

301809
139
207



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

"LA NECESIDAD JURIDICO SOCIAL DE
NORMAR LA RECUPERACION DE LA
PATRIA POTESTAD"

T E S I S
Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

MA. GUADALUPE RESENDIZ LOPEZ

Primera Revisión
Lic. Jesús Mora Lardizabal

Segunda Revisión
Lic. Miguel Berrones Castillo

TESIS CON
México, D. F. FALLA DE ORIGEN 1993



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 está 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.

LA NECESIDAD JURIDICO SOCIAL DE NORMAR LA RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD

INTRODUCCION

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD

- 1.1 EN EL DERECHO ROMANO
- 1.2 EN ESPAÑA
- 1.3 EN EL DERECHO FRANCES
- 1.4 EN MEXICO
 - 1.4.1 EN LOS CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884
 - 1.4.2 EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917
 - 1.4.3 EN EL CODIGO DE 1928 Y SUS REFORMAS

CAPITULO II

DEL DERECHO FAMILIAR EN RELACION CON EL DERECHO NATURAL Y EL ESTADO

- 2.1 LA FAMILIA COMO ORIGEN DEL ESTADO
- 2.2 LA FAMILIA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL
- 2.3 EL DERECHO NATURAL EN GENERAL
- 2.4 LA FILIACION EN EL DERECHO NATURAL Y DEL
HOMBRE Y LA FAMILIA
- 2.5 LA FAMILIA COMO INSTITUCION JURIDICA
- 2.6 LA IMPORTANCIA JURIDICO SOCIAL DE LA
INTEGRACION FAMILIAR

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

- 3.1 DEFINICION Y CONTENIDO DE LA MISMA**
- 3.2 EL FUNDAMENTO DE AUTORIDAD PATERNA**
- 3.3 SUJETOS DE LA MISMA**
- 3.4 EFECTOS SOBRE LOS HIJOS**
- 3.5 RESPONSABILIDADES**

CAPITULO IV

CAUSAS QUE ENTORPECEN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

- 4.1 COMO TERMINA**
- 4.2 LA SUSPENSION**
- 4.3 LA FORMA LEGAL EN QUE PIERDE**
- 4.4 LA PATRIA POTESTAD Y SU NECESARIA EXISTENCIA JURIDICO SOCIAL**
- 4.5 LA PATRIA POTESTAD Y EL DERECHO NATURAL DE FAMILIA**
- 4.6 LA RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD COMO UN DERECHO NATURAL**

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INDICE

I N T R O D U C C I O N

Hemos considerado, que un derecho tan esencial como es la patria potestad que se va a ejercer entre padres e hijos, es una situación que más que nada responde al derecho natural, o la Ley natural, en relación a la procreación y la filiación que existe.

Razón por la cual consideramos que ésta no puede perderse en virtud de una disposición de la Ley, ya que responde más a leyes naturales, que a situaciones legislativas, de tal forma que nuestro título de tesis va enfocado a establecer la necesidad jurídico social de normar la recuperación de la patria potestad, estableciéndose como hipótesis, una necesidad de establecer un mecanismo normativo que pueda dar la acción a aquél que pierde la patria potestad para que pueda iniciar un procedimiento de recuperación.

Para poder llegar a nuestro objetivo, hemos considerado estudiar la evolución histórica de la patria potestad a través del derecho romano, el español, el francés y en México a partir de 1870 hasta nuestros días, observando como el derecho ha venido desarrollándose y, extraeremos de estos antecedentes, las partes fundamentales que nos interesen y así tener fundamentos para poder estar en condiciones de criticar en una forma histórica, la evolución de la patria potestad.

Luego, enfocaremos nuestro estudio para especificar cómo el derecho familiar tiene relación con el Estado y cómo surgen los derechos naturales dentro del seno familiar y en que forma el Estado debe de garantizar que exista la verdadera integración familiar, como un núcleo más pequeño de la sociedad, soporte de toda la infraestructura estatal, especialmente de un elemento principal del estado de población.

Luego analizaremos el marco jurídico de la patria potestad de conformidad con el Código Civil para el Distrito Federal, en donde estableceremos los lineamientos jurídicos que rodean a todo ese contexto de la patria potestad.

Concluimos nuestro estudio, estableciendo directamente las causas que entorpecen el ejercicio de la patria potestad; veremos la manera en cómo se termina y como se suspenden. Pero enfocaremos totalmente nuestro estudio a criticar el porqué se establecen causas de la pérdida de la patria potestad, si éstas en un momento determinado, pueden ser transitorias y si son transitorias, no se puede hablar de una causa que haga perder la patria potestad, sino simplemente una causa que la suspenda, para poder establecer un procedimiento de recuperación a tal suspensión y puede permanecer un derecho tan natural como es el ejercicio de la patria potestad dentro de lo que es el seno familiar.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD.

Con el fin de tener elementos suficientes que nos permitan hacer una crítica sobre la necesidad jurídico social de normar la recuperación de la patria potestad, hemos querido iniciar nuestro estudio estableciendo la evolución histórica de la patria potestad.

Observaremos como se establecía en el derecho Romano y su desarrollo a través de España y Francia hasta llegar a nuestro país. De todos es sabido, que la cuna de nuestro derecho y de varios derechos más, es el derecho romano; luego, las codificaciones francesas y españolas básicamente, son transportadas a nuestro país por los españoles en el período de la conquista, por lo que, consideramos que tanto el derecho romano, español y francés son verdaderamente fuentes directas de antecedente histórico de nuestro propio derecho.

Lo anterior es la razón por la cual hemos escogido estas legislaciones para establecer una evolución histórica de la patria potestad. Independientemente de que perseguimos el objetivo de observar su desarrollo jurídico social, lo que nos permitirá hacer un análisis de como la humanidad ha tratado siempre de normar la patria potestad.

1.1 EN EL DERECHO ROMANO

Al derecho romano lo pudiésemos catalogar en varias etapas, ya que se inicia desde un período arcaico, hasta que llegamos a un momento clásico del derecho romano con las compilaciones de justiniano. De lo anterior tenemos como la estructura social va a fundamentarse inicialmente en una dictadura, luego una república, para terminar como un imperio cuando Roma logra su gran expansión y conquista de todo el mediterráneo.

De esa manera, al finalizar la época romana, Justiniano principalmente logra hacer una compilación de leyes, recogiendo y respetando las legislaciones locales, estableciendo un cuerpo de leyes que iban a dar las bases para otros más.

En tal forma se va integrando una organización social basada en el derecho, que le permite a esta misma comunidad una cierta organización, para que hubiese una determinada integración.

Antes de seguir adelante, quisiéramos hacer una definición cuando menos de lo que es la sociedad, en virtud de que continuamente en este estudio, vamos a estar hablando de la comunidad, de la sociedad, de sus movimientos, de sus exigencias, por lo que es necesario saber cuando menos un término que defina a la sociedad.

Vamos a señalar ahora el concepto de sociedad a una clase de agrupación humana permanente que tiene una cultura definida y un sentimiento y una conciencia más o menos vivos de los vínculos que unen

a sus miembros en la coparticipación de interés, actitudes y criterio de valor, etc..." Sociedad es cualquier grupo humano relativamente permanente, capaz de subsistir en un medio físico dado y con cierto grado de organización que asegura su perpetuación biológica y el mantenimiento de una cultura, y que posee además, una determinada conciencia de su unidad espiritual histórica"(1).

Toda sociedad, especialmente la romana, que vemos en este inciso, para su debida evolución o estructuración, debía de requerir inicialmente de un sentimiento, tal vez un sentimiento que los hilara o relacionara a una situación ancestral, y de éste, los intereses, actitudes y criterios de valor iban a identificarse entre dicha comunidad, pero para lograr la organización correcta de ésta, se va a requerir en forma determinante, un grado de organización que da derecho; esto es que se va integrando una forma o una manera de otorgar a las personas ciertos derechos, que los protegen de los ataques o violencias y que si esta infracción sucede, el mismo derecho le va a dar

un sistema jurisdiccional de ejecución, para resarcir su propio derecho o buscar la reparación del daño. Esto, se identifica con lo que es la seguridad jurídica, base del derecho.

Esto evidentemente que en Roma se manejaba perfectamente, al grado de que las compilaciones primarias fueron realizadas en el seno de este tipo de sociedad.

Así, para este derecho, existía una institución llamada "Patria Potestad".

Esta Institución tenía grandes alcances, ya que establecía facultades directas del ejercicio de la paternidad sobre los hijos. El maestro Sabino Ventura Silva, al hablarnos de estas circunstancias nos explica: "La potestad paternal es la autoridad que el paterfamilias ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños adrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados. Para indicar

los descendientes sometidos a la unidad Paternal, los romanos empleaban las expresiones filius familias y filias familias. No es institución del derecho de gentes, sino civil, y no puede ejercerse mas que por un civis romano sobre sus hijos también ciudadanos....

El carácter principal de esta autoridad es que tenían menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de familia. De este principio derivan las consecuencias siguientes:

a) No se modifica por el desarrollo de las facultades de los que están sometidos; ni por la edad ni por el matrimonio se les expandía libertad.

b) Pertenece al jefe de familia, aunque no era siempre el padre quien lo ejercía; su autoridad desaparecería frente a la del abuelo paterno.

c) La madre careció de esta autoridad.(2)

Es el momento en que debemos extraer ya elementos que nos sirvan para criticar desde ahora la hipótesis a resolver en ese trabajo, la cual consiste en demostrar que la patria potestad en una forma natural no se puede perder por las causas que nuestro código civil establece, en virtud de que responde más a relaciones del derecho natural que a relaciones de derecho civil; así, debemos ya de ir subrayando como un elemento principal que hay que analizar, y es la filiación familiar, nos lleva directamente dentro de lo que es el derecho natural, para tratar de sostener la hipótesis que planteamos.

Ahora bien, nótese que este paterfamilias va a poder sobrevenir de diversas fuentes de filiación, esto es, de sus descendientes legítimos, luego sobre los adrogados y adoptados también ejercerán una patria potestad o sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio o del concubinato o sea los hijos naturales.

Luego, podemos observar que en el mismo derecho romano no llega a ser una institución de derecho de gentes, consideramos que es aquí en donde podemos criticar un poco esta situación, ya que realmente estos derechos de patria potestad responden a una situación mucho muy natural como es la relación padre e hijo. Pero, debido a que el menor está incapacitado para mantenerse y defenderse, se tendría que ejercer a través de un derecho civil, para que buscara una protección eficaz al menor.

De lo anterior, que ya vemos un principal objetivo de lo que es la patria potestad, va a estar destinada la protección de los menores que en un momento determinado no estén emancipados.

Por otro lado, y observando lo establecido por el Maestro Ventura, notamos que en el inciso a) de la transcripción citada, establece que esta patria potestad no se va a modificar ni por la edad ni por el matrimonio que los podía emancipar; pero de todos modos la ley decenviral antigua, admitía la ruptura de la potestad cuando el padre hubiese vendido tres

veces al hijo. En tal forma que la venta del menor, sería la manera en como iba a lograr su propia emancipación.

Por otro lado, cuando le daba malos tratos al hijo o cuando el adoptado llegaba a la pubertad, deseaba ser emancipado y cuando la emancipación del hijo figuraba como una disposición testamentada otorgada a su favor.

En tal forma que ya desde la época romana es evidente que este parentezco o ejercicio de una patria potestad, iba a estar mucho muy ligado a la filiación familiar y más que nada a un derecho natural de padres a hijos.

Por su parte, Eugenio Petit agrega los derechos que se tenían sobre la persona diciendo: "Durante los primeros siglos, la patria paternal hizo del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones; pudiendo ejecutar sobre los hijos las

penas más rigurosas. Tiene sobre ellos poder de vida y de muerte, puede emancipar a un tercero e incluso abandonarlos.

a) El poder del jefe de familia para dar muerte al hijo estaba bajo su potestad, lo tenemos muy bien comprobado en una infinidad de testimonios, aunque en tiempos de la república, al parecer, hacían uso de ello con más moderación, estando también obligados a contar con los parientes más próximos o bien con personas importantes, tales como los senadores. En cambio en el bajo imperio, hubo en las familias, a causa del relajamiento de las costumbres, ciertos abusos de la autoridad, en los cuales tuvo que intervenir el legislador. Por esta razón Adriano castigó con la expatriación a su padre que tendiéndole un cebo mató a su hijo, culpable de adulterio con su suegra. Hacia el fin del siglo II de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron en un sencillo derecho de corrección. En efecto, aunque podían castigar las faltas leves, tratándose de hechos de tal naturaleza que

arrastrasen a la pena de muerte, no podría hacerlo por sí solo; tenía que hacer la acusación delante del magistrado por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia (3).

Evidentemente que hemos encontrado el punto básico en lo que fuera el derecho romano, y es que realmente la patria potestad daba enormes derechos al padre, y la misma patria no se suspendía o se emancipaba, si no era propiedad del padre. Ya que ni la mayoría de edad ni el matrimonio, emancipaban a las personas, sino que por las situaciones anteriormente citadas como fueron la venta por más de tres veces, los malos tratos, o disposiciones testamentarias, eran en las formas quienes ejercían la patria potestad podían liberar suficientemente al descendiente.

Incluso observamos que dentro del derecho romano antiguo, podrían hasta liquidar o matar al hijo, sin tener mayores problemas como una de las formas de la

patria potestad, situación que en la actualidad observamos se ha venido desarrollando como un derecho de corrección, y que incluso se ha dado un fenómeno actualmente, como es el niño maltratado, por los abusos de los padres hacia los niños ejercitando ese derecho de corrección.

1.2 EN ESPAÑA.

La legislación española está muy diversificada, en virtud de las grandes separaciones de los reinos que existían en ese país, tenían las leyes del toro, las reales de castilla, las recopilaciones etc. etc.

Así, cada provincia tenía su reglamentación, y la manera de ver las cosas, así como la forma en que su propia sociedad iba a estar organizada.

El maestro Ignacio Galindo Garfias, al citarnos un antecedente español sobre la patria potestad, nos enseña lo siguiente: "En España Medieeval encontramos que en el fuero juzgo se percibe claramente una influencia germánica respecto de la organización de la patria potestad. En este cuerpo de leyes, la influencia del derecho romano, como es sabido, se vió oscurecida por el derecho germánico.

No obstante que las partidas acogieron para España el derecho romano, y que en este cuerpo de leyes la patria potestad se denomina "officium virile" y que se constituye como un poder absoluto y

perpetuo en favor del padre, se percibe respecto del ejercicio de la patria potestad, la influencia de ciertas ideas cristianas que influyeron dentro de la institución ya desde el imperio romano particularmente o desde el imperio Constantino en el sentido de que la patria potestad, debía ser ejercida con piedad paternal. Debe observarse que siguiéndose con la tradición del derecho romano, la patria potestad en el derecho español antiguo, sólo se conseguía con la familia legítima. Durante ese período, casi desaparece el concepto romano de patria potestad como deber del padre y se transforma, a través de derecho consuetudinario, en un deber de protección hacia el hijo. Desde entonces, se empezó a considerar que la patria potestad tenía su fundamento no en el derecho positivo, sino en el derecho natural.(4)

Debemos subrayar la gran trascendencia jurídico social que ha seguido el desarrollo de la patria potestad; notamos que hasta incluso el hijo se podía matar en el derecho romano antiguo; en el español, la situación va variando en grande, para transformarse de esa gran potestad sobre los hijos, a una forma de

protección a los mismos, hasta que éstos puedan mantenerse a sí mismos, y como lo dice el propio maestro Ignacio Galindo Garfias, esto responde más que nada a un derecho natural que al mismo derecho positivo.

Así en España los fueros españoles, como podemos citar el aragonés, daba también autoridad sobre los hijos, con un sentido proteccionista. De lo anterior tenemos que se iba dando para esta institución una gran transformación de lo que anteriormente fuera un derecho total del padre, ahora más apoyado en un derecho natural una protección hacia los hijos.

Por otro lado, vamos a citar las palabras del maestro Joaquín Escriche, quien sobre la patria potestad en España también opina lo siguiente: "Puede el padre en virtud de su potestad sujetar, corregir o castigar moderadamente a sus hijos, servirse de ellos, sin darle salario, pues cumple con mantenerlos y educarlos, implorar el auxilio de la autoridad pública para reducir a su poder al hijo que

voluntario o forzado estuviere en poder de otro, o anduviere pagando sin querer obedecerle; y aún antiguamente tenía derecho para venderlos o empeñarlos en una extrema necesidad. También tiene el padre en virtud de su potestad, la posesión, propiedad y el usufructo de los bienes proferidos de sus hijos, el usufructo de los advenedizos, pero nada en los castrenses ni en los cuasicastrenses. (5)

Existían fueros que permitían una gran protección, pero había otros que en un momento determinado daban al padre posibilidades incluso de empeñar a los hijos, cuando éstos se encontraban en una extrema necesidad.

Ahora bien, se extinguía la patria potestad por la muerte natural del padre, o la muerte civil condenado por delitos penales, por delitos de incesto, por dignidad cuando el hijo alcanzaba grandes puestos, por exposición en el parto, por casamiento del hijo, o simple y sencillamente por disposición del padre para dejarlo fuera de su patria potestad.

Así tenemos que hay una tónica muy precisa que debemos hacer notar en el desarrollo de la patria potestad, del derecho romano al español, y ésta es que si antiguamente se establecía una patria potestad a un derecho civil, evidentemente que no responde a las ideas de una relación social, sino que responden más que nada a una relación natural, por lo que consideramos ya encontramos la fundamentación para ir estableciendo como la patria potestad debe de surgir en principio de un derecho natural y no de la misma legislación.

1.3 EN EL DERECHO FRANCES.

El pueblo francés se ha distinguido básicamente por su gran evolución, ya que ésta se incorporó la llamada acta de declaración de derechos y deberes del ciudadano, en la que se plasmaron derechos del hombre tan naturales que luego éstos se fueron extendiendo a los demás países, y se logró con ésto, que se establecieran ciertas garantías individuales en las diversas constituciones del mundo.

Y de ésto nos habla el maestro Florís Margadant en las siguientes palabras: "La revolución francesa tuvo tanta importancia en el desenvolvimiento del derecho, no solo de Francia, sino de muchos países europeos y fuera del viejo continente, y no solo en materia constitucional sino en muchas ramas del derecho...(6)

El espíritu que reinó con la Revolución Francesa transformó totalmente al mundo, ideas como el derecho natural, las garantías individuales, una soberanía

que recaía en el pueblo, transformó totalmente la idea y la forma de ver las cosas, y la sociedad exigió para si nuevos derechos y un fundamental tipo de organización que le permitiera su vasto desarrollo.

El maestro Ignacio Galindo Garfias nos habla al respecto de la patria potestad, en los siguientes términos: "La patria potestad en el derecho francés ha acentuado el principio de la autoridad paterna en la familia legítima. En el Código Civil de 1804 otorga al padre el ejercicio de la patria potestad. Este poder se extingue a la mayoría de edad del hijo. A partir de la ley del 22 de Septiembre de 1942, la patria potestad concebida en Código Civil, como un poder de autoridad del padre, se transforma en una potestad que debe ser ejercida con interés común del patrimonio y de los hijos. Adquiere así la patria potestad un carácter de una función temporal, ejercida en interés del grupo familiar legítimo. También la ley del 22 de Mayo de 1946, proclama la idea de que los tribunales pueden privar del

ejercicio de la patria potestad al padre o la madre que por su conducta o por su salud puedan comprometer la formación adecuada de los hijos. A partir de esta ley de 1946, se acentúa la dirección del derecho francés hacia una mayor intervención de los tribunales en el ejercicio de la patria potestad y en el control de la misma. (7)

Si recordamos el contenido del derecho romano en que el padre tenía derecho incluso hasta de matar a sus hijos, venderlos, y en el derecho español en donde el padre podía empeñarlos e incluso venderlos, notamos ya en lo que es el derecho francés, un asentamiento directo y una gran protección a lo que es la integridad familiar legítima.

El pueblo francés notó claramente como la familia y el Estado tendrían que ser uno, y si dentro del seno familiar se estaba organizado, entonces tendríamos un Estado debidamente fuerte, con posibilidades de una larga vida.

Notamos como la integración familiar y el derecho constitucional, se van mezclando en esta idea francesa, para dejar una base ya mucho más amplia de lo que es la patria potestad.

Así, ya no se va a entender como un ejercicio de corrección o un ejercicio incluso de dar muerte al hijo, sino básicamente ya se toma la idea de una protección de los menores no emancipados en su persona y sus bienes.

Claro está, que necesitamos hablar un poco más de lo que es la integridad familiar en Francia, producto de la renovación francesa, y el logro del establecimiento del Estado Democrático que la revolución planteó desde sus orígenes.

Philippe Aries y Georges Duvy nos citan un pasaje histórico de integración familiar en Francia en la época de la revolución diciendo: "Después del matrimonio, el tiempo de vida privada se vuelve por

entero hacia el hijo. Muy pronto, empieza a aguardarse el embarazo, la llegada del bebé luego viene el bautizo, la educación y todo lo que lleva consigo, su instrucción y sus juegos. El ritmo de vida de la célula familiar se modela sobre su evolución. Se tienen pocos hijos pero éstos se convierten en un capital efectivo y social.

El mismo movimiento que lleva a una mayor intimidad conyugal conduce también a una más estrecha intimidad familiar. Paternidad y maternidad son valores en alza. Lo constataron los Grolcourt en jornal del 26 de marzo de 1860: el niño no está ya relegado, junto con la mujer al gineceo de otros hijos. Se le exhibe cuando no es más una criatura. Se ostenta orgullosamente el ama de cría. Es como un espectáculo que se ofrece de uno mismo y una ostentación de producción. En una palabra, se está la familia como se era, hace casi un siglo, ciudadano con grandes alales. (8)

Fue tan grande la evolución que sufrió la institución de la patria potestad en Francia, que incluso se atrevieron a que ya los tribunales en un momento determinado pudiesen privar del ejercicio de ese derecho al padre, por situaciones especiales ya sea su conducta o su incapacidad para ello.

Si en Roma la patria potestad no se acababa ni siquiera con el matrimonio o la mayoría de edad del sujeto, notamos cómo en el derecho francés esta situación cambia totalmente y ya existe una intervención social constitucional, para el hecho de establecer una pérdida de patria potestad en caso de que los padres tengan malas conductas o no puedan ejercerla suficientemente.

1.4 EN MEXICO.

Hasta este momento, hemos podido palpar cómo desde lo que es el derecho romano al derecho francés, se ha visto a la patria potestad desde muy diferentes puntos de vista, incluso son extremos cada uno de ellos, ya que mientras en el derecho romano la patria potestad era casi un patrimonio exclusivo del paterfamilias, en el derecho francés ya hay una intervención estatal o del gobierno del Estado, a efecto de vigilar la protección del menor frente a ese ejercicio de la patria potestad; cruzando claro está por un derecho de corrección que prevalecía en el derecho español, y consideramos que la base de desarrollo, en este momento podemos estar seguros que fue un derecho natural, y la integración familiar como base de la organización estatal.

Hecho o subrayado los elementos anteriores, vamos a pasar ahora a observar el movimiento o cómo llegaron estas ideas a nuestro país, y cual fue su desarrollo.

1.4.1 EN LOS CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

Una vez que la Guerra de Reforma termina y se consolida la Constitución de 1857 de carácter liberal, por la que se daba a toda la población la garantía de profesar el culto y la creencia que mejor les acomodara, en 1870 se logra una estabilización política, ya que la lucha por el poder se estatiza.

Para ese tiempo, el Presidente Benito Juárez logra establecer su gobierno suficientemente, y es entonces cuando en la época mexicana se da un tiempo pacifista, en virtud de que a la muerte de Juárez, sube Lerdo de Tejada y después hay una época de casi 32 años que fue el período de Don Porfirio Díaz, en la que la situación política de nuestro país estuvo suficientemente controlada.

Claro está que después surge la Revolución Mexicana, por tantos abusos de poder del Presidente Porfirio Díaz.

Al inicio de este período pacifista de nuestro país, se da a la tarea por iniciar nuestras nuevas legislaciones, y una de éstas es sin duda el Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1870, el cual básicamente establecía una obligación recíproca en cuanto a la patria potestad, esto es, se basaba más que nada en un deber de los hijos de honrar y respetar a sus padres, y por el otro lado, los padres de proteger a sus hijos.

El maestro Rojina Villegas cuando nos comenta esta legislación nos dice: "En realidad, la patria potestad iba a presuponerse para 1870 en la base de un conjunto de facultades, las cuales suponían también deberes, conferidos a quienes podrían ejercer la patria potestad como abuelos adoptantes según sea el caso, y que iba destinado a una protección al menor no emancipado, y esta protección iba a extenderse, tanto a su persona y bienes, y por otro lado, el menor tendría que responder con afecto y gratitud."(9)

Ahora bien, en el momento en que Don Porfirio Díaz toma el poder, se empezaron a estructurar nuevas formas de leyes convenientes para su sistema, es el caso del Código Civil para 1884, el cual iba a establecer en sus artículos del 363 al 402 la reglamentación que iba a regir para el ejercicio de la patria potestad.

Así, se decía que: "Los hijos, cualesquiera que sea su edad, estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes; (363 del Código Civil 1884). Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponde según la ley (artículo 364). La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos (artículo 365). (10)

Los padres, la madre, el abuelo materno, paterno; la abuela paterna y materna, también podrían ejercer la patria potestad en ausencia de los primeros, y solo la muerte, la declaración de una

ausencia, podrían dar parte que alguna de estas personas entrara a ejercitar o ejercer la patria potestad.

Un dato interesante que encontramos y que se refiere a nuestro tema de tesis, es que en el capítulo tercero se habla de la forma de acabarse y suspenderse la patria potestad, y dentro del capitulado, encontramos que existen formas de acabarse, de perderse, de una suspensión judicial y de una suspensión propiamente dicha. Vamos a pasar a transcribir los artículos que establecen estas formas, para después analizarlos.

Dice el artículo 268 que: La patria potestad se acaba por la muerte del que ejerce... Por la emancipación; por la mayoría de edad; la patria potestad se pierde, cuando quien la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho; o en los casos señalados en los artículos 245 y 248; el artículo 245 dice: Ejecutado el

divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable; y el artículo 248 establece: El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo su poder y derechos sobre las personas y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente...

Los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce o modificar su ejercicio si se trata a los que están en ellas con excesiva severidad, no los educa o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptos (artículo 390); la patria potestad se suspende por incapacidad declarada judicialmente, por ausencia declarada en forma, por sentencia condenatoria (artículo 391). (11)

Nótese que las causas de pérdida de lo que es la patria potestad que mencionaba el código de 1884, carecen de una situación que se identifique al derecho natural de paternidad.

En tal forma que aquél que es condenado a la pérdida de tal derecho, ha de tener que sufrirla, claro está que el artículo 389 fracción primera del Código Civil de 1884, no menciona las causales de pérdida sino se refiere básicamente al divorcio, y a quien haya dado la causa para el mismo divorcio, aunque el juez no estaba obligado en los casos de divorcio, a establecer una pérdida de la patria potestad a aquél quien hubiera dado motivo para el divorcio.

Así, notamos como la pérdida de la patria potestad, va a estar directamente enlazada con situaciones de divorcio.

1.4.2 EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

En esta época, en que la Revolución Mexicana se consolida a través de la promulgación de nuestra Constitución de Querétaro en este mismo año, el propio Venustiano Carranza establece una legislación muy especial que se va a referir única y exclusivamente a las relaciones familiares.

Esta es la Ley sobre Relaciones Familiares expedida el 9 de Abril de 1917 por el Primer Jefe del Ejército Nacional Don Venustiano Carranza.

Al respecto, el maestro Manuel Chávez Ascencio, nos explica algo que consideramos interesante; dicho maestro expresa: "La Ley sobre Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria y destructora del núcleo familiar, ya que ellas se establecen en un divorcio en cuanto al vínculo, y aunque trata de ser protectora en algunos casos como es la patria potestad en el que se basa en el principio de protección a los menores no emancipados en cuanto a su persona y bienes se refiere, establece también sistemas para que esta misma patria potestad se pueda dar en los casos de concubinato, y separa entre los conceptos custodia y patria potestad. (12)

A pesar de que la Ley de Relaciones Familiares, va a repetir algunas de las disposiciones de la legislación de 1884, ésta tiene un avance

substantial, ya que se empieza a hacer distinciones dentro de lo que es la custodia de los hijos, y en relación el ejercicio de la patria potestad, claro está que permanece con esa idea protectora para sus hijos en sus bienes y sus personas hasta en tanto éstos no sean emancipados.

Situación que se ha conservado hasta nuestros días como veremos en la Legislación de 1928.

1.4.3 EN EL CODIGO DE 1928 Y SUS REFORMAS.

El primer paso que significaba la compilación de todas las legislaciones en la Ley de Relaciones Familiares del 17, se vió ya muy opacado, y hubo una necesidad de establecer de nuevo una integración con el Código Civil, de todas las circunstancias que planeaba la Ley de Relaciones Familiares del 17, por lo que se implementó un cuerpo de leyes, en la que claro está, se prevenía la circunstancia de la patria potestad.

El maestro Ignacio Galindo Garfias, nos explica esta situación con las siguientes palabras: "El Código Civil de 1928 vigente en el Distrito Federal, establece que el ejercicio de la patria potestad compromete conjuntamente al padre y a la madre en primer lugar; a falta de ambos la patria potestad será ejercida por el abuelo y la abuela paternos y a falta de éstos por el abuelo y la abuela maternos. Nuestro Código, organiza la patria potestad, como un cargo de derecho privado de interés público.

Aún cuando el ejercicio de la patria potestad se confiere a ambos progenitores, nuestra legislación establece una división de poderes y facultades que deben ejercerse separadamente uno de los progenitores, sino que las cargas, los deberes y facultades que imponga la patria potestad deben ser cumplidos completamente por el padre y la madre, siempre mirando por la educación y la formación del hijo. (13)

Nótese que la nueva estructura que se va a establecer en la legislación actual, tendrá que partir sobre la base de aquel respeto de honra a los ascendientes, que ya presuponía la legislación desde 1870. Así, los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Esta disposición, se ha encontrado y ha permanecido así desde que la composición o estructuración del Código de 1870, incluso, la Ley de Relaciones Familiares de 1917, la planteaba en su artículo 238 tal como hoy la conocemos.

Ahora bien, el contenido de lo que es el capítulo de la patria potestad, sufrió modificaciones en la del 31 de Diciembre de 1953, siendo publicadas éstas en el Diario Oficial del 9 de Enero de 1954, a través del cual se reformó el artículo 426, el cual venía del establecimiento de la ley de Relaciones Familiares del 17 en su artículo 248. y habla de los efectos de la patria potestad, y se reformó así:

"Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por la madre y por el padre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de 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.(14)

Esta reforma al capítulo de la patria potestad, la tenemos actualmente, sigue estando vigente, y otras de las reformas y que podemos citar a todo lo que es el capítulo de la patria potestad, es la publicada en el Diario Oficial el 28 de Enero de 1970, la cual reformó el artículo 438 que hablaba del usufructo, y también el artículo 443 el cual expresa las formas en como ha de acabarse la patria potestad estableciendo la emancipación derivada del matrimonio.

Ahora bien, en este Código de 1928 ya se empieza a estructurar algunas causales por las cuales se va a

perder la patria potestad, estas mismas ya iban a estar un tanto cuanto relacionadas en las fracciones uno y dos de la Ley de Relaciones Familiares, en su artículo 259; esta Ley de Relaciones Familiares de 1917 de la que hicimos un esbozo panorámico en el inciso anterior, sin duda es el antecedente directo de la nueva legislación civil, y por tanto, se identifican plenamente los artículos que se contenían y los que ahora rigen o están en vigencia.

Incluso, de lo que fuera la legislación de 1870, 1884, la de 1917 y en la de 1928, por lo que se refiere a la situación de la patria potestad, ésta no ha sufrido grandes variaciones.

Por lo anteriormente expuesto, debemos de tomar en cuenta que por el momento no entramos a establecer las formas en cómo se pierde, se acaba o se suspende la patria potestad, ya que para eso tenemos un capítulo especial; basta que hayamos extraído el desarrollo histórico, que era el objetivo de este primer capítulo.

Por lo que podemos decir que desde los inicios de la patria potestad, ésta iba a estar considerada como una pertenencia total al paterfamilias, el cual podía incluso matar al hijo sin tener problemas; luego con el desarrollo, este derecho se fue transformando en un derecho más que nada de corrección, para quedar como un derecho de protección hacia el menor tanto en sus bienes como en su persona; y en nuestra legislación mexicana, este derecho no solamente es de protección, sino está soportado en efectos recíprocos de los hijos al padre, ya que los menores también tienen la obligación de guardar respeto y obediencia a sus ascendientes, y éstos a su vez de proporcionarles la seguridad y protección a su persona y sus bienes.

- 1.) Nordase José.- "Elementos de Sociología". México, Editorial Selector, 21, Reimpresión 1989 Pág. 2 y 3.
- 2.) Ventura Silva Sabino.- "Derecho Romano". México, Editorial Porrúa, S.A. Octava Edición 1985, Pág.91.
- 3.) Petit Eugenio.- "Tratado Elemental de Derecho Romano" México, Editorial Nacional 1975, Pág. 101.
- 4.) Galindo Garfias Ignacio.- "Derecho Civil" México, Editorial Porrúa, S.A.- Segunda Edición. 1976, Pág. 658.
- 5.) Escrihe Joaquín.-"Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia".- Madrid. México, Cárdenas Editor.- Segunda Edición 1986 Pág. 1333
- 6.) Florís Margadant Guillermo.- "Panorama de la Historia Universal del Derecho". México, Editorial Porrúa.- Tercera Edición. 1988 Pág.263
- 7.) Galindo. ob. cit, Pág. 659
- 8.) Aries Philippe y Duvy Georges.- "Historia de la Vida Privada".- México, Editorial. Taurus, Reimpresión 1992, Pág. 294
- 9.) Rojina Villegas Rafael.- " Compendio de Derecho Civil". México, Edit. Porrúa. Décima Octava Edición 1982, Pág. 325

- 10.) Colección de Códigos y Leyes Federales.
Código Civil, México, Edit. Herrero Hermanos
1884, Pág. 72.
- 11.) Colección Ob, Cit, Pág. 76.
- 12.) Chávez Ascencio Manuel.- "La Familia en el
Derecho". México.- Edit. Porrúa.- Seg. Edición
1990, Pág. 315.
- 13.) Galindo, Ob. Cit. Pág. 658
- 14.) Código Civil.- Edit. Andrade 1981, Pág. 96

CAPITULO II DEL DERECHO FAMILIAR EN RELACION CON EL DERECHO NATURAL Y EL ESTADO

Desprendiéndose de las observaciones que hemos hecho del capítulo anterior, es necesario tomar en cuenta toda esa concepción que rodea al Estado, y en especial a un elemento constitutivo de éste como es la relación en la cual radica la familia como el núcleo más pequeño de la misma.

Ahora bien, debemos de considerar otro elemento más como es el derecho natural, en forma aislada, con el fin de relacionarlo tanto en los conceptos del derecho estatal, como del derecho natural para demostrar cómo el Estado, debe evitar estar interesado en la integración familiar, y que la patria potestad lejos de ser solo el derecho más que nada, emerge de una relación de parentesco soportada por el derecho natural.

Por estas razones veremos el estudio tanto de la familia en el derecho constitucional, como en el

derecho natural, la filiación y sobre todo la importancia jurídico social de la integración familiar.

2.1 LA FAMILIA COMO ORIGEN DEL ESTADO.

En todo lo que es la estructura estatal, básicamente surgen tres elementos característicos: una población que se asienta en un territorio determinado, la cual para lograr su organización establecen un gobierno con el fin de regular la actividad social.

De lo anterior, nos lleva a tratar de buscar los elementos constitutivos del Estado, enfocando directamente a la población para relacionarla con la familia.

El Maestro Ignacio Burgoa nos explica el texto de los elementos formativos del Estado en lo siguiente: "en el estado convergen elementos

formativos, o sea, anteriores a su creación como persona moral o jurídica, y elementos posteriores a su formación, pero que son indispensables para que cumpla su finalidad esencial. Dentro de los primeros se encuentran la población, el territorio, el poder soberano y el orden jurídico fundamental, manifestándose los segundos del poder público y en el gobierno."(1)

Sin que exista la población, nos ofrece establecerse el concepto de sociedad, de hecho, el territorio, el gobierno y el poder público se hacen por y para la sociedad y la población.

Y esta sociedad de población, va a tener directamente sus orígenes en la "gens" familiar. En toda esta serie de vínculos que se van estableciendo para el efecto de que se identifiquen los intereses y criterio de valor entre los entes de la población.

De tal forma que no podemos seguir adelante si no tenemos por lo menos una definición de lo que la familia debe de ser.- El maestro José Nodarse, nos define a la familia con las siguientes palabras: "El concepto de sociedad resulta de sobremanera imprecisa por su extraordinaria amplitud, pues puede designar lo mismo la unión formada por dos individuos, que mantiene relaciones conyugales definidas de la totalidad de los hombres que poblan la tierra...Vamos a ceñir ahora el concepto de sociedad a una clase de agrupación humana permanente, y tiene una cultura definida y un sentimiento y una conciencia más o menos vivos los vínculos que unen a sus miembros en la cooparticipación de intereses, actitudes, criterios de valor, etc... sociedad es cualquier grupo humano relativamente permanente, capaz de subsistir en un medio físico dado con un cierto grado de organización que asegura su perpetuación lógica y el mantenimiento de una cultura que posee además, una determinada conciencia de su unidad espiritual e histórica." (2)

No cabe duda que en el vínculo más estrecho en donde los intereses, actitudes, criterios de valor e identificación entre los seres humanos, se va a dar en lo que es la familia.

La gens, que ha ido evolucionando, y ha establecido grupos compactos que se identifican plenamente en los criterios de valor citados, y que de alguna manera van a formar parte de ese cuadro necesario para que exista una organización que da el derecho, y que dicha familia respete el derecho para lograr su subsistencia o permanencia dentro de la comunidad en donde se desarrolla.

La familia, sin lugar a dudas es el núcleo más pequeño de toda sociedad, es el núcleo o la célula de un elemento llamado población que es uno de los principales que dan la estructura al Estado.

Federico Engels al comentarnos esta evolución de la familia en Roma, nos explica: "según la leyenda de la fundación de Roma, el primer establecimiento en el territorio se efectuó por cierto número de gens latinas, reunidas, formando una tribu; bien pronto uniéndose a ella una tribu sabelia, que se dice consta de cien gentes; y por último otra tercer tribu compuesta de elementos diversos, también de cien gentes. El remate entero manifiesta a primera vista que ahí no hubo nada espontáneo fuera de la gens y que, en muchos casos, ésta no fué sino un emjambre de las familias madres que continuaban en el antiguo país que nació. Aunque compuestas en su mayoría de elementos no extraños a ellos y con arreglo al modelo de la antigua tribu, cuya formación había sido natural y no ficticia; no por eso dejan de llevar las tribus en la frente el sello de su composición artificial, lo que no excluye la posibilidad de que el número de cada una de estas tribus, pudiera ser una tribu antigua realmente. El miembro intermedio la fratría, constaba de diez gentes y llamábase curia; luego había treinta curias.(3)

Podemos ver cómo esa unión de familias, va a producir una tribu, que van a estar unidas por ideales, criterios de valor, identificación en cuanto a costumbres, etc. etc. y que dada esa identificación, se van a unir y a permanecer unidas formando una tribu la cual es el antecedente de la formación de un elemento para la integración del Estado como es la población.

De lo anterior, que el grupo de gentes de familias, va a ser sin duda la estructura básica de un elemento poblacional para la integración del Estado, requisito necesario para la existencia misma.

Por lo anterior, resulta evidente que mientras una sociedad proteja con mayor incidencia y seguridad jurídica ese pequeño núcleo de familia que le da origen al elemento de población, mayor consistencia y unidad tendrá dicha población, y por supuesto, que la estructura estatal podrá ambicionar a una consolidación más evidente.

2.2 LA FAMILIA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Debemos de hacer hincapié cómo el derecho constitucional de naturaleza eminentemente pública porque interesa toda la sociedad, va a tratar de sistematizar o normar totalmente a la familia dándole una gran protección a la misma, para que ésta pueda subsistir armónicamente.

Vemos como nuestro derecho constitucional en el Artículo 4o. de nuestra Carta Magna, defiende la integridad familiar más que nada con una misión directa de la composición del Estado o su estructuración.

Esto lo podemos explicar de la siguiente manera: Daniel Moreno al hablarnos de los conceptos del derecho constitucional nos dice: " Diversos conceptos se han utilizado para definir el derecho constitucional, pero existe un acuerdo en señalar que se trata de una rama de derecho público, y que su

finalidad es la constitución política y social del Estado, o de un estado determinado. Si lo buscamos en el sistema de normatividad, ya que todo derecho está integrado por normas podríamos dar otra definición, señalando que se trata de un conjunto de normas que tienen por objeto la organización del Estado y funcionamiento de sus poderes. (4)

Suficientemente, hemos ido palpando cómo al evolucionar la gens, se ha ido estructurando básicamente lo que es la tribu y la conformación de tribus que han dado un elemento al Estado como es la población. Este elemento poblacionario es el que va a tener acceso a la riqueza, al pago de impuestos y ser interés directo no solamente de la distribución de riquezas, sino también del mismo derecho.

En tal forma que este grupo de hombres, va a explicar la existencia de la población como un hecho natural, y esta población para su existencia, requerirá del derecho para su debida organización.

Veamos como la familia integrada, es la condición de existencia del Estado y la familia integrada también va a ser sujeta a protección del derecho constitucional, ésto es la importancia de una Carta Magna, donde se establecen la idea o la norma que intenta proteger a la familia.

Georges Burdeau, al explicarnos esta necesidad de población para la formación del Estado nos dice: " El régimen de estados se aplica a un grupo de hombres más o menos numeroso. Por lo tanto resulta evidente la afirmación que el Estado implica la existencia de una población aunque ésta es un hecho natural, sobre el cual las voluntades de los miembros no tienen ninguna influencia. Por otra Parte, Si bien es necesario que haya una población para que se forme un Estado, solo hecho de la población no tiene en sí un efecto sobre el nacimiento de la institucional estatal. Lo que sí es fundamental por el contrario, es la manera de ser de esta población... Las relaciones que unen a sus miembros, los fines que se proponen y sus sentimientos respecto de los jefes que los dirigen. (5)

Es en este momento en donde ya empezamos a subrayar la importancia jurídico social de la integración familiar, situación que analizaremos a profundidad en el inciso 2.7 la protección de la familia a través del matrimonio, o de otras normas, no solamente sirve para que la sociedad esté debidamente organizada sino para que el vínculo más pequeño de la población elemento del Estado se consolide y el Estado pueda subsistir en armonía.

Existe un nexo total entre la familia que va a vincularse y que es necesario conservar. De ahí la gran importancia del matrimonio de los esposales, del contrato, para el fin de que las parejas estén gozando de una cierta seguridad jurídica.

La familia en nuestro derecho constitucional está debidamente protegida en el Artículo 4o. de nuestra Constitución Política el cual en la parte que nos interesa dice: "El varón y la mujer son iguales

ante la Ley. Esta protegerá la organización y desarrollo de la familia.

Evidentemente que toda esa estructura del derecho constitucional primario que da a las personas sus garantías individuales toma en cuenta el vínculo familiar, le da importancia requerida y trata de que a través de otras legislaciones reglamentarias, la familia esté protegida.

Es esto sin duda otra de las justificaciones que podemos citar, para establecer esa necesidad jurídica social de normar la recuperación de un derecho tan natural como es la patria potestad que veremos a continuación.

2.3.- EL DERECHO NATURAL EN GENERAL

El derecho natural, será sin duda el punto de apoyo para nuestra propuesta final respecto de la

filosofía y la razón de ser por la cual consideramos se debe de establecer un marco jurídico para la recuperación de la patria potestad.

Sin duda, entre el padre, la madre y el hijo siempre va a existir esa relación o esa filiación natural, puesto que la sangre llama, y evidentemente a pesar de que en alguna legislación se haya declarado la pérdida de la patria potestad, de todos modos la relación padre e hijo subsiste y forma parte de lo que el derecho natural es.

Por lo anterior es indispensable que establezcamos una definición suficiente para entender el derecho natural en una forma general.

El maestro Rafael de Pina Vara, nos explica el derecho natural de la siguiente forma: "conjunto de las normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado.

La concepción de los que afirman la existencia de un derecho natural eterno inamovible igual para todos los tiempos y para todos los pueblos, es inaceptable. Atribuirles semejante carácter, es contrario a las socialidades históricas, que manifiestan que el derecho natural como el positivo está sujeto a transformaciones.

Las escuelas tradicionales contribuyen al derecho natural los caracteres de universal, absoluto e inmutable; las positivistas y racionalistas, consideran, como el positivo, relativo y mutable.(6)

Para nuestro criterio, consideramos que la idea de la escuela tradicionalista de definir a un derecho natural absoluto e inamovible, es cierta; la cuestión, que surge de la definición del Maestro de Pina, es que en el concepto de derecho natural esta vertido también en los llamados derechos del hombre, los cuales si se transforman dependiendo de la sociedad o del momento histórico en que se establecen.

Así, el derecho a la vida, a la alimentación, al trato digno; a tener padres, a tener hijos, es evidentemente un derecho natural que se ha manifestado o respetado, a lo largo de la historia humana; no así el derecho a la política, a la asociación, a la imprenta, a la libre expresión, a ser oído y vencido en juicio, etc. Estos son derechos del hombre que realmente se identifican con el derecho positivo, el cual es cambiante. De lo anterior existe una gran diferencia entre lo que es el derecho natural, ese derecho de nacimiento de vida, la prohibición de matar o robar, son derechos que han permanecido inalterables, y que en determinado momento, han seguido al hombre desde su existencia civilizada o cuando menos organizada; de ahí que podamos establecer un tipo que emerge por supuesto del derecho natural y que se convierte en los derechos del hombre, los cuales si son mutables y que se transforman con el derecho positivo dependiendo de la estructura social en que éstos se ven.

De lo anterior el Maestro de Pina Vara, en su exposición, nos ha definido tanto el derecho natural como el derecho del hombre.

Otra definición que podemos citar es la siguiente: " los derechos naturales son las libertades franquicias personales cuya justificación es el haber sido establecidas por la naturaleza (a veces identificada con la razón, concebida como reflejo de la naturaleza). Perteneciendo a la naturaleza de la humanidad, los derechos naturales fueron considerados innatos, inherentes e inalienables. Una reinterpretación moderna encuentra la justificación de los derechos naturales semejantes con la naturaleza, la sociedad y la cultura. " (7)

Cuando un ser nace, la primera filiación directa y sin dudas que se establece, es con la madre. Luego, si en un momento determinado el padre está consciente de que ese ser es su hijo, ha de nacer también, entre el nacido, la madre y el padre, una filiación más que de derecho, una filiación natural. Lo anterior

independientemente de que en la legislación escrita, se diga las formas y tipos de filiación. (que veremos en el inciso siguiente), de todos modos nace una relación directa natural entre padres e hijos. Y es esta base la que en ningún momento se va a perder, no obstante, cuanta legislación exista en contrario que trate que la patria potestad que proviene básicamente de una situación natural, pueda perderse.

El Maestro Preciado Hernández, por su parte nos apoya con la siguiente redacción de la concepción tradicional de el derecho natural: "La concepción tradicional del derecho natural resuelve satisfactoriamente el problema que consiste en determinar cual es el fin propio específico del derecho. De acuerdo con esta concepción, el derecho natural no es el mero sentimiento de justicia ni un código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios razonables que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias del hombre, y establecen las bases de selección de las reglas e instituciones

técnicas adecuadas para realizar esa finalidad en un medio social histórico." (8)

Nótese como en un concepto tradicional, se mezcla el derecho natural y los derechos del hombre; ya había dicho que el derecho natural se identifica única y exclusivamente con la naturaleza humana y cuando el hombre empieza a tener relaciones con toda la sociedad, deja de ser un derecho natural para convertirse en un derecho del hombre, claro está proveniente de una esencia natural que hace que ambos derechos se confundan con la práctica.

De lo anterior como dice el Maestro Preciado, el derecho natural va a responder a las necesidades del medio social, dependiendo de la época en que éstos se den. Evidentemente que nos está hablando de un derecho positivo, de un derecho del hombre. Pero gracias a esos criterios y principios razonables que presiden y rigen la organización humana, podemos tomar en cuenta su definición, ya que la misma va a intentar proteger todo ese contenido de la ley

natural, como es básicamente la conservación del ser y su relación con su medio social.

Ahora bien, para establecer directamente la intención de este inciso, vamos a citar las palabras del Maestro Javier Hervada, quien sobre el contenido de lo que es la ley natural, nos explica lo siguiente: "La ley natural podemos describirla como conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona.

Las tendencias o inclinaciones naturales, son parte de la estructura del ser humano; en concreto, son el momento dinámico de esa estructura. Representan, pues, el momento dinámico de la estructura fundamental o esencial del hombre, esto es, de la naturaleza humana, por eso son naturales. Lo que tiene relación con la ley natural no son las pasiones y los diversos movimientos espontáneos que

son detectables empíricamente, sino son aquellas inclinaciones que representa tendencias a los fines del hombre; solo la tendencia finalística dice la relación de la ley natural. (9)

La tendencia del derecho natural el fin que conlleva en un momento de relación de una concepción de un nuevo ser, es sin duda el darle una cierta protección, no solamente a los embates del medio ambiente, sino también a los de la sociedad misma.

Esa protección, como instinto o como tendencia natural, forma parte del derecho de la patria potestad, como veremos en el capítulo tercero.

Con lo anterior, debemos dejar claro, que si bien es cierto que surge una patria potestad natural, que tiene como tendencia la finalidad de la protección total del nuevo ser, también cierto es, que dicha patria potestad según nuestra legislación, (por los motivos que expresaremos en el Capítulo 4o.) previene situaciones transitorias que pueden pasar y

por lo mismo, el sujeto puede rehabilitarse e intentar recuperar en una forma, algo que según el derecho natural, jamás se puede perder.

2.4.- LA FILIACION EN EL DERECHO NATURAL, DEL HOMBRE Y LA FAMILIA.

Ya habíamos hablado sobre la filiación en el Capítulo Primero al establecer la evolución histórica de la patria potestad.

Habíamos visto que mediante la filiación, se crea esa relación que debe de existir entre padres e hijos. Vamos a observar un poco cuál es la situación concreta de la filiación, ahora frente al derecho natural, del hombre y de la familia.

Para empezar vamos a transcribir lo que el Maestro Sabino Ventura Silva, nos expresa acerca del derecho romano y la filiación legítima en los siguientes términos: "Estaban sometidos a la patria

potestad de un jefe familiar los hijos legítimos y los hijos también legítimos de los varones que estaban ya bajo su poder familiar.

Son hijos legítimos los hijos del padre y madre unidos en matrimonio. La maternidad es fácil demostrable por el solo hecho del parto. La paternidad fué en un principio firmada y obligada por el marido, descansó después de una presunción que pasó a las legislaciones modernas: La de considerar como procreados por el marido a los hijos dados a luz por la mujer después de 182 días de contraer el matrimonio y antes de 300 días de su disolución, aún cuando no se establecía la prueba en contrario". (10)

El parentesco, la filiación que se va a formar en el momento del nacimiento, es sin duda, el punto principal por medio del cual se relaciona la patria potestad. Ese poder de proteger, de darle a los hijos educación y éstos de alguna manera ofrezcan respeto a los padres, es el objetivo principal de esa filiación o parentesco. Así, existía una paternidad legítima o natural. De hecho, tenemos como en lo que

es el reconocimiento, si desde el día en que concibió hijos del matrimonio, los concebidos después de los 182 días de celebrado el matrimonio y antes de los 300 días de su disolución.

De lo anterior tenemos que se empiezan a forjar reglas mucho muy especiales sobre el tratamiento y composición no solamente de la filiación, sino también del reconocimiento de los hijos nacidos dentro o fuera de lo que es el matrimonio.

Ahora bien, el Maestro Galindo Garfias Ignacio, cuando nos habla respecto de la filiación, nos explica: " La filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre y la otra el hijo."

La norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación (Filiación Consanguínea) para crear esa particular relación de derecho entre los progenitores por una parte y el hijo por otra, y de aquel hecho biogenético, se desprende de un complejo

de deberes y obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación; el padre y la madre en un extremo de ellas y el hijo en otro extremo". (11)

El vínculo que se va a formar de parentesco, es la filiación; a través de éste, se une el padre, la madre con el hijo y se finca una relación que nace de un hecho biológico, como es la de procrear a un hijo y por lo tanto, nace no solamente legalmente, sino naturalmente, ésto es que la filiación se da de una forma legal, en el momento en que se da a luz; realmente surge en una forma natural.

El Maestro chileno Fernando Fuelle, nos explica con más precisión esta situación con las siguientes palabras: " La procedencia respecto de los padres, es un hecho natural que nadie podrá desconocer, por eso se afirma que la filiación en ese sentido existe siempre entre todos los individuos y se da de un hijo, de un padre y de una madre, como ley biológica inexorable.

El derecho, sin embargo, no extrae siempre un efecto jurídico de ese acontecimiento, por lo difícil que es comprobar tanto la paternidad como la maternidad, sobre todo la primera y porque aún comprobada, a veces no la considera el ordenamiento. Se podrá añadir todavía que en la procreación comprobada, los efectos son diversos según el antecedente de la unión entre los padres, extinguiéndose fundamentalmente si están o no ligados por matrimonio, hecho previo que adquiere carácter esencial.

Así, el estado de filiación es la especial posición que el individuo ocupa en la familia como hijo al igual que estado de familia es la oposición conjunta de individuos como miembro de ésta". (12)

La procedencia es sin duda un hecho natural, la procreación va a dar un parentesco natural al cien por ciento, lo reconozca o no lo reconozca la ley,

incluso en problemas de reconocimiento de menores, también debemos de considerar que la madre jamás va a poder desconocer a su hijo, en cambio el padre tiene una situación muy especial, por lo que, existen hasta juicios de paternidad, en la búsqueda e investigación del padre de la criatura.

2.5.- LA FAMILIA COMO INSTITUCION JURIDICA.

Es indispensable para nuestro estudio, el establecer una naturaleza jurídica de la familia como la institución que es.

Vamos a expresar las palabras del Maestro Rafael Rojina Villegas, quien sobre el particular y el problema fundamental del derecho familiar nos comenta: " Consideramos que el único criterio firme que nos permite definir, es una norma de derecho público o privada, hablar de la diferencia de la naturaleza de los sujetos de conducta, es objeto de regulación. Todas las normas que tienen por objeto estructurar al Estado, y definir sus órganos, funciones y relaciones entre los mismos o con los

particulares, así como las que se originen entre los diferentes estados de la comunidad internacional, tienen que ser normas de derecho público. En una palabra, el derecho público es el derecho del estado, en cambio, todas las normas que regulen la conducta de particulares, independientemente del interés en juego o de la igualdad o desigualdad de su situación jurídica, son normas del derecho privado, por no referirse a ninguno de los aspectos de la estructuración jurídica del estado.

Partiendo de este criterio, podemos considerar que el derecho de familia, pertenece por entero al derecho privado, no obstante que tutela intereses generales o colectivos, siendo sus normas irrenunciables.

Ubicar el derecho de familia dentro del derecho privado en general, llegamos al centro del problema consistente en determinar si corresponde al derecho civil regular bajo un mismo sistema de normas, tanto a los problemas de orden patrimonial que se presenten entre particulares, cuando los de naturaleza familiar

que tienen una especial caracterización aún cuando tengan, en algunos casos, consecuencias de orden económico."(13)

Que si la institución jurídica familiar, responde al derecho público o al privado, es uno de los problemas a resolver en este inciso, que si en algún momento determinado existe una notoria intervención del Poder Público o presenta características del derecho público, el derecho de familia, si lo es, en virtud de que es un interés para la sociedad y para el Estado, el tener integrada a la familia, ésto es que no solamente pase a formar parte de la sociedad misma, sino que su estructura se conserve y sea protegida por la legislación en general.

Ahora bien, debemos de considerar también, que todos los derechos y obligaciones son de naturaleza privada, de los que tienen una característica que los asemeja mucho a la cuestión pública como son los derechos irrenunciables e imprescriptibles, razón por la cual se establezca eficientemente, cómo va a ser

la situación jurídica de la institución familiar, ya que actualmente sentimos, está pasando más al interés público que al privado.

Respecto de la necesidad de reforma, nos habla Julián Gúitron Fuentevilla, en los siguientes términos: " Reformar el derecho familiar, es impedir la formación de los hijos en botín para el mejor postor, al decidir los conflictos de patria potestad, custodia y guarda de los mismos. Son los deberes conyugales de darse alimentos o de cometer el fraude a la ley por medio de supuestas pensiones alimenticias que no se pagan o que se cubren en la forma señalada por la misma ley. Es evitar que los deberes jurídicos, derivados de los parentescos de consanguinidad, afinidad civil, que se den al arbitrio de quien debe cumplirlos y no como la ley señala, con sanciones, que pueden imponer hasta con penas de cárcel, administrativas o multas, según el caso.

Reformar el derecho familiar permitirá sectorizar la importancia de la justicia, dotándola

en el país, de los atributos jurídicos necesarios en cada entidad federativa, así como crear la carrera de Juez Familiar, la separación en enseñanza universitaria del derecho familiar del civil, crear los Juzgados Federales Familiares, Salas y sobre todo la tan necesaria Sala del Derecho Familiar en la Suprema Corte de Justicia de la Nación." (14)

Hay que subrayar y hacer notar todas estas circunstancias; es necesario tener en mente en forma clara, como en la misma práctica, ya sea que exista una reforma en el derecho familiar que establezca la verdadera institución jurídica de la familia, esto es, que el derecho público ingresa con mayor fuerza a lo que es el derecho familiar, para la importancia que éste tiene para la cuestión constitucional de la que ya hablamos en el inciso 1o. y 2o. de este mismo Capítulo.

Ahora bien, otra idea respecto de esta institución jurídica familiar, nos la proporciona el Maestro Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro

Baéz, al manifestarnos lo siguiente:
"Tradicionalmente, la revelación de las relaciones familiares, se ha ubicado dentro del derecho civil, en la parte correspondiente a las personas y el concepto de familia sobreentendido en tal regulación, no tuvo una connotación precisa y reconocida por los ordenamientos jurídicos. No es hasta principios de este siglo cuando; se destaca el concepto de familia como un concepto social, en contrapartida del concepto individualista que había de venir imperando la legislación. Este cambio de enfoque, se tradujo en la penalización del concepto del derecho familiar o de familia...

Para fundamentar el argumento que supone, que el derecho de familia como disciplina reúne caracteres que se asemejan al derecho público, así, se dice:

a).- Que es notoria la intervención del poder público en las relaciones familiares, las que no pueden dejar de resolverse con la intervención de la gente

estatal, ya sea administrativo o de registro civil, judicial o familiar.

b).- Que el concepto de función propia del derecho público, es característico de las relaciones familiares, que los derechos son recíprocos y dados para el cumplimiento de los deberes correspondientes. Por ejemplo, del deber de dar alimentos es recíproco, ya que es deber y es derecho, y las facultades del padre de familia son otorgadas por el Estado para que cumpla con sus deberes como tal.

c).- Que los derechos y deberes otorgados y establecidos mediante una norma de esta naturaleza, para regular las relaciones familiares, son irrenunciables e imprescriptibles. Ello indica que la sola voluntad de los sujetos, no puede alterarlas o suprimirlas y que, además, muchas de las facultades no se pierden al simple transcurso del tiempo. " (15)

La familia como una institución jurídica, realmente tiene su esencia en el derecho privado, pero actualmente debido a los grandes problemas que

la familia ha pasado, y que se ha notado la gran importancia de la familia para toda la sociedad, el interés público es evidente y salta a la vista, tan es así, que en la actualidad ya incluso existen Defensorías de Oficio en el derecho familiar, a efecto de que las personas estén suficientemente bien asistidas para cualquier tipo de controversias.

Esto, se asemeja mucho a lo que es el derecho penal, en donde también se tiene que nombrar un Defensor de Oficio.

En tales conceptos tenemos cómo a pesar de ser evidentemente una institución de derecho privado, podemos relacionarla con un interés público de la sociedad en general, para el hecho de que no solamente los menores de edad estén asistidos, sino que se concede la integración familiar como una necesidad de estado.

2.6.- LA IMPORTANCIA JURIDICA Y SOCIAL DE LA INTEGRACION FAMILIAR.

Hasta este momento, hemos visto como el derecho familiar va a intentar regular los derechos y obligaciones dentro del contexto familiar, pero, no eran presionados los objetivos directos de este tipo de derechos, por lo que, consideramos necesario subrayar la gran importancia que ha de tener para la sociedad y para el Estado, la integración de la familia.

Es necesario, considerar también, que los niños producto de las familias desintegradas, van a ser las víctimas primeras y de donde va a surgir un maltrato a los niños como un fenómeno actual de nuestra sociedad y que serán sin duda futuros delincuentes, que pondrán en jaque a la sociedad en una forma global.

De ahí, la gran importancia de conservar integrada a la familia en una forma general.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

El Maestro Lieberman, nos habla al respecto de la necesidad de una familia para los niños, en los siguientes términos: " Ningún niño puede existir sin su familia, ya sea propia o adoptiva incluso en residencias de grupos y en instituciones infantiles, el personal usualmente intenta simular un grupo familiar lo bastante pequeño para permitir relaciones personales estrechas. La familia constituye el campo psicológico más importante del niño; es su refugio y una fuente de afectos y de identidad e identificación.

La confianza del niño es solo una de las funciones familiares. Para todos los grupos de edad, desde el nacimiento hasta la muerte, la unidad familiar es la encargada de atender las necesidades básicas, como es el alimento y el vestido, desde el personal, patrones edificantes de amor, amistad y afecto; de satisfacer las necesidades psicológicas fundamentales y de intuir un sentido de respeto y dignidad. La familia transmite asimismo cultura y valores y cada una tiene sus propios patrones y metas y formas de interactuar y de cumplir sus funciones,

además de su propio sistema de fantasía y creencia, ya que son conscientes o inconscientes acerca de la naturaleza humana y de las relaciones entre los hombres que son tranquilidad de una generación a otra. Es el conjunto de creencias que no es ni falso ni verdadero, representan la versión de la realidad y de la familia en particular. El lenguaje de las ideas del niño en edad de lactancia, reflejarán los patrones familiares y una buena parte del comportamiento del pequeño, será de adaptación a tales influencias externas, en las que hay sanciones y provisiones culturales." (16)

La gran importancia de la integración familiar, será sin duda no solo benéfica para el Estado en sí para que se conserve el núcleo, sino más que nada para la protección, sostenimiento y apoyo de las nuevas generaciones, es importante la integración familiar para que las futuras generaciones, no tengan el problema drástico de sufrir traumas psicológicos, que los hagan en un momento determinado, delincuentes e irresponsables o alguna otra situación.

María Nieves Pereira de Gómez, también nos explica la necesidad de integración jurídico social de la familia, en los siguientes términos: " El estudio de las relaciones familiares no es un tema nuevo. Su interés crece cuando los psicoanalistas se proyectan en la familia. La psicología pretende adentrar en el pequeño círculo familiar para estudiar a cada miembro en relación con los demás.

Lo que mejor define a este pequeño grupo social, tan concreto, es la consistencia de dos grupos de seres, padres e hijos, entre los cuales existe relación de creadores de descendientes. Estas relaciones vienen a hacer la característica primaria en que se apoyan todos los tipos de relaciones. De éstos se deriva así a su vez, intrincados de influencias que los padres proyectan a sus hijos, que es perfilando una manera de comportarse y decidir y ser, que es en lo que se resuelve, en definitiva su personalidad." (17)

Es patria potestad, esa paternidad, el parentesco, la ley natural que une al padre y al hijo, va a ser que se ejerza una protección sobre de éste último que haga que pueda darse un hombre de bien para la sociedad en el futuro.

Si en algún momento la familia está desintegrada, incluso, tiene sus problemas graves suficientes, cuando el padre ha perdido la patria potestad, no es la sanción al padre sino la sanción va directamente al niño, al menor de edad que se deja sin esa protección, sin ese afecto psicológico del padre, y el perjudicado no solamente es el menor de edad, sino a futuro es la sociedad en sí, porque se crea entonces un ser desadaptado inajustado a las circunstancias normales que va a intentar delinquir o va a ser propenso a situaciones ilícitas.

De lo anterior, existe una estrecha relación entre lo que es el derecho natural, el derecho de la familia y el Estado, una forma general, los cuales se van a interrelacionar muy íntimamente y los efectos que sucedan dentro de la familia evidentemente que van a afectar a toda la composición estatal.

- 1.) Burgoa Ignacio.- "Derecho Constitucional Mexicano". México.- Edit. Porrúa.- Séptima Edición Pág. 97.
- 2.) Nordase José.- "Elementos de Sociología". México, Edit. Selector 21a. Reimpresión. 1989, Pág. 2 y 3
- 3.) Engels Federico.- "Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y el Estado".- Edit. Mexicanos Unidos. Primera Edición, 1977, Pág 137.
- 4.) Moreno Daniel.- "Derecho Constitucional Mexicano". Edit. Pax México, Décima Edición, 1968, Pág.1
- 5.) Bordeau Georges.- "Tratado de Ciencia Política". México.- UNAM, Tomo II, Volúmen 1, 1985, Pág.157.
- 6.) Pina Vara Rafael De.- "Diccionario de Derecho". México, Edit. Porrúa, Décima Segunda Edición, 1980, Pág. 144 y 145.
- 7.) "Diccionario de Sociología".- Varios Autores. Fondo de Cultura Económica, Décima Reimpresión. 1984 , Pág. 90.
- 8.) Preciado Hernández Rafael.- "Lecciones de Filosofía del Derecho".- México.- Edit. Jus Vigésima Edición, 1989, Pág.243.
- 9.) Hervada Javier.- "Introducción Crítica del Derecho Natural".- México.- Editora de Revistas, S, A. DE C.V. - Primera Edición, 1985, Pág. 144 y 145.

- 10) Ventura Silva Sabino.- "Derecho Romano ". México, Edit. Porrúa.- Octava Edición. 1985, Pág. 83
- 11) Galindo Garfias Ignacio.- "Derecho Civil". México, Edit. Porrúa.- Novena Edición, 1989, Pág. 605.
- 12) Fuelle Laneri Fernando.- "Derecho Civil". Santiago de Chile.- Edición.- Derecho de la Familia. Tomo VI, Volúmen III Pág. 303 y 304.
- 13) Rojina Villegas Rafael.- "Compendio de Derecho Civil". México.- Edit. Porrúa, Décima Octava Edición, 1982, Pág. 201.
- 14) Güitrón Fuentevilla Julián.- ¿Qué es el Derecho Familiar ?.- México.- Promociones Jurídicas y Culturales, S.A. Tercera Edic, 1987, Pág. 19 y 20.
- 15) Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía Derecho de Familia y Sucesiones", México.- Edit. Haría.- Primera Edición 1990, Pág. 11.
- 16) Lieberman Florence.- " Trabajo Social, El Niño y su Familia".- México.- Tercera Reimpresión 1987, Pág. 33 y 34.
- 17) Pereira de Gómez María Nieves.- "La Percepción Familiar del Niño Abandonado" México, Edit- Trillas Primera Reimpresión.- 1981.- Pág. 13.

CAPITULO III.- LA NATURALEZA DE LA PATRIA POTESTAD

Para este Capítulo, vamos a tratar ese derecho que criticamos y en un momento determinado, una de las personas que lo ejercen lo podrían perder, nos referimos a la patria potestad.

Para poder explicar las situaciones que rodean a la patria potestad, hemos dividido nuestro capítulo en cinco incisos en donde tocaremos su definición, fundamentación, sujetos, efectos y responsabilidades, lo que nos permitirá tener una visión panorámica de lo que es la patria potestad, como son los derechos y obligaciones, situación que en el capítulo siguiente nos servirá para tener elementos suficientes que nos permitan examinar esas causas que entorpecen el ejercicio de la patria potestad y poder proponer vías y formas mediante las cuales se pueda recuperar ese ejercicio.

Todo lo anterior en virtud de que hablar de la pérdida de la patria potestad, consideramos es un

error ya que no se puede perder tan fácilmente la unión y mucho menos la filiación consanguínea; en tal virtud, debemos de tomar en cuenta que todo ese conjunto de derechos, obligaciones y atribuciones que la ley otorga al padre y a la madre sobre una persona o los bienes de sus hijos menores que no estén emancipados, será sin duda ese tipo de ejercicio sobre la persona que independientemente se puede dar sobre el menor de edad y se tengan obligaciones directas y derechos, consideramos que la filiación consanguínea jamás se va a perder y éste es un derecho natural, el hecho de que el padre pueda en un momento determinado, orientar a su hijo.

El Maestro Julián Gutiérrez, al hablarnos de esta situación, expresa un conflicto jurídico respecto a la pérdida de la patria potestad, menciona: "El hablar de la pérdida de la patria potestad, a nuestro juicio, es un grave error del derecho familiar y cuando se ha convertido en derecho positivo vigente, de aplicación cotidiana, es más grave aún. Si entendemos que la patria potestad solo puede ser

ejercida por el padre o la madre y en ausencia de éstos por los abuelos paternos o maternos, indistintamente, debemos entender que la ley le ha dado una de las características más importantes a este ámbito de la familia. Siguiendo: los hermanos, los tíos y otro tipo de parientes los que puedan ejercer la patria potestad, es el padre, la madre o los abuelos; pero es tan grave que el legislador, desde luego siguiendo a los modelos extranjeros y específicamente al Código Civil Francés... Que es más grave perder el hijo a su padre, o el padre al hijo. Quizás el legislador, y esa es una de las fallas que debemos de señalar de la patria potestad, no tomó en cuenta al hijo y considera fundamentalmente la sanción hacia el padre, pero vale la pena reflexionar: Perder la patria potestad significa perder al padre o a la madre, desde nuestro punto de vista pierde más el hijo que el padre. ¿ Por qué ? simplemente porque el hijo no tendrá la orientación, la formación, los requerimientos necesarios para hacer de él un ciudadano de bien. Se puede argumentar que hay casos de los expósitos en que ni el padre ni la madre merecen ese calificativo, y sin embargo los

vínculos consanguíneos, de la formación de los hijos, son indisolubles, cuando la familia se enfrenta en el caso específico del matrimonio, a un divorcio, completamente la ley disuelve ese matrimonio, pero no a la familia, porque los vínculos creados lo van a hacer para siempre. (1)

Nótese como ya un Autor actual y contemporáneo, nos da y nos concede completamente la razón respecto de nuestro punto de vista a nuestra tesis, ésto es, existe una necesidad jurídico social que da la recuperación de la patria potestad. posteriormente analizaremos como no van a ser permanentes y que van a responder a diferentes situaciones, a una realidad que pueden ser corregida y rectificarse; que conforme al derecho natural y a los antecedentes vistos en el capítulo I veremos como la patria potestad, no debe de perderse, sino solamente suspenderse.

3.1.- DEFINICION Y CONTENIDO DE LA MISMA.

Para lograr una definición completa y observar su contenido jurídico, vamos a conocer algunas definiciones de otros autores que nos permitan tener los fundamentos jurídicos para poder establecer la nuestra.

Uno de los primeros autores que nos proporcionan algo al respecto sobre la patria potestad es el Maestro Ignacio Galindo Garfias, quien sobre la definición nos dice: "La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una Institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores emancipados y la filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, hijos habidos fuera de él o hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ya ha quedado establecida legalmente la filiación consanguínea o civil.

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

La patria potestad es una institución necesaria que da presión al grupo familiar. Las antiguas legislaciones, surgían legalmente solo en los hijos de la familia legítima; no se establecía respecto de los hijos naturales. En este Código Civil, la patria potestad es una institución que nace de la relación paterna filial. De esta manera la Ley ha querido tener y proteger a los hijos, no depende de la existencia del vínculo matrimonial sino de la procreación, o de la adopción que se impone a cargo de los padres, la ineludible responsabilidad de crearlos y a educarlos convenientemente". (2)

Vamos a encontrar que la patria potestad no solamente va a ser conjunto de derechos y obligaciones que rodean una relación filial entre el padre y el hijo, si no va más aún a una esfera educacional mediante la cual en un momento determinado, el menor de edad se encontrara ciertamente protegido como un deber de los padres hacia los niños.

Ahora bien, si recordamos las palabras del Maestro Gúitrón en la pérdida de la patria potestad, evidentemente que por ese contenido protector del menor será éste el que en un momento dado, pierda más que el mismo padre que pierde la patria potestad; ésto lo decimos en relación directa a la desprotección, no económicamente porque para ésto, ya está la institución sobre la pensión alimenticia, ya que respecto de la convivencia, de la relación en que debe de existir del padre al hijo, evidentemente se va a establecer que es una sanción para el adulto, pero realmente lo es para el menor.

Otra concepción que pudiésemos tomar en consideración es la que el Maestro Manuel Chávez Ascencio nos explica en las siguientes palabras: "Independientemente de que en una familia estudiamos las relaciones existentes del padre e hijo desde un punto de vista complejo, no podemos desconocer que el matrimonio en sí ya tiene efectos respecto a los hijos y podemos apreciarlos desde diferentes puntos de vista...

Debemos de tomar en cuenta que en nuestro derecho a diferencia de otros, el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, sino al hecho de que hubiere descendientes es decir, que la patria potestad existe independientemente del matrimonio y éste es en favor de los padres y abuelos y se da en favor de los hijos del matrimonio o fuera de él.

Nuestro Código Civil, regula la patria potestad sin tomar en cuenta el origen de los hijos. En su Artículo 414 se refiere a la patria potestad de los

hijos nacidos en matrimonio señalando que la ejercen: El padre y madre, por el abuelo y la abuela paternos y en ausencia, los abuelos maternos. El Artículo 417 previene lo relativo a la patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, para el caso de que se separen los padres, continuarán ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto el progenitor que designe el Juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Evidentemente que nuestra legislación en un momento va a establecer aquella idea antigua respecto de si son hijos naturales o si son legítimos. Esta situación está ampliamente superada por nuestro derecho y actualmente la patria potestad significa más que una relación; es una amplitud de derechos y efectos entre padres e hijos.

Ahora bien, en el Capítulo I más que nada en el punto 1.4.3, ya hablamos un poco acerca del Código Civil y a su Artículo 411 menciona: Los hijos, cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

El Maestro Rafael de Pina Vara, al establecer una definición de lo que es la patria potestad, explica: "Es el conjunto de facultades, que suponen también deberes, conferidas a los que ejercen la patria potestad, ya sean padres, abuelos, adoptantes, según sea el caso; destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes respectivos". (3)

Consideramos que una definición más amplia de la contenida en el artículo 411 del Código Civil, al cual solamente se concreta a decir que los hijos cualesquiera que sea su estado o condición o edad, deben de respetar a sus padres y demás ascendientes, esta definición realmente es muy escasa para las intenciones de este trabajo, por lo que, al hablar continuamente de la patria potestad, debemos de considerar en principio su objetivo, ésto es, la patria potestad es una institución destinada a la protección de los menores no emancipados, de la cual se va a derivar una relación entre padres e hijos, que presupone deberes y derechos recíprocos que le va a permitir educar a los padres y a los hijos; y los hijos a los padres respetarlos y obedecerlos.

3.2.- EL FUNDAMENTO DE LA AUTORIDAD PATERNA.

Debemos de recordar como el derecho romano principalmente al establecer una patria potestad, relacionaba al menor como una propiedad del padre. Veíamos como en España, Francia e incluso en México esta idea se fué reformando y desarrollando totalmente hasta establecer una reciprocidad de deberes, obligaciones y derechos.

Consideramos, que la idea de la paternidad, está basada en una autoridad que debe de ejercer el padre sobre los hijos. Claro está que reconocemos totalmente la necesidad de que la Ley otorgue dicha autoridad a los padres, pero se debe de tener en mente el fenómeno que se ha dado respecto del niño maltratado, que permite que los padres en un determinado momento, por el afán de educar o por las trabas propias, golpeen a sus hijos, simple y sencillamente por tener una idea natural de una autoridad paterna.

Roberto Atwood, al hablarnos de la paternidad y su ejercicio, nos dice: "Es la autoridad que las leyes reconocen al padre o a la madre, sobre la persona o bienes de sus hijos legítimos, naturales, reconocidos y adoptivos, no emancipados." (4)

Es el fundamento de autoridad paterna, independientemente de surgir de un derecho natural, le va a conceder al padre, la posibilidad de reprender a sus hijos, aunque debemos de recordar que en el Código Penal, el cual otorgaba la posibilidad de lesionar a los menores de edad, siendo ésto una excusa absolutoria, actualmente está derogado, por el mismo fenómeno dado al niño maltratado.

Ahora bien, desde otro punto de vista, debemos de considerar este tipo de filiación entre el ascendiente y el descendiente, ya que va a estar sujeto al derecho natural, que se da dentro de una familia.

Para encontrar la fundamentación de la autoridad paterna, es necesario recurrir no solo al derecho, sino más que nada a la idea del derecho natural. Los Maestros Edgar Vaqueiro y Rosalía Buenrostro, nos hablan al respecto con las siguientes palabras: "Recordemos que la segunda fuente del derecho de familia es la procreación; es decir que una pareja, por unión sexual tengan un hijo, el hecho que genere un vínculo biológico y un vínculo entre los progenitores; padre, madre e hijo.

Desde el punto de vista jurídico, el vínculo recibe el nombre de paternidad, cuando es visto del lado de los padres; la maternidad queda involucrada en este concepto; hay de filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo. La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que por paternidad o filiación jurídica, debemos de entender la relación jurídica creada entre los progenitores padre y madre y su hijo a los cuales la Ley atribuye derechos y deberes.

La paternidad es la filiación jurídica que se basa en la filiación biológica, ya que de ella toman las presunciones e indicios para establecer tal vínculo. Ahora bien, no siempre ambas filiaciones coinciden, pues biológicamente no puede haber hijo sin padre y madre en cambio jurídicamente sí, ya sea porque los padres se desconozcan o bien porque no tuvieron las formalidades y los requisitos legales para que se estableciera una relación de derecho."

(5)

Es sin duda la filiación la que en un momento determinado va a tener que responder a ese fundamento de autoridad paterna, de esa relación padre a hijo, y el establecimiento de la relación, en un momento dado existirá la autoridad paterna.

Es indispensable citar un poco la legislación, respecto del reconocimiento de hijos, así, citaremos el Artículo 60 del Código Civil, el cual dice a la letra:

ARTICULO 60.- Para que se haga constar en acta de nacimiento el nombre del padre de un hijo fuera de matrimonio, es necesario que aquél lo pida por sí o por apoderado especial constituido en la forma establecida en el Artículo 44, haciéndose constar la petición.

La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre, se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida, pero la investigación de maternidad podrá hacerse más ante los Tribunales de acuerdo a las disposiciones relativas de éste Código.

Además de los nombres de los padres se hará constar en el acta de nacimiento su nacionalidad y domicilio.

En las actas de nacimiento no se expresarán que se trata en su caso de hijo natural." (6)

Todo este contexto por medio del cual se crea una relación estrecha y directa entre lo que son padres e hijos resulta de la procreación y evidentemente que en un momento determinado, la autoridad paterna que en el derecho positivo encontrará su fundamentación en el momento en que se reconoce al niño. Cuantas veces han existido familias, en las que el padre por lo regular nunca se aparece más que en casos esporádicos. La imagen del padre se pierde, en virtud de que el mismo, no otorga dinero para la manutención, ya que si éste simple y sencillamente, no tiene un poder económico para mantener a sus hijos, evidentemente que no puede llamarles la atención e incluso educarlos, ya que si éstos empiezan a mantenerse a sí mismos, ese fundamento de la paternidad, se va perdiendo muy fácilmente y en el supuesto de que el padre llegara al extremo de que no tenga autoridad sobre ellos, simple y sencillamente éstos encuentran una forma de solucionar económicamente sus problemas y fácilmente hacen a un lado a su padre.

Así, más que derivar de una legislación, positiva la autoridad paterna, la ley natural tiene mucho mayor poder sobre la relación paterna que cualquiera otra legislación.

3.3.- SUJETOS DE LA MISMA

En el complejo de relaciones Jurídicas que forman el contenido de la patria potestad, encontramos una situación de autoridad de los padres y de correlativa subordinación de los hijos. Este estado de sumisión en que se encuentran los hijos menores de edad respecto de quienes ejercen la patria potestad comprende el deber de respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia.

El deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes cualquiera que sea su estado, edad y condición que no se extingue al terminar la patria potestad. Durante el estado de minoría del hijo y mientras se encuentra bajo la autoridad de sus padres, el deber de respeto y honra impuesto por el

Art. 411 del Código Civil lleva anexo el deber de obediencia hacia los ascendientes que ejercen la autoridad paterna.

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

El hijo sometido a la patria potestad, no podrá, dejar la casa de aquellos a quienes está sometido, sin permiso de ellos o sin la autorización de la autoridad competente (Art. 421 del Código Civil). El hijo menor de edad, tiene el deber de convivir con los padres o ascendientes, en ejercicio de la patria potestad.

Asimismo, notamos como van a establecerse los diferentes sujetos de la relación de la patria potestad, y que esto está dado básicamente por relaciones de parentesco. Claro está que el Código Civil solamente hace alusión a los hijos de matrimonio.

El Maestro Rojina Villegas, también nos explica las siguientes circunstancias sobre la patria potestad en los siguientes términos: "Dentro del parentesco se origina la relación y las relaciones específicas que impone la patria potestad entre padres e hijos o en su caso, entre abuelos y nietos. Por consiguiente, se destacan aquí sujetos especiales del derecho familiar que deberá de diferenciarse de los parientes en general, pues los derechos y obligaciones que se originan por la patria potestad, entre esa clase de sujetos, no son los mismos que de una manera general determinen el parentesco." (7)

Consideramos que la única observación que pudiésemos hacer en lo que es el derecho de paternidad, es el que en el Código realmente no debe de expresarse únicamente a los hijos nacidos en matrimonio, sino que simple y sencillamente debería mencionar cómo los hijos nacidos de la relación sexual o la de los hijos nacidos dentro de la pareja, etc. etc., tratando de dar una amplitud a sus términos y no supeditarlos especialmente a los hijos fuera de matrimonio y que deja fuera a lo que nacen en el concubinato.

3.4 EFECTO SOBRE LOS HIJOS.

Decíamos que la patria potestad, va a constituir la toda esa amplitud de obligaciones y derechos recíprocos entre padres e hijos. El respeto y la obediencia por parte de los hijos hacia los padres y de los padres sobre los menores respecto de las obligaciones necesarias como el dar alimentos, educación, vestido y en general una preparación amplia para que el menor esté en posibilidad de desarrollarse en su propia sociedad.

En cuanto a la persona de los hijos, está ampliamente protegida, no solo por el derecho civil, sino también por el Código Penal, ya que se considera delito, es decir las lesiones agravadas cuando éstas se producen de padres a hijos.

Dice el Artículo 413 del Código Civil, que: "La patria potestad se ejerce por la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades que imponen las resoluciones que se

dicten, de acuerdo con la ley sobre previsión social de delincuencia infantil en el Distrito Federal."

Se dice que los menores de edad, en un momento dado, no tienen un gran poder de discernir y esa es la razón por la cual se les otorga a los padres, la facultad de administrar los bienes que en un momento dado, pudiesen adquirir los menores, ya sea por su trabajo o simple y sencillamente por la adjudicación de cierta herencia u otra situación análoga.

La figura del hijo hacia el padre, tiene también ciertas obligaciones principalmente debe de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, dándoles la posibilidad de la obediencia hacia ellos y responder respecto de la educación que en un momento se le brinde con buenas calificaciones.

Ahora bien, una de las obligaciones mucho muy especiales derivadas de la patria potestad, sin lugar a dudas, y más que nada respecto de la paternidad, es

la obligación de dar alimentos, en la cual el Maestro Froylán Bañuelos Sánchez, nos explica: "Se deben reclamar alimentos cuando se está en estado de necesidad. El estado se manifiesta legalmente por la ausencia de recursos suficientes para proveer a las necesidades de vida...

El Juez puede y debe rehusar toda petición de alimentos, si el que lo reclama no hace ningún esfuerzo serio para procurarse los medios de subsistencia; o puede disminuirlos si sus necesidades son para cubrir sus de desordenes vicios u ocios, por lo que el dar los alimentos en este caso, sería inmoral. Así también la mujer casada que sale voluntariamente de su domicilio conyugal para ser libre, no puede reclamar una pensión alimenticia a su marido.

Evidentemente que los menores de edad siempre van a tener una cierta necesidad de que les sean cubiertos sus alimentos, especialmente cuando no

pueden ser solventados por ellos mismos y en determinado momento pueden hasta depender totalmente de alguna persona. En tal virtud, debemos considerar que ese efecto del ofrecimiento de lo que son los alimentos a los niños, será también una de las situaciones principales que van a estar en el punto que planteamos en nuestra tesis como es la recuperación de la patria potestad.

Por otro lado, consideramos que si bien es cierto que existen derechos y obligaciones recíprocos, el bien jurídico de mayor interés de protección, sin duda, serán los menores los cuales apenas están entrando a un mundo en donde se les debe de ayudar para que éstos logren su total y adecuado desarrollo.

3.5 RESPONSABILIDADES.

Una de las responsabilidades principales tan especial y natural como es la de dar alimentos, la tenemos, también respecto de la obligación de educarlos convenientemente.

De tal forma, que todas las personas que están bajo patria potestad, serán educados, ya que éstos responden a una vida de Garantía Individual, prevista en el Artículo 4o. de nuestra Carta Magna.

Por otro lado, los que ejercen la patria potestad, o tienen hijos bajo custodia, tiene una cierta facultad y la responsabilidad amplia de corregirlos y que éstos observen una buena conducta. Ya habíamos hablado respecto de la situación justificativa que planteaban las lesiones sobre los menores, mismas que actualmente ya están derogadas y que de cierta manera, dieron paso al fenómeno del niño maltratado y el abuso de ese poder de corrección, el cual independientemente de ser una facultad, también implicaba una responsabilidad.

Luego, nos encontramos con otro tipo de responsabilidad como es el que los padres o los que ejercen la patria potestad no solamente son los legítimos representantes de quien está sujeto, sino que también van a tener la administración de los bienes que le pertenezcan al menor, situación que en

un momento determinado, constituye un efecto directo sobre lo que son los bienes de los hijos.

Ese poder de ser legítimo representante les permite poder comparecer en juicio a los que ejercen la patria potestad sin necesidad de un poder anterior.

Aunque respecto de los bienes de los hijos, los que ejercen la patria potestad, no pueden enajenar ni grabar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que corresponden al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización de un Juez competente, para el efecto de que se haga lo más conveniente para el menor.

Por otro lado existe la gran responsabilidad de como se administren sus bienes, de dar cuenta de la administración de los mismos.

Con lo anteriormente expuesto, ya podemos hacer un razonamiento jurídico respecto de la recuperación de la patria potestad, haciendo la aclaración de que hemos querido observar todas las maneras que entorpecen la relación de la patria potestad, para el capítulo siguiente en virtud de que éste es el tema principal de nuestro trabajo, y por lo mismo, hasta este momento hemos estudiado el derecho en relación al de la patria potestad y como éste se ha venido desarrollando en nuestra legislación. En esa forma, debemos de evaluar en este momento y de concatenar directamente con alguna obligación concreta el tema de tesis.

De ahí, que tanto los efectos que recaen en la persona como en los bienes del menor, éstos simple y sencillamente vienen derivados de la Legislación, lo que nos conduce a pensar en la gran necesidad de su existencia.

Esto da la necesidad de corrección, de educación, de alimentación y eventualmente la

posibilidad de administrar bienes que forman parte del peculio del menor de edad, requerir de que sean administrados por una persona ya de edad o de experiencia, para que puedan ser suficientemente explotados.

- 1) Gúitron Fuentevilla Julián.- ¿ Qué es el derecho Familiar ?.- México.- Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. 3a. Edición, 1987, Pág- 138 y 139.
- 2) Galindo Garfías Ignacio.- "Derecho Civil". Edit. Porrúa.- 9a Edición.- 1989 Pág. 655 y 656
- 3) Pina Vara Rafael De.- "Diccionario de Derecho". México.- Edit. Porrúa.- 22a Edición, 1980 Pag. 259.
- 4) Atwood Roberto.- "Diccionario Jurídico". Edit. Bazán, 1982, Pág. 186.
- 5) Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía. "Derecho de Familia y Sucesiones".- México. Edit. Harla.- 1990 Pág. 179.
- 6) "Código Civil para el Distrito Federal".- México. Edit. Delma 1992, Pág. 12 y 13.
- 7) Rojina Villegas Rafael.- "Compendio de Derecho Civil". Edit. Porrúa.- 189a Edición, 1982, Pág. 229

CAPITULO IV.- CAUSAS QUE ENTORPECEN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Hemos llegado al Capítulo en donde tenemos que vertir lo que hasta este momento hemos podido analizar. A lo largo de nuestros tres capítulos iniciales, hemos visto cómo la patria potestad ha venido desarrollándose a través de los diferentes derechos hasta llegar a nuestro país.

Hemos podido observar en el Capítulo II, como evidentemente la patria potestad surge del derecho natural, y lo que la Ley hace es simple y sencillamente reconocerla.

Luego, en el Capítulo III, establecíamos los parámetros jurídicos que rodean la patria potestad en términos generales.

Así, ha llegado el momento en que tengamos que atacar directamente nuestro tema de tesis para demostrar la necesidad jurídico social de establecer o de normar la recuperación de la patria potestad.

Esto lo decimos, en virtud de que consideramos se requiere que exista una forma de recuperarla, por las razones que directamente indicaremos en este capítulo.

Antes de iniciar nuestro primer inciso, quisiéramos transcribir la siguiente jurisprudencia, por la cual ya demostramos, completamente que la patria potestad emerge de un derecho natural y no de una Ley o de una estructura legislativa.

Dicha Jurisprudencia dice:

PATRIA POTESTAD.- NO DEBE DE SER CONDENADO A PERDERLA EL CONYUGE CULPABLE, CUANDO LA CAUSAL DE DIVORCIO TOMA SU ORIGEN EN EL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL.- El Artículo 283 del Código Civil del Distrito Federal, no incluye, en relación con la pérdida de la patria potestad, la causal de divorcio señalada en el Artículo 268, y por ello mismo la aplicación analógica del 283 no es procedente al respecto, ya que la disposición en el contenido solo es aplicable en los casos a que el mismo precepto se contrae y por

tener el carácter de norma excepcional respecto a la norma relativa a que la patria potestad ejerce por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la Ley, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, y es sabido cómo en el Artículo 11 del Código Civil, las Leyes establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas Leyes. (V Epoca y VI Epoca, IV parte, Volumen XI Pág.145). (1)

Lo que queremos resaltar de la Jurisprudencia citada, es la parte que dice: "La patria potestad se ejerce por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la Ley" con ésto, tanto nuestros conceptos vertidos en el Capítulo II, como las ideas del III y los antecedentes iniciales, nos inducen a decir que de la secuela de nuestro estudio, hemos demostrado que la patria potestad emerge de un derecho natural, que se ha reglamentado a través de los tiempos de diversa manera, y que en ningún momento, ese lazo que va a existir entre padres e

hijos, va a poder perderse, incluso, cuando el hijo logra la mayoría de edad sigue teniendo una identificación y un respeto pleno hacia sus padres y la ayuda no termina en ese momento, ya que el padre dependiendo de sus posibilidades, ayudará a sus hijos, hasta que éstos lo necesiten, sin importar su edad ni condición.

Hechas las aclaraciones anteriores y subrayando la importancia del derecho natural de la relación que existe en la patria potestad, se presenta nuestro primer inciso de este Capítulo.

4.1 COMO TERMINA.

No es lo mismo los términos de acabarse, suspenderse o perderse. Acabar, va a significar una total terminación de una relación, a diferencia de la suspensión que solamente puede ser temporal, por causas especificadas. Luego, el hecho de perder, el de no tener en poder o posesión un derecho o una cosa, va a significar que la misma no se ha terminado pero que de alguna manera ya no se tiene.

Así, nuestra legislación civil en el momento en que habla de las causas por las cuales se acaba la patria potestad y del Artículo 443 especifica:

ARTICULO 443.- La patria potestad se acaba:

Fracción I.- Con la muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;

Fracción II.- con la emancipación derivada del matrimonio;

Fracción III. Por mayoría de edad del hijo."
(2)

Habíamos visto que cuando muere el padre, pueden algunas personas ejercer la patria potestad en su sustitución.

Así, cuando es el padre el que muere, será la madre sobre quien recaiga el ejercicio de la patria potestad, cuando son ambos los que faltan, preferentemente se van a seleccionar a los abuelos paternos en primera instancia; si éstos no pueden ejercerla o ya no existieren, o la ejerzan inconvenientemente, se nombrarán a los abuelos maternos los que pueden seguirla ejerciendo. Si en un

momento determinado, no existe ninguna de estas personas, pues simple y sencillamente se acaba esta relación de patria potestad porque falta una de las partes de la misma, aquellas a quienes van a ejercerla, por lo que evidentemente estaremos frente a otra situación muy diversa que podríamos llamarla tutela o adopción.

Ahora bien, las personas logran su emancipación en el momento en que se tornan libres de la patria potestad a la cual están sujetas.

El Maestro de Pina Vara, al establecernos una definición de lo que la emancipación puede ser nos comenta: " Es el acto jurídico que libera al menor de la patria potestad o de la tutela, y que le otorga la administración de sus bienes y el gobierno de su persona... El matrimonio del menor de 18 años produce los derechos de emancipación, Aunque el matrimonio se disuelva durante la minoría del cónyuge, en éste ya no recaerá la patria potestad. (3)

Debemos notar que en la patria potestad va a existir una relación de dos partes únicamente una que son los que van a ejercerla, y se componen de dos personas que son el padre y la madre y por otro lado, por el que se va a ejercer, que es el hijo o los hijos.

En tal virtud cuando una de estas dos partes falta, es evidente que la patria potestad se acaba, pero, cuando aquel sobre quien se ejerce, cumple una situación de emancipación, ya sea por la mayoría de edad, o por un matrimonio celebrado durante su misma minoría de edad, evidentemente se sale de la esfera de protección del vínculo familiar, para formar un nuevo núcleo social de patria potestad, frente a los nuevos hijos.

En tal situación, que las formas en que se acaba la patria potestad, no tienen mayor problema, ya que están supeditadas lógicamente a la relación que se establece.

4.2 LA SUSPENSION.

En lo que se refiere a la suspensión, consideramos abordar un poco más, en virtud de que analizaremos las causas por las cuales se pierde la patria potestad que pudiesen en un momento dado, ser simple y sencillamente causas de suspensión.

En tal forma, que necesitamos iniciar definiendo el concepto jurídico de lo que por suspensión debemos de entender.

Notemos que la connotación suspensión de derechos, va a significar una pena o una sanción por la cual ya no se va a ejercer la función en el caso que nos ocupa, ya que no se va a ejercer más ese derecho.

Así, debemos de tener en mente que el derecho de la patria potestad, es sin duda un derecho irrenunciable y las partes de la relación, no pueden dejar de sobrellevarlo.

La siguiente jurisprudencia nos afirma que:

PATRIA POTESTAD, IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA .- Los derechos que se derivan de la patria potestad, no son renunciables, pues las disposiciones legales que la rigen, son de indiscutible interés público de acuerdo con lo que previene el Artículo 80. del Código Civil. (Sexta Epoca, Cuarta Parte, Volúmen LXVII Pág. 110)." (4)

Si como establece la jurisprudencia, es un derecho irrenunciable, entonces es evidente que la suspensión que nuestro Código Civil maneja será sin duda, una manera de sanción o una forma en que por circunstancia dada, se va a sancionar con una suspensión provisional y momentánea el ejercicio de la patria potestad.

El Artículo 447, nos habla de los elementos que contienen dicha suspensión en los siguientes términos:

Artículo 447.- La patria potestad se suspende

Fracción I.- Por incapacidad declarada judicialmente;

Fracción II.- Por la ausencia declarada en forma;

Fracción III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.)"
(5)

Actualmente, se ha reformado la concepción de lo que la legislación entiende por incapacidad natural y legal, por disposición publicada en el Diario Oficial del 23 de Julio de 1992, el Artículo 450 queda como sigue:

Artículo 450.- Tiene incapacidad natural y legal

Fracción I.- Los menores de edad.

Fracción II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquéllos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia resistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol y los psicotrópicos o los estupefacientes;

siempre que debido a la irritación o a la alteración a la inteligencia que éstos les provoquen no pueden gobernarse ni obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio." (6)

Consideramos que todo el rubro que anteriormente establecía el Artículo 450, el cual hablaba de los privados de inteligencia por locura, idiotismo, sordomudos o seres consuetudinarios o los drogadictos, van a quedar totalmente incluidos en lo que ahora es el artículo 450, el cual solo fué reformado en dos fracciones.

De tal forma tenemos como el hecho de gobernarse, el hecho de conducir una relación intersocial, de ejercitar sus derechos, es sin duda uno de los efectos principales, por los cuales se ha de suspender la patria potestad sobre quien la ejerce no sobre quien la está ejerciendo.

En relación a la persona en la cual se está ejerciendo, por el contrario, si éste es incapacitado la requiere con mayor necesidad. De tal forma, que esta incapacidad debe de estar totalmente declarada a través de una vía judicial o a través de un juicio llamado interdicción.

Lo mismo sucede para la declaración de ausencia, en la cual cuando una persona no aparece y pasa un determinado tiempo, se inicia un juicio de ausencia y al ser declarada ausente, viene la presunción de muerte. En tal forma que ésta también tiene que ser declarada judicialmente para que tenga el efecto de suspender la patria potestad, y aquél que la ejerce se vea limitado para ello.

Por otro lado y por lo que se refiere a la situación penal, existen delitos tanto como corrupción de menores, incestos, violaciones entre familiares, que establecen una pérdida también del ejercicio de la patria potestad, considerándose que ésta puede llegar a ser perjudicial totalmente sobre

quien se está ejerciendo. De tal forma que éstas son decididamente penas que deben de estar judicialmente declaradas, ya que también en materia penal, para que se dé la existencia de un delito, éste debe de estar debidamente comprobado, y una sentencia que haya causado estado, será valedera para tal efecto.

En tal situación, tenemos como una característica principal respecto de la suspensión, el hecho de que las tres formas en que ésta se da, estén declaradas judicialmente.

4.3.- LA FORMA LEGAL EN QUE SE PIERDE.

Este sin duda, será el inciso que constituye la columna vertebral y resolutive en toda nuestra tesis, vamos a pasar a establecer las causas por las que se pierde la patria potestad, para analizarlas una por una y observar si éstas llegan a ser realmente o no, suficientes para ello.

El Artículo 444 del Código Civil establece:

La patria potestad se pierde:

Fracción I.- Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

Fracción II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el Artículo 283.

Fracción III.- Cuando por costumbre depravada de los padres, malos tratos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos derechos no cayeran bajo la sanción de la Ley penal.

Fracción IV.- Con la exposición que el padre o la madre hicieran de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses." (7)

Por lo que se refiere a la primera causal, pueden existir situaciones, por las cuales a raíz de

una conducta, se resuelva judicialmente quitarle la patria potestad a un padre o una madre, por razones que la misma expresa.

Ahora bien, existen delitos como la violación, que hacen que se pierda la patria potestad en un momento determinado; es el caso que plantea el Artículo 266 Bis del Código Penal, para el Distrito Federal el cual en su Fracción II, establece lo siguiente:

Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo cuando:

Fracción II.- El delito fuere cometido por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos de que la ejerciere sobre la víctima." (8)

Es de hacerse notar, que como resultado de una situación anormal dentro del seno familiar, en todo ese contexto, la importancia jurídico social de la integración familiar, puede sobrevenir una condena en relación a la pérdida de la patria potestad.

Ahora bien, realmente el hecho de que exista la violación de un padre hacia su hija, es sin duda un grave delito, pero para que exista la prescripción después de diez años o de haber compurgado el agente activo del delito, su pena, existe el tiempo para el arrepentimiento, o que de alguna manera, haya una resocialización del agente activo del delito, claro está que la víctima pudiese llegar a la mayoría de edad o contraer nupcias y emanciparse; pero, el lazo natural va a tener que subsistir; ese vínculo como habíamos dicho anteriormente, simple y sencillamente, permanecerá siempre y la filiación no va a poder perderse.

De tal forma que podemos pensar en algún caso de violación que plantea el Artículo 266 Bis en que puede ser aplicada una pena de doce a veintidós años

de prisión, si en algún momento, la víctima tuviese una edad de diez u once años y se le impone una prisión al activo de doce años como mínimo, evidentemente que éste pierde la patria potestad; ya no va a haber necesidad de recuperarla, en virtud de que en el momento en que cumpla su sanción, la víctima sobre quien se perdió la patria potestad, ya tendrá una edad mayor y no habrá necesidad del ejercicio de dicha patria potestad.

Ahora bien, cuando una persona es condenada por dos o más veces por delitos graves como pueden ser el homicidio, delitos contra la salud, robo, se dice que estamos frente, no de un reincidente, sino estamos frente a un delincuente habitual, de tal manera, que la misma legislación penal, establece un aumento en la sanción para las personas reincidentes, esto es que vuelvan a cometer un delito cuando menos una vez más, pero cuando son más de tres veces, entonces ya se considera un delincuente habitual de conformidad con los artículos 64, 64 Bis y 65 del Código Penal. Es evidente, que en esta forma pudiésemos pensar que

si se trata de delitos graves, el delincuente habitual, estará privado de su libertad durante un lapso mucho muy extenso, ya que las penas se pueden aumentar hasta un tercio más, y si se trata de delitos graves, estaríamos pensando más o menos en un mínimo de aproximadamente siete años de prisión. Claro está que debemos de considerar también el derecho penitenciario y las diversas facilidades que hay para compurgar la pena como es la remisión total de la pena o el famoso dos por uno, que consiste en dos días de trabajo y la reducción de un día de pena, o los tratamientos en libertad o en semilibertad o de la libertad preparatoria o de la condicional; situaciones que pudiesen dejar en libertad rápidamente al activo del delito, por lo que debemos de considerar con mayor detenimiento la parte final de la Fracción II.

Si una persona tiene a su bebé recién nacido, y éste en un año comete tres veces el delito de robo o un hurto mayor de una gran cantidad, estaríamos hablando de las penas que impone el Artículo 370 del Código Penal, más la delincuencia habitual y por lo

tanto fluctuaría en una sanción corporal de aproximadamente siete años de los que habíamos establecido y se le condena a la pérdida de la patria potestad, cumpliendo tal vez hasta diez años de prisión, su niño o niña tendría en ese momento diez años, y tal vez este sujeto activo delincuente habitual, estuviese totalmente arrepentido de su actitud y lograra la resocialización que busca el derecho penitenciario, en tal forma que no se le podría nulificar su derecho a rehacer su vida.

Esto va en contra directamente de los intereses de resocialización, ésto es como si a un delincuente que ha compurgado su pena y sale de nueva cuenta a la sociedad, a éste se le tacha totalmente a través de antecedentes penales, y actualmente ya no hay necesidad, pero que en un momento dado, pudiese estar marcado a pesar de haber compurgado su sentencia, y, el hecho de que se le prive de un derecho natural de tener una familia o de seguir con su familia, ésto sin duda, es perjudicial, y prevé a orillar a una persona que ha logrado su resocialización y la puede instar a seguir delinquiendo.

Por lo que, consideramos que si es valedera en un momento determinado, la pérdida de la patria potestad cuando la legislación lo establece, pero no en todos los casos y no se puede generalizar respecto de aquél que es condenado dos o más veces por delitos graves, porque en cualquier momento puede salir de la cárcel y todavía puede tener derechos sobre su familia.

Por lo que para nuestro gusto, la Fracción I que se refiere a la pérdida de la patria potestad por delitos, más que nada habría que tener un cambio en la redacción y decir: "Cuando por disposición de la misma Ley, establezca la pérdida de la patria potestad como una sanción."

Para poder comentar la siguiente Fracción II del Artículo 444, del Código Civil necesitamos también transcribir el Artículo 283 del mismo ordenamiento, el cual a la letra dice:

"La sentencia de divorcio, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes, a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso, y en especial de la custodia y del cuidado de los hijos... debiendo obtener los elementos de juicio para ello. El Juez observará las normas, del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o designar tutor."

(9)

Ya había hecho una transcripción al respecto, de una jurisprudencia que nos explicaba el contenido del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, en tal forma, que de lo que se establece actualmente en el 283 y la jurisprudencia citada, podemos decir que no se le debe de dar este tipo de facultad alguna al Juez Familiar para que pueda establecer la pérdida de la patria potestad en algún caso que éste considere, ya que también debe de dar aviso necesariamente al Agente del Ministerio

Público, Representante de la sociedad y aquél a quien se le va a afectar respecto de la patria potestad.

Además es tan importante este derecho, que se debe de abrir un incidente especial para que en un momento dado, se exija claramente que lo que se va a debatir o a enjuiciar es la pérdida de la patria potestad y no como un trámite accesorio dentro del divorcio.

Razón por la cual consideramos que la Fracción II del Artículo 444 que comentamos, simple y sencillamente no puede tener cabida en nuestra Legislación y más sobre un derecho natural como es la patria potestad, por medio de la cual, se le está dejando al Juez una amplia libertad, para que en determinado momento, resuelva la pérdida de la patria potestad en los casos de divorcio; situación que no compete al juez determinarla dentro de los casos de divorcio o por lo menos, especificar un incidente a

través del cual, se dispute la pérdida exclusivamente de la patria potestad.

Por lo que la Fracción II del Artículo 444, debería de ser derogada, o en el peor de los casos, que cuando menos se afinara, estableciendo un procedimiento especial en la vía incidental, dentro del juicio del divorcio en donde se dispute exclusivamente la pérdida o no de la patria potestad.

Ahora bien, por lo que se refiere a las costumbres depravadas y malos tratos, vamos a hacer la transcripción de la siguiente jurisprudencia:

JURISPRUDENCIA PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA POR COSTUMBRES DEPRAVADAS DE LOS PADRES (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO).

Es indiscutible que las causas genéricas señaladas en el Artículo 497 del Código Civil para la pérdida de la patria potestad, deben concentrarse en cada caso, mencionando los hechos que según el criterio del actor sean demostrativos de costumbres depravadas del demandado, de los malos tratamientos de éste para con sus hijos, o que pongan de manifiesto el abandono de sus padres, para que con ello, dicho demandado sepa cuales son los hechos que le imputan y esté en aptitud de defenderse, inclusive para que el propio actor, en orden al principio de congruencia procesal, pueda rendir pruebas tendientes a comprobar tales como hechos que son los constitutivos de su acción, conforme al Artículo 286 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, a fin de que el Juez sea quien califique si estos hechos, por comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, son causas suficientes para que el demandado deba perder la patria potestad sobre sus hijos, y guardia y custodia de los mismos. El señalamiento de los hechos constitutivos de la acción, no solo es indispensable para que el demandado esté en condiciones de preparar su defensa

y no quede inaudito, sino también para que el Juez pueda decidir sobre la gravedad de los mismos; por tanto, esta omisión del actor o el planteamiento de su demanda que deja en estado de indefensión a la parte demandada, acarrea también la consecuencia de tornar estériles todos los esfuerzos posteriores durante la secuela del juicio para obtener un pronunciamiento favorable a las pretensiones del actor. Como complemento a estas ideas hay que agregar que la naturaleza de procedimientos civiles exige que se precisen en la demanda los hechos constitutivos de la acción, porque son los que provocan la decisión judicial y son, asimismo, los que deberá tomar en cuenta el juzgador para efectuar la comprobación de si los mismos encajan dentro de las normas jurídicas invocadas por el actor, para enseguida y como culminación del desenvolvimiento intelectual del proceso, decidir si ha prosperado la acción y debe protegerse el derecho subjetivo lesionado. (6a. Epoca, Cuarta Parte, Volúmen L, Pág. 113, A.D. 8178/59." (10)

Dice bien la jurisprudencia, la costumbre depravada, los malos tratamientos y el abandono de las obligaciones, deben de establecerse y demostrarse suficientemente antes de que se dictamine la pérdida de la patria potestad; aquí podemos relacionar la Fracción I con la II, ésto es, el hecho de que se le permita al Juez en un juicio de divorcio, dictaminar la pérdida de la patria potestad por alguna razón que éste considere, contraviene totalmente la idea de demostrar cada una de las posiciones que las partes aleguen en el juicio.

Así, es evidente que las personas depravadas, los malos tratamientos y el abandono de los deberes, deben quedar suficientemente demostrados en el juicio, y éstos tienen que tener el objetivo directo de comprometer la salud, la seguridad y moralidad de los hijos; ésto es el efecto de estas costumbres, van a comprometer estas tres situaciones, la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, si no lo hacen, no se pueden considerar causales de la pérdida de la patria potestad.

Ahora bien, volviendo a lo mismo en el caso de una persona neurótica que vea a sus hijos tan, débiles, tan desprotegidos económicamente y arremete en contra de ellos, y les provoca lesiones o aquellas personas que simple y sencillamente no tienen medio económico y abandonan a sus hijos en una iglesia o un hospicio, la vida da muchas vueltas, llega el momento en aquella persona neurótica que entró a una rehabilitación con algún psicólogo o algún psiquiatra y que la haya podido transformar en una persona dócil para con sus hijos y aquella persona también que abandona a su hijo en la iglesia o en el hospicio, pueda ser que al paso del tiempo, tenga el dinero suficiente para mantenerlo y lo quiera recuperar.

Son situaciones totalmente transitorias, que pueden variar y llegar al otro extremo y por tal motivo, no pueden ser permanentes y a pesar de que en un momento determinado, pudiesen significar alguna suspensión de la pérdida de la patria potestad, éstas puedan variar y recuperar la misma.

Ahora bien, esa exposición por más de los seis meses o prolongarse hasta un año o dos, y llegando el momento, la situación de aquél que abandona al menor, puede fácilmente cambiar y con ésto, podemos pensar que por un error que se cometió, buscando una mayor facilidad en la vida, se puede rectificar y por supuesto que en un momento dado, las cosas pueden resultar mejor.

En consecuencia, tenemos cómo la mayoría de las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, son realmente mucho muy atrevidas y están previniendo circunstancias totalmente temporales y transitorias. Claro está que la misma Legislación especialmente la penal, que también tiene como sanción la pérdida de la patria potestad como es el caso que citamos, sobre la violación de los hijos, situación que nos parece justificada para la pérdida de la patria potestad pues produce un grave choque psicológico en la víctima.

Pero bien pudiese resolverse de conformidad con el Artículo 444, estableciéndose solamente como

pérdida de la patria potestad, aquellos casos en que la misma legislación la previene expresa y exactamente.

4.4.- LA PATRIA POTESTAD Y SU NECESARIA EXISTENCIA JURIDICO SOCIAL.

Los menores de edad, incluso los mayores de edad que siguen estudiando, deben de tener una persona que se haga responsable de ellos, la cual no solo los dirija en la vida, sino que también les proporcione los medios económicos suficientes para su subsistencia, sus alimentos, en tal forma que los menores de edad a pesar de que actualmente ya pueden empezar a trabajar desde los catorce años y que son explotados aún antes de esa edad, no signifique que su preparación sea óptima para enfrentarse a una sociedad de consumo tan agresiva que se da en el capitalismo.

En tal efecto, los menores de edad, principalmente, van a necesitar siempre de ese sentido de protección, de esa posibilidad de

desarrollarse en un estado de seguridad social, que requieren los hijos para que puedan ser ciudadanos conscientes en el desarrollo de sus actividades a futuro.

Razón por la cual, debe de existir esa relación jurídico social de la patria potestad; ahora bien, con esa circunstancia de la pérdida de la patria potestad, como veíamos en el inciso anterior y a pesar de que solamente previene situaciones transitorias y provisionales, hay que implementar un medio para poderla recuperar, ésto en virtud de la gran necesidad de su existencia.

Así, al Artículo 444, se puede agregar un Artículo 444 Bis, que diga: "Una vez que cesen los efectos de las causas citadas en el Artículo anterior, quien haya perdido la patria potestad, podrá recuperarla por la vía ordinaria, demostrando su total rehabilitación y asegurando un medio ambiente saludable, de seguridad y moralidad para

aquellos a quienes en determinado momento estarán sujetos a su patria potestad."

4.5.- LA PATRIA POTESTAD Y EL DERECHO NATURAL DE FAMILIA.

Ya desde el capítulo II, habíamos dejado plenamente establecido, como esta relación de padres a hijos provenía de un derecho natural, y solamente era reconocido por la ley.

Ahora bien, para poder abundar, necesitamos decir que también existe un derecho natural suficiente y evidente, para el caso de tener una familia.

Desde que hablábamos en el inciso 2.1 y 2.2 sobre el origen de la familia y el derecho constitucional, veíamos como se iban integrando las tribus para formar gens, eso sin duda, es un movimiento mucho muy natural del ser humano y significa que esos núcleos tienen que estar

identificados en intereses, en costumbres, pero más que nada en una afinidad consanguínea, por la procreación de padres a hijos.

En tal forma, que resulta ya sobremano dicho, que existe un derecho natural a tener familia, y a que en esa familia se dé una organización, una estructuración que dé al jefe de ésta, la posibilidad de decidir las circunstancias que en un momento determinado, tenga que sobrepasar la familia para su mejor subsistencia e incluso en la actualidad tales determinación deben ser tomadas no solo por el jefe de familia sino por la pareja.

Así, este carácter de patria potestad, deberá de dar al jefe de familia, ese derecho de dirigir a su propia familia, de establecer las condiciones y de organizarla de la mejor manera posible, en armonía con la mujer.

4.6.- LA RECUPERACION DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN DERECHO NATURAL.

Si como hemos dicho, las causales para la pérdida de la patria potestad son transitorias, si y en determinadas circunstancias, la patria potestad requiere para su existencia de una filiación natural y que es necesaria para que exista una familia debidamente organizada, entonces, consideramos que si en algún momento no se puede reformar el Artículo 444 del Código Civil, limitando la pérdida de la patria potestad, a una sola suspensión, entonces hay que establecer un medio para recuperarla.

Ya decíamos en el inciso 4.4. que debe agregarse un Artículo 444 bis que daría el derecho para que en una vía ordinaria, demostrar que las causales que en algún momento determinado, hicieron que se perdiera la patria potestad, una vez que éstas han cesado su efecto o han desaparecido, entonces les permita o le den una acción directa para poder recuperar la patria potestad cuando así convenga a sus intereses.

Incluso el derecho familiar exige que exista un jefe de familia y que quien tenga la patria potestad sea el representante y además sea responsable de cualquier daño y perjuicio que los miembros de su familia puedan cometer en sus relaciones con la sociedad.

De lo anterior, tenemos que no solo es un derecho la patria potestad, sino más que nada es una exigencia oficiosa del derecho natural, que debe de estar reconocida por el derecho o la legislación, para el efecto de que cada familia tenga un representante legal o jefe de familia.

Es recomendable legislar en esta materia para que disminuya el número de menores espósitos al cuidado del estado, que esa patria potestad no desaparezca por el simple hecho de abandonar al bebé, sino que se pueda recuperar en un momento dado, para el efecto de lograr esos fines constitucionales y que exista el núcleo más pequeño de la sociedad como es la familia debidamente integrada.

- 1) Jurisprudencia a 1990, Libro III, 2a Sala, Suprema Corte, Mayo Ediciones, 1981 Pág. 604.
- 2) "Código Civil para el Distrito Federal", Ediciones Delma 1991, Pág. 83.
- 3) Pina vara Rafael De.- "Diccionario de Derecho". México.- Editorial Porrúa, 12a Edición 1980, Pág. 159
- 4) Jurisprudencia, Ob. Cit., Pág. 607
- 5) Código Civil, Ob. Cit., Pág. 84.
- 6) "Diario Oficial de la Federación". Jueves 23 de Julio de 1992, Pág. 2 y 3.
- 7) "Código Civil para el Distrito Federal", Ob. Cit. Pág. 83 y 84.
- 8) "Código Penal para el Distrito Federal".- México.- Edic. Delma, 4a Edición 1991, Pág. 110.
- 9) "Código Civil para el Distrito Federal", Ob Cit. Pág.98
- 10) Jurisprudencia a 1990, Ob Cit., Pág. 608 y 609.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- Cuando se inicia el reconocimiento de un derecho natural como es el de la familia, observamos que el pater-familia en el derecho romano, va a tener un poder absoluto sobre toda su descendencia, incluso ésta no desaparecía con la mayoría de edad y además, el pater-familia podía dar hasta la muerte a sus hijos o los podía incluso vender. Esto nos dice mucho respecto de la ética y la necesidad apremiante de que existiera una relación muy estrecha entre los que son padres e hijos.

SEGUNDA.- Al desarrollarse el derecho, se va suavizando la situación, se le va dando un mayor reconocimiento a los hijos, mayores derechos, y le habla ya de la posibilidad de la patria potestad y que ésta termine hasta una mayoría de edad o de alguna manera se pueda uno emancipar de ella con el matrimonio, para formar una nueva familia. Esto sin lugar a dudas va dándose gracias al derecho natural, por medio del cual se establece que los niños tienen

también su propio derecho y la posibilidad de un trato digno para ellos, además de que en el momento en que puedan casarse, van a establecerse nuevos vínculos familiares, por lo que se termina por emancipación la patria potestad.

TERCERA.- La patria potestad, es en sí un vínculo que establece derechos y obligaciones recíprocos; los hijos a honrar y respetar a su padres y los mismos, a proporcionar seguridad a la salud y la moralidad a los hijos.

CUARTA.- Es tan especial este derecho de patria potestad, que la misma Legislación establece suplencias para poderla ejercer y que siempre vaya a existir esta protección para los hijos y que en un momento determinado, puedan ser los abuelos mismos de parte del padre o de la madre, que puedan ejercitarla.

QUINTA.- Todo eso procede de un derecho natural, la patria potestad no puede acabarse, realmente los padres harán todo por los hijos, independientemente de cualquier edad en que éstos se encuentren; de tal forma que ese sentido de protección que ayuda al encausamiento de seguridad, de salud y de moralidad, se prolonga en el tiempo, independientemente de que la Ley pueda establecer o no, ciertas circunstancias.

SEXTA.- Consideramos que debe de existir un procedimiento para la recuperación de la pérdida de la patria potestad por las razones antes expuestas y que se demuestre suficiente y evidentemente que las causas como motivo de la pérdida han desaparecido.

SEPTIMA.- La pérdida de la Patria Potestad no puede generalizarse respecto de aquel que es condenado dos o más veces por delitos graves, porque en cualquier

momento, puede cumplir con la sanción impuesta por el Estado, y todavía puede tener derecho sobre su familia, por lo tanto la Patria Potestad no debe perderse definitivamente, sino únicamente reservarse con una suspensión provisional, excepto en los casos ya analizados, en que el menor ha sufrido un abuso de quien la ejerce, que ponga en peligro su salud física o mental.

OCTAVA.- En mi concepto, la Fracción I del Artículo 444 que se refiere a la pérdida de la patria potestad por delitos, más que nada habría que tener un cambio en la redacción y decir: "Cuando por disposición de la misma Ley, establezca la pérdida de la patria potestad como una sanción."

NOVENA.- En mi opinión personal, se debe derogar la Fracción II del Artículo 444 del Código Civil estableciendo un procedimiento especial en la vía

incidental, dentro del juicio del divorcio en donde se dispute exclusivamente la pérdida o no de la patria potestad.

DECIMA.- Asi mismo opino que se puede agregar un Artículo 444 Bis que diga: Una vez que cesen los efectos de la causa citada en el Artículo anterior, el que haya perdido la patria potestad, podrá recuperarla por la vía ordinaria, demostrado su total rehabilitación y asegurando un medio ambiente saludable de seguridad y moralidad para aquellos a quienes en determinado momento, estarán sujetos a su patria potestad.

DECIMA PRIMERA.- Es recomendable legislar sobre el derecho de la patria potestad, para con ello disminuir el número de menores expósitos al cuidado del Estado, por lo tanto es de suma importancia hacer notar que si no se puede reformar el Precepto 444 del Código Civil, limitando la pérdida de la patria potestad a una suspensión, entonces hay que establecer un medio de recuperarla.

BIBLIOGRAFIA

Aries Philippe y Duvy Georges.- "Historia de la Vida Privada".- México, Editorial. Taurus, Reimpresión 1992.

Atwood Roberto.- "Diccionario Jurídico". Edit. Bazán, 1982.

Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía Derecho de Familia y Sucesiones", México.- Edit. Haria.- Primera Edición 1990.

Bordeau Georges.- "Tratado de Ciencia Política". México.- UNAM, Tomo II, Volúmen 1, 1985.

Burgoa Ignacio.- "Derecho Constitucional Mexicano". México.- Edit. Porrúa.- Séptima Edición.

Chávez Ascencio Manuel.- "La Familia en el Derecho". México.- Edit. Porrúa.- Seg. Edición 1990.

"Código Civil para el Distrito Federal".- México. Edit. Delma 1992.

Código Civil.- Edit. Andrade 1981.

"Código Penal para el Distrito Federal".- México.- Edic. Delma, 4a Edición 1991.

Colección de Códigos y Leyes Federales. Código Civil, México, Edit. Herrero Hermanos 1884.

"Diario Oficial de la Federación". Jueves 23
de Julio de 1992.

"Diccionario de Sociología".- Varios
Autores. Fondo de Cultura Económica, Décima Reimpresión.
1984.

Engels Federico.- "Origen de la Familia, de
la Propiedad Privada y el Estado".- Edit.
Mexicanos Unidos. Primera Edición, 1977.

Escrihe Joaquín.-"Diccionario Razonable de
Legislación y Jurisprudencia".- Madrid.
México, Cárdenas Editor.-
Segunda Edición 1986.

Floris Margadant Guillermo.- "Panorama de
la Historia Universal del Derecho".
México, Editorial Porrúa.- Tercera Edición.
1988.

Fuello Laneri Fernando.- "Derecho Civil".
Santiago de Chile.- Edición.- Derecho de la
Familia. Tomo VI, Volúmen III.

Galindo Garfias Ignacio.- "Derecho Civil"
México, Editorial Porrúa, S.A.- Segunda
Edición. 1976.

Gúitrón Fuentesvilla Julián.- ¿Qué es el
Derecho Familiar ?.- México.- Promociones
Jurídicas y Culturales, S.A. Tercera Edit,
1987.

Hervada Javier.- "Introducción Crítica del Derecho Natural".- México.- Editora de Revistas, S, A. DE C.V. - Primera Edición, 1985.

Jurisprudencia a 1990, Libro III, 2a Sala, Suprema Corte, Mayo Ediciones, 1981.

Lieberman Florence.- " Trabajo Social, El Niño y su Familia".- México.- Tercera Reimpresión 1987.

Moreno Daniel.- "Derecho Constitucional Mexicano". Edit. Pax México, Décima Edición, 1968.

Nordase José.- "Elementos de Sociología". México, Editorial Selector, 21, Reimpresión 1989.

Petit Eugenio.- "Tratado Elemental de Derecho Romano" México, Editorial Nacional 1975, Pág. 101.

Pereira de Gómez María Nieves.- "La Percepción Familiar del Niño Abandonado" México, Edit- Trillas Primera Reimpresión.- 1981.

Pina Vara Rafael De.- "Diccionario de Derecho". México, Edit. Porrúa, Décima Segunda Edición, 1980.

Preciado Hernández Rafael.- "Lecciones de Filosofía del Derecho".- México.- Edit. Jus Vigésima Edición, 1989.

Rojina Villegas Rafael.- " Compendio de Derecho Civil". México, Edit. Porrúa. Décima Octava Edición 1982.

Ventura Silva Sabino.- "Derecho Romano". México, Editorial Porrúa, S.A. Octava Edición 1985.

INDICE

LA NECESIDAD JURIDICO SOCIAL DE NORMAR LA RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD

INTRODUCCION	3
---------------------	----------

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD	6
-------------------------------------------	---

1.1 EN EL DERECHO ROMANO	7
--------------------------	---

1.2 EN ESPAÑA	18
---------------	----

1.3 EN EL DERECHO FRANCES	23
---------------------------	----

1.4 EN MEXICO	29
---------------	----

1.4.1 EN LOS CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884	30
---------------------------------------------	----

1.4.2 EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917	35
--------------------------------------------------	----

1.4.3 EN EL CODIGO DE 1928 Y SUS REFORMAS	37
-------------------------------------------	----

CAPITULO II

DEL DERECHO FAMILIAR EN RELACION CON EL DERECHO NATURAL Y EL ESTADO	45
------------------------------------------------------------------------	----

2.1 LA FAMILIA COMO ORIGEN DEL ESTADO	46
---------------------------------------	----

2.2 LA FAMILIA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL	52
--------------------------------------------	----

2.3 EL DERECHO NATURAL EN GENERAL	56
-----------------------------------	----

2.4 LA FILIACION EN EL DERECHO NATURAL Y DEL HOMBRE Y LA FAMILIA	65
---------------------------------------------------------------------	----

2.5 LA FAMILIA COMO INSTITUCION JURIDICA	70
------------------------------------------	----

2.6 LA IMPORTANCIA JURIDICO SOCIAL DE LA INTEGRACION FAMILIAR	78
------------------------------------------------------------------	----

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD	85
3.1 DEFINICION Y CONTENIDO DE LA MISMA	89
3.2 EL FUNDAMENTO DE AUTORIDAD PATERNA	95
3.3 SUJETOS DE LA MISMA	101
3.4 EFECTOS SOBRE LOS HIJOS	104
3.5 RESPONSABILIDADES	107

CAPITULO IV

CAUSAS QUE ENTORPECEN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	113
4.1 COMO TERMINA	116
4.2 LA SUSPENSION	120
4.3 LA FORMA LEGAL EN QUE PIERDE	125
4.4 LA PATRIA POTESTAD Y SU NECESARIA EXISTENCIA JURIDICO SOCIAL	141
4.5 LA PATRIA POTESTAD Y EL DERECHO NATURAL DE FAMILIA	143
4.6 LA RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD COMO UN DERECHO NATURAL	145

CONCLUSIONES	148
---------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	153
---------------------	------------

INDICE	157
---------------	------------