria potestad, pues las mismas no tutelan debidamente el bienestar y el interés superior del menor sujeto a la patria potestad; en razón de lo anterior se sugiere que el artículo 444 tenga el siguiente texto:

²⁶⁵ <https://www.iberred.org/convenios-civil/convenio-sobre-los-aspectos-civiles-de-la-sustraccion%c3%b3n-Internacional-de-menores>, consultada 13/11/2013.

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

Al proponerse en dichas fracciones lo siguiente:

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, **por resolución judicial que haya causado ejecutoria;**
- II. **Se deroga.**
- III. En los casos de violencia familiar en contra del menor; **el Juzgador deberá allegarse de los estudios que realice la unidad de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal;**
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de **30 días**, sin causa justificada. **En virtud de que el plazo de 90 días se considera muy amplio, toda vez que los alimentos son lo mínimo e indispensable para la subsistencia del acreedor alimentario el dejarlos de proporcionar lo coloca en una situación de riesgo;**
- V. Por el abandono o exposición que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de **un mes** 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;
- VII. **Cuando el que la ejerza sea condenado por algún delito grave, se sugiere dicha reforma porque no se tiene porqué señalar que sólo se perderá la patria potestad por haber sido condenado el progenitor por delitos graves porque lo que se busca con esa norma es proteger al menor y no que conviva con alguien que ha transgredido la Ley y que será un mal ejemplo en su formación;**
- VIII. Por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales o administrativas que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes; y
- IX. Cuando el menor haya sido sustraído o retenido ilícitamente, por quien ejerza ésta. **El juzgador para determinar la pérdida de la patria potestad**

deberá considerar la gravedad de la sustracción, el riesgo en que se colocó al menor y las causas que dieron origen a la sustracción en interés del mismo.

4.4 Limitaciones de la patria potestad.

Estas limitaciones surgen cuando se dan sucesos que pueden llevar al divorcio o a la separación de los progenitores, restringiendo los derechos, deberes y obligaciones de los que ejercen la patria potestad, como lo dispone el artículo 444 Bis, que se comenta y que se transcribe:

El artículo 444 Bis: La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este Código.

Dicho artículo fue adicionado en diciembre de 1997 y originalmente imponía la limitación de la patria potestad como sanción a la violencia familiar, en mayo de 2000 fue reformado el artículo para eliminar las referencias a la mencionada violencia y regular el divorcio o separación como únicas causas de limitación de la patria potestad.

Estas limitaciones se refieren cuando los progenitores se separan y viven en diferentes domicilios, de lo que conlleva a que uno o los dos progenitores hagan valer la guarda y custodia del menor sujeto a la patria potestad, de lo que surge la limitación para el ejercicio de la patria potestad cuando es difícil que el Juez de lo Familiar les otorgue a ambos la guarda y custodia, es ahí cuando realmente se torna difícil que se ejercite de manera posible el cumplimiento al ejercicio de la patria potestad por ambos progenitores, respecto del convenio propuesto o también si llegase a existir desacuerdo, el artículo 416 del ordenamiento que se transcribe y se comenta señala:

El artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones 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, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

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 crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Los autores Fausto Rico Álvarez, Garza Bándala y Cohen Chicurel han afirmado que la norma transcrita sólo hace referencia a una serie de restricciones, sin embargo, carece de contenido sustantivo alguno, ya que existen normas que autorizan las restricciones mencionadas, y estas seguirían rigiendo si no existiera dicho artículo, por lo que se considera que se debería derogar”.²⁶⁶

Javier Tapia Ramírez, basa su criterio en lo que dispone el artículo 444 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.²⁶⁷

Sin embargo, el maestro Ernesto Gutiérrez y González ha propuesto en su libro “El Patrimonio” la definición de limitación pero que se aplica en todos los ámbitos del Derecho, al señalar que: Es 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 contra el interés general.²⁶⁸

Esta cuestión se aplica en el sentido que los progenitores se encuentran limitados para no afectar los intereses inherentes que corresponden al ejercicio de la patria potestad del menor.

4.5 Suspensión de la patria potestad.

La suspensión, es la acción y efecto de suspender determinada conducta.

Para los efectos de la patria potestad se refiere a la privación temporal de los derechos-deberes y obligaciones que la integran ante un supuesto normativo.

La suspensión opera independientemente de si los ascendientes cometieron una conducta prohibida por la ley. Las hipótesis que dan lugar a la suspensión de

²⁶⁶ Rico Álvarez, Fausto, et, al., *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.443.

²⁶⁷ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia, Op. Cit.*, p.441.

²⁶⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia, Op. Cit.*, p.441.

la patria potestad son expuestas por el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal y son las siguientes:

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 habito de juego, el uso no terapéutico de las substancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y

IV. Por sentencia condenatoria 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.

VII. En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo de acuerdo a lo dispuesto en el presente Código y del artículo del 902 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En relación a la primera fracción sí el que ejerce la patria potestad se incapacita, ello traerá como consecuencia la suspensión del ejercicio de ese derecho mientras se encuentra en esa situación, de tal forma si recupera su capacidad entonces la suspensión de la patria potestad queda sin efecto; la segunda de las fracciones se refiere a la circunstancia de que al declararse por el órgano judicial la ausencia de una persona ello traerá como consecuencia la suspensión en el ejercicio de la patria potestad; la tercera de ellas, señala que se puede suspender a los progenitores de convivir debido a las adicciones que pudieran poner en riesgo la integridad física y psicológica del menor; la cuarta decreta suspender a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad del menor cuando una sentencia condenatoria se los ordene, cuando a juicio del Juzgador considere que la conducta de los padres es inapropiada para que ejerzan ese derecho con su menor hijo, esto atendiendo el bienestar y el interés del mismo; la quinta de las fracciones se refiere a la conducta de quienes tienen la custodia lega del menor, los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, que con su conducta pusieran en riesgo la salud, el estado

emocional incluso la vida del o de los menores; por lo que hace a la sexta fracción también se puede suspender el ejercicio de la patria potestad cuando el progenitor custodio no permita que se lleven a cabo las convivencias con el otro ascendiente que no detenta la custodia, no obstante, de haberse ordenado por el Juzgador o en convenio judicial aprobado; en la última de las fracciones señala de los menores que se encuentran en desamparo y bajo la tutela y mientras dure la misma se suspenderá la ejercicio de la patria potestad.

También Ernesto Gutiérrez y González, ha señalado que la patria potestad se suspende por lo preceptuado en el artículo 447 del Código Civil del Distrito Federal.²⁶⁹

4.6 Excusa de la patria potestad.

Se define a la excusa como la explicación que ofrece una persona disculpándose o justificándose en relación a una determinada conducta. Desde el punto de vista jurídico se entenderá como la justificación que se acredita al Juez para no ejercer la patria potestad.

Se tramitará ante el Juez de lo Familiar en la vía de jurisdicción voluntaria para la excusa del ejercicio de la patria potestad, el cual se tramitara en términos de los artículos 893, 895 y más aplicables del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en relación al artículo 448 del Código Civil.

En relación a la excusa tramitada por quienes ejercen la patria potestad del menor, se dará vista al Ministerio Público para que manifieste lo que a su representación social compete.

En su fracción I el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal establece, que se podrá excusar del ejercicio la persona que tenga 60 años cumplidos; a la segunda fracción de dicha hipótesis normativa se podrá excusar también el ascendiente que ejerce la patria potestad, en cuyo caso puede ser que por mal estado de su salud no pueda atender adecuadamente a su descendiente esto se acreditara con el certificado médico.

²⁶⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia, Op. Cit.*, pp.440 y 441.

Para comprender mejor el tema se cita textualmente el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

Artículo 448. La patria potestad no es renunciable; pero aquellos 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.

La Ley no autoriza que la patria potestad se renuncie por quienes ejercen la patria potestad del menor, sin embargo, se pueden excusar de acuerdo a las condiciones personales de quienes la ejercen; y únicamente se podrán excusarse quienes se encuentren en los supuestos que enuncia la norma antes citada.

Sobre el particular expone el maestro Ernesto Gutiérrez y González, que la excusa siempre se deberá fundar en dicha hipótesis normativa ya que de no ser así se desechará de plano la petición del ascendiente.²⁷⁰

²⁷⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia, Op. Cit.*, p.441.

CONCLUSIONES

Primera. La patria potestad en el Derecho Romano, era un poder absoluto que ejercía únicamente el padre; se puede afirmar que se caracterizó por ser cruel, humillante y degradante para las personas que se encontraban en esa potestad.

Segunda. El concepto de patria potestad ha evolucionado y hoy podemos afirmar que ni es patria, porque no la ejerce sólo el progenitor varón, ni es potestad porque no es un poder absoluto sobre los ascendientes; actualmente es una institución creada en beneficio del menor que tiene por objeto la guarda, custodia, educación, representación y, en su caso, la administración de los bienes del hijo para lograr su adecuado desarrollo bio-psico-social.

Tercera. La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que se otorgan a los ascendientes, cuyo ejercicio se dirige a los descendientes menores de edad no emancipados, a fin de que éstos reciban una formación y protección integral, que procure su desarrollo en las esferas enunciadas en la conclusión anterior para que el niño alcance la madurez y conciencia que le permita el ejercicio responsable y pleno de sus derechos.

Cuarta. El ejercicio de la patria potestad realizado por quienes tienen esa responsabilidad constituye un verdadero conjunto de derechos y obligaciones al grado que deben quedar en segundo término los intereses personales y emocionales, ponderando siempre el bienestar del menor.

Quinta. Los que ejercen la patria potestad deben cumplir con las obligaciones de crianza y educar con amor y respeto imponiéndoles a sus descendientes límites para corregir su conducta.

Sexta. En México, como en las normatividades de los países que se analizaron en el capítulo de Derecho comparado, es decir, España, Francia, Alemania, Italia y Argentina se regula el interés superior del menor, y cuando no se cumple con él se puede privar a los ascendientes de la patria potestad.

Séptima. En el Código Civil para el Distrito Federal se regulan las causas de pérdida de patria potestad y se precisa también en qué supuesto se puede recuperar; al respecto es de indicar que no debe limitarse la recuperación a ciertos casos sino que en aplicación del interés superior del menor debe permitirse en otros más su recuperación.

Octava. La forma como está regulada la pérdida de la patria potestad en el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal es incorrecta por las razones vertidas en el capítulo respectivo de éste trabajo, razón por la cual se propone modificar dichas hipótesis normativas.

Novena. En consecuencia se sugiere que el contenido de dicho presupuesto legal se modifique para quedar de la siguiente manera:

Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho **por resolución judicial que haya causado ejecutoria;**
- II. **Se deroga.**
- III. En los casos de violencia familiar en contra del menor; **el Juzgador deberá allegarse de los estudios que realice la unidad de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal;**
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de **30 días**, sin causa justificada;
- V. Por el abandono o exposición que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de **un mes** 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;
- VII. **Cuando el que la ejerza sea condenado por algún delito grave;**
- VIII. Por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales o administrativas que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes; y
- IX. Cuando el menor haya sido sustraído o retenido ilícitamente, por quien ejerza ésta. **El juzgador para determinar la pérdida de la patria potestad deberá considerar la gravedad de la sustracción, el riesgo en que se colocó al menor y las causas que dieron origen a la sustracción en interés del mismo.**

Décima. De igual forma se sugiere se regule en el Código Civil para el Distrito Federal la recuperación de la patria potestad independientemente de la causa que dio origen a su pérdida atendiendo al interés superior del menor.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Caperochipi, José Antonio, *Curso de Derecho de Familia, Tomo II, Patria Potestad, Tutela y Alimentos*, Editorial Civitas, España, 1988.

Arias Ramos, J. y Arias Ramos Bonet J., *Derecho Romano*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2011.

Antonio D, Daniel Hugo, *Derecho de Menores*, Cuarta Edición, Editorial Depalma, Argentina, 1994.

Azpiri, Jorge O, *Derecho de Familia*, Editorial Hammurabi, Argentina, 2005.

Baqueiro Rojas, Edgard, *Derecho de Familia y Sucesiones*, S.N.E., Editorial Harla, México, 1990.

Baqueiro Rojas, Edgar y Buen Rostro, Rosalía, *Derecho de Familia*, Segunda Edición, Editorial Oxford University Press, México, 2009.

Bravo González, Agustín, y Bravo Valdés, Beatriz, *Primer Curso de Derecho Romano*, Décimo Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2006.

Consejo General del Poder Judicial, *Custodia Compartida y Protección de Menores*, S.N.E., España, 2009.

Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil Primer Curso Parte General Personas y Familia*, Vigésimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 2012.

Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, Editorial Porrúa, México, 2004.

Güitrón FuenteVilla, Julian, *Nuevo Derecho Familiar*, Editorial Porrúa, 2003.

Hazel N, Luis, *Como manejar los problemas de un hijo difícil*, S.N.E., Editorial Época, México, 2008.

Ibarrola, Antonio De, *Derecho de Familia*, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 1991.

Kohler, Josef, *El Derecho de los Aztecas*, S.N.E., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

León de la Vega, Gabriel, *Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la Legislación Mexicana*, S.N.E., Editorial Escuela Libre de Derecho, México, 1949.

López del Carril, Julio J, *"Derecho de Familia"*, S.N.E., Editorial, Abeledo-Perrot, Argentina, 1984.

López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, S. N. E., Editorial Porrúa, México, 1994.

Lledo Yagüe, Francisco, *Patria Potestad, Filiación y Adopción*, S.N.E., Editorial Dykinson, Madrid, España, 2011.

Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia*, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 1985.

Ortiz de Rosas, Abel Fleitas, *Manual de Derecho de Familia*, S.N.E., Editorial Lexis Nexis, Argentina, 2004.

Pérez Contreras, María Monserrat, *Derecho de Familia y Sucesiones*, S.N.E., Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.

Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, Vigésima Edición, Editorial Oxford University Press, México, 2008.

Pina Vara, Rafael, De, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Vigésima Primera Edición, Volumen I, Editorial Porrúa, México, 2000.

Plianol, Marcel y Ripert, Georges, *Derecho Civil*, S.N.E., Editorial Harla, México, 1997.

Quintanilla García, Miguel Ángel, *Convivencias Familiares*, S.N.E., México, 2007.

Rico Álvarez, Garza Bándala, Cohen Chicurel, *Derecho de Familia*, S.N.E., Editorial Porrúa, Escuela Libre de Derecho, México, 2011.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Patria Potestad, Derecho Familiar*, México, 2010.

Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia*, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 2013.

Zanoni, Eduardo A, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Segunda Edición, Editorial Astrea, Argentina, 1989.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Diccionario Enciclopédico Larousse, Décima Sexta., Editorial Larousse, México, 2011.

Diccionario de la Lengua Española, Vigésimo Segunda Edición, Madrid, 2001.

Diccionario Jurídico Espasa, S.N.E., Editorial Espasa Calpe, España, 1998.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, Tomo A-CH, 1994.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Octava Edición, Editorial Porrúa, México, Tomo P-Z, 1995.

Pina, Rafael, De, *Diccionario de Derecho*, S.N.E., Editorial Porrúa, México, 1991.

REVISTAS Y ARTÍCULOS

Cárdenas Camacho, Alejandro, *Alcances de la Patria Potestad y la Custodia* (Código Civil para el Distrito Federal) Congreso Internacional de Derecho de Familia, ponencia presentada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Códice mendocino o colección de Mendoza, Editorial José Ignacio Echeagaray, México, 1979.

El Tribunal, *I Congreso Internacional de Derecho de Familiar*, Revista número 7, Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2005.

Jiménez García, Joel Francisco, “*Evolución de Patria Potestad en Derecho Mexicano*”, Revista de Derecho Privado, nueva época, año III, número 8, México, mayo-agosto de 2004.

Magallón Gómez, María Antonieta, “*La Evolución y Transformación de la Patria Potestad, desde Roma al México de hoy, poder y feminismo*”, Congreso Internacional de Derecho de Familia, ponencia presentada por el Instituto de Investigaciones de UNAM.

LEGISLACIÓN

LEGISLACIÓN FEDERAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley para la protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
Ley General de Educación.

LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL

Código Civil para el Distrito Federal 2014.
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal 2014.
Código Penal para el Distrito Federal 2014.
Ley de los Derechos de las Niñas y Niños para el Distrito Federal 2014.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Constitución Española.
Código Civil de España.
Código Civil Francés.
Código Civil Alemán.
Código Civil de Argentina.
Código Civil de Italia.
Código Civil de Chile.
Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño.

Sitios de Internet

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-ts&comunidad=09>,

[http://www.taringa.net/posts/info/1207491/Los Niños-y-los Límites/html](http://www.taringa.net/posts/info/1207491/Los_Niños-y-los_Límites/html).

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-ts&comunidad=09.pdf>.

[http://oas.org/esp/Ley Orgánica 1 1996/5enero1996](http://oas.org/esp/Ley_Orgánica_1_1996/5enero1996) protección jurídica del menor España, pdf.

<http://www.dat.etsit.upm.esmmomjas/polica/ce.html>.

[http://www.unicef.org/lac/CDN versión para jóvenes.pdf windows](http://www.unicef.org/lac/CDN_version_para_jovenes.pdf_windows).

http://noticias.jurídicas.com/base_datos/Privado/lo1-1996.t1.html#a2.

<http://2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>.

<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/códigos-engeneral.html>.

<http://dejure.org/gesetze/BGB/1666a.html>.

<http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislación/leyes/codigos/codigocivil/CCart0264a0310.htm>.

http://www.chilein.com/c_civil7.htm.

<http://www.aldf.gob.mx/comsoc-sustraer-menores-causal-perder-patriapotestad-10374.h>.

<https://www.iberred.org/convenios-civil/convenio-sobre-los-aspectos-civiles-de-la-sustraccion%c3%b3n-Internacional-de-menores>.

<https://www.lus.scjn.gob.mx>.