



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

**NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE
LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA
POTESTAD EN EL DISTRITO
FEDERAL**

T E S I S
**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:**
ERICKA Y. ESCANDÓN MORA

**ASESOR:
LIC. GLORIA C. ZARATE DÍAZ**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A Dios:

*Por guiarme e iluminar mi camino, por estar conmigo,
y brindarme luz, paz y fortaleza, y por haberme
dado la bendición de mi familia.*

A mi Papa:

*Gracias por tu gran apoyo y esfuerzo para darme una formación
profesional, por tus consejos, tu amor, comprensión y cariño.
Gracias papito estamos cumpliendo nuestra meta.
Te quiero mucho.*

A mi Mama:

*Gracias por tus cuidados, por tu amor, tu paciencia y comprensión
cuando no entendía las cosas, por enseñarme que los ideales son
como las estrellas; y que igual que los marineros en altamar,
trazamos nuestro camino siguiéndolas.
Por tu infinito amor... Gracias mamita.
Te quiero mucho.*

A mis hermanos:

Verónica, Alejandro y Marisol.

Por su amor y cariño, por ser mis amigos y

por su apoyo incondicional.

Los quiero.

A todos mis amigos:

*Que sería imposible mencionar. A cada uno de ellos,
por su amistad y por compartir parte de mi vida.*

Mi cariño siempre.

*Y a los que no lo son, por haberme dado el coraje y el
valor suficiente para afrontar cualquier reto, por
difícil que parezca...*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México:
Por darme la oportunidad de ser parte de ella y
por hacer realidad mi sueño...
Mi agradecimiento eterno.*

*A la ENEP Aragón y sus profesores:
Que me recibieron en sus aulas y permitieron mi
formación académica hacia la abogacía.
Gracias por tal distinción.*

*A mi asesora de tesis:
Lic. Gloria C. Zarate Díaz.
Mi más sincero agradecimiento por brindarme el
apoyo para el inicio y terminación de mi tesis*

*Al H. Jurado:
Por sus valiosas observaciones a este trabajo.
Mi humilde agradecimiento.*

INDICE

NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA RECUPERACION DE LA PATRIA
POTESTAD EN EL D.F.

INTRODUCCION.....8

I. CAPITULO

EVOLUCION HISTORICA

1.1. Derecho Romano	11
1.2. Derecho Español	26
1.3. Derecho Mexicano	31

II. CAPITULO

CONCEPTO, Y DEBERES, DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE IMPONE LA
PATRIA POTESTAD A LOS QUE LA EJERCEN Y A LOS SUJETOS A ELLA.

2.1. Concepto de patria potestad	37
2.2. Características	38
2.3. Naturaleza Jurídica	40
2.4. Contenido de la patria potestad	42
2.5. La relación jurídica paterno-filial	43
2.5.1. Los sujetos de la relación paterno-filial	44
2.6. Deberes, derechos y obligaciones de quien ejerce la patria potestad	46
2.6.1. Efectos respecto la persona del menor	47
2.6.1.1. La Guarda	47
2.6.1.2. Educación	49
2.6.1.3. Derecho de corregir	51
2.6.1.4. Asistencia (alimentos)	52
2.6.1.5. Representación legal de la persona	53
2.6.2. Efectos sobre los bienes del menor	53
2.6.2.1. Administración	54

2.6.2.2. Usufructo	55
2.6.2.3. Responsabilidad civil en la administración de bienes	56
2.7. Deberes, derechos y obligaciones del menor sujeto a la patria potestad	57
2.7.1. Deber de respeto	58
2.7.2. Derecho a un domicilio legal	58
2.7.3. La obligación de dar alimentos	59

III. CAPITULO

DE LA PERDIDA; SUSPENSION Y LIMITACION DE LA PATRIA POTESTAD.

3.1. Terminación de la patria potestad	62
3.1.1. Muerte de quien la ejerce	62
3.1.2. Emancipación	63
3.1.3. Mayor edad	63
3.2. Suspensión de la patria potestad	63
3.2.1. Incapacidad	64
3.2.2. Ausencia	64
3.2.3. Consumo de alcohol, el hábito de juego, el uso de sustancias lícitas e ilícitas que amenacen causar algún perjuicio al menor	64
3.2.4. Sentencia Condenatoria	65
3.3. Limitación en el ejercicio de la patria potestad	65
3.4. Pérdida de la patria potestad	66
3.4.1. Condena a perder ese derecho	66
3.4.2. En los casos de divorcio	67
3.4.3. Violencia familiar en contra del menor	68
3.4.4. Incumplimiento de la obligación alimentaria	69
3.4.5. Exposición de los hijos	69
3.4.6. Abandono de los hijos por más de seis meses	70
3.4.7. Delito doloso contra la persona o bienes del menor	70
3.4.8. Condena dos o más veces por delito grave	71
3.5. Excusa de la patria potestad	71

IV. CAPITULO

NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL D.F.

4.1. La recuperación de la patria potestad	78
4.2. Análisis del artículo 444 del Código Civil	82
4.3. Propuesta	90
CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFIA	98

INTRODUCCION

La regulación de la patria potestad no es nueva en México, pero si lo es el humano y legal interés que se ha demostrado últimamente en la institución jurídica, esto debido a la relación directa que tiene con la familia, la cual ha sido motivo de regulación jurídica en los últimos años

En este trabajo de investigación se estudia a la patria potestad, en sus antecedentes y sus orígenes. Así como las definiciones, los conceptos fundamentales y la doctrina nacional y extranjera más importante, consultando autores clásicos y modernos, ya que es importante que la investigación contenga planteamientos actuales en su desarrollo científico, pero basados en cuestiones clásicas o tradicionales, para encontrar apoyo en la historia. Además determina cual es el estado en que se encuentra la institución en la actual legislación civil realizando un estudio del Título Octavo en sus tres Capítulos y especialmente del artículo 444 del Código Civil para el DF.

Del resultado del estudio encontramos que en la actualidad existe una regulación jurídica cuya finalidad es hacer del derecho de los padres una función social protectora y formadora de los hijos.

Así, hoy la figura jurídica de la patria potestad, se regula siempre considerando el interés de los menores, el estado puede coaccionar a los padres que no cumplen con sus deberes paternos por medio de sanciones, las cuales van desde la limitación en su derecho a ejercer la patria potestad, hasta la pérdida de la patria potestad, ésta con carácter definitivo.

En la práctica jurídica las causas generadoras de tales sanciones, las cuales están perfectamente establecidas por la ley, son utilizadas en forma irresponsable, por los padres como un medio de causarse daño entre ellos sin tomar en cuenta el bienestar físico y emocional de los menores, y en muchas ocasiones los mismos juzgadores no

son acertados al resolver la pérdida de la patria potestad, cuando no existen causas de extrema gravedad que puedan justificarla, causando un daño irreparable a los menores y al padre que pierde este derecho.

Consideramos que la pérdida de la patria potestad implica el desmembramiento de la familia, y acarrea graves consecuencias de índole psicológico y sociológico, muchas veces irreparables, además una de las funciones más importantes de nuestro Estado es la protección del bien común y la familia es una de las líneas primordiales y de la misma forma, el niño al ser el fruto de la familia tiene una especial importancia que debe ser considerada y protegida, por lo que se deben decretar las medidas necesarias que tiendan a preservar la familia.

Nuestra legislación vigente no contempla la recuperación de la patria potestad por lo que surge la necesidad de adecuar las leyes vigentes, para lo cual será necesario realizar un análisis jurídico de cada una de las causas que originan la pérdida de este derecho, y determinar, a través de un examen escrupuloso cuando es factible la recuperación de la patria potestad.

Atento a lo anterior, este estudio pretende, que en beneficio de los menores se regule la recuperación de la patria potestad. Es cierto que las causas que originan la pérdida de este derecho son graves, pero no lo es menos la situación en que se deja a los hijos, al privarlos de uno de sus padres. Creemos que los legisladores deben considerar el hecho de que las causas que motivaron dicha pérdida hayan desaparecido, y que no se hubiese causado un daño material y permanente en el menor que afecte directamente la relación paterno-filial.

Finalmente proponemos la posibilidad de recuperar el ejercicio de la patria potestad, para lo cual se determino que es necesario legislar sobre la misma, estableciendo los requisitos necesarios para poder recuperar este derecho, con lo que se estaría en la posibilidad de dictar sentencias más cercanas a la justicia en beneficio del menor.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA
POTESTAD

CAPITULO PRIMERO

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD

1.1. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

"EL DERECHO DE POTESTAD QUE TENEMOS SOBRE NUESTROS HIJOS ES PROPIO DE LOS CIUDADANOS ROMANOS, POR QUE NO HAY OTROS PUEBLOS QUE TENGAN SOBRE SUS HIJOS UNA POTESTAD COMO LA QUE NOSOTROS TENEMOS. BAJO NUESTRA POTESTAD SE HALLAN NUESTROS HIJOS A QUIENES PROCREAMOS EN JUSTAS NUPCIAS".

JUSTINIANO INSTITUCIONES I.1.9.2 (1)

La potestad que los antiguos romanos ejercían sobre sus hijos fue la mejor organizada jurídicamente, por lo anterior, se consideró que la patria potestad tuvo origen en la antigua Roma.

En el derecho romano la patria potestad constituía "el poder jurídico que el paterfamilias tiene sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, descendientes legítimos de los varones, extraños ingresados en la familia por adopción o arrogación y sobre los hijos naturales legitimados".(2)

Éstos formaban parte de la familia civil, y se les denominaba filiusfamilias y filiafamilias, (hijo de familia e hija de familia).

La patria potestad era una Institución de Derecho Civil, que se ejercía por un ciudadano romano sobre su descendiente, también ciudadano romano.

1. Bravo González, Agustín y Bravo Valdez, Beatriz. Derecho Romano I Curso. 13ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1998. pág. 140.

2. Elías Azar, Edgar. Derecho Civil Mexicano. Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano. 2ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1997. pág. 368.

La esencia de la patria potestad tenía un sentido absoluto y despótico, confería al paterfamilias funciones de autoridad suprema, traducida en derechos rigurosos y absolutos, que ejercía al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos.

"El jefe de familia tenía sobre los hijos derechos de vida y muerte, los podía mancipar a un tercero o abandonarlos".(3)

Fueron tres los principales derechos del pater sobre la persona del hijo, los cuales engloban todo el poder que poseía el paterfamilias, estos derechos fueron:

a) El derecho de vida y muerte, *ius vitae necisque*, en virtud de un poder disciplinario, casi ilimitado, el paterfamilias tenía derecho de vida y muerte sobre sus hijos, facultándosele además para imponer a los hijos las penas más rigurosas.

b) El derecho de vender, *ius vendendi*, otra de las facultades del paterfamilias sobre la persona del hijo, era la de manciparlo; cediéndolo a un tercero por un precio en dinero, quien lo adquiría, podía ejercer sobre el hijo una autoridad especial llamada *mancipium*. Esta fórmula era en realidad una venta que el pater realizaba en razón de encontrarse en condición de miseria. En otras ocasiones la mancipación operaba en vía de garantía en favor del acreedor.

c) El derecho de exponer, *ius exponendi*, era el derecho que tenía el paterfamilias de abandonar al menor, "la exposición de los recién nacidos era un acto más bien tolerado que legalizado; realizado por razones religioso-morales"(4), fueron expuestos los nacidos de incesto, de amores prohibidos, de relaciones indignas y si el hijo nacido no era un fruto legítimo.

El poder del paterfamilias se ejercía también sobre los bienes; todas las adquisiciones

3. Enciclopedia Jurídica Omeba. Libros científicos bibliográficos. Omeba. T. XXI. Buenos Aires, Editorial Griskil, S.A., 1982. pág. 795.

4. ibid. pág. 844

del hijo y las de todos los miembros de la familia, entraban a un patrimonio único sobre el cual el paterfamilias ejercía durante toda su vida derechos de propietario.

"Absoluta en el contenido, la patria potestad lo era también en el tiempo, ya que duraba mientras el paterfamilias viviera".(5)

El hijo no podía salirse de la patria potestad ni podía llamarse propiamente padre de familia, aún cuando contrajese matrimonio, el abuelo tenía potestad no sólo sobre los hijos, sino sobre los hijos de éstos, pues su poder se extendía a todos los individuos que formaban la familia.

Aun cuando la patria potestad tenía carácter vitalicio, ésta podía extinguirse por acontecimientos fortuitos o por actos solemnes.

"Dentro de los primeros se localizaba la muerte, fuera de quien ejercía la autoridad, como de quien estaba sometido. Otro de esos aspectos operaba por la reducción a esclavitud o la pérdida de su derecho a la ciudadanía de cualquier de ellos o de ambos. Igualmente ocurría en los casos en los que el hijo adquiría la dignidad sacerdotal".(6)

Y por último los actos solemnes, fueron la adopción del hijo por un tercero y la ya mencionada mancipación.

La mancipación, era el poder que tenía el paterfamilias de vender a sus hijos, en el derecho antiguo se utilizó como un castigo para echar al hijo de la familia o como un medio que tenía el paterfamilias para obtener dinero con la venta del hijo.

Conforme fue evolucionando la sociedad romana, la mancipación se volvió un acto de gracia, concedido al hijo para liberarse de la potestad paterna, con lo que adquiría derechos sobre su propia familia (si la tenía) y un patrimonio propio.

5. Garrone, José Alberto. Diccionario jurídico Abeledo-Perrot. T. III P-Z. 2ª. ed. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1994. pág. 42.

6. Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. México, Editorial Porrúa, 1998. pág. 522.

La emancipación se realizaba utilizando ciertas solemnidades, las cuales se reducían a tres ventas del hijo al comprador, quien previo acuerdo, manumitía al hijo por dos ocasiones, esto hacía que el hijo recayera en la potestad del pater, después de la tercer venta, el hijo salía de la potestad paterna, aunque quedaba bajo el mancipium del comprador, para evitar esto, se recurría a una remancipatio en favor del pater, éste entonces lo manumitía, con lo que le daba la libertad y se verificaba la emancipación.

Vista en sus procedimientos, la emancipación, se basaba en tres principios fundamentales: 1) El derecho que tenía el paterfamilias para mancipar al hijo y someterlo al mancipium de un tercero. 2) La potestad paterna se extinguía con tres mancipaciones sucesivas. 3) El mancipium se extinguía con una manumisión.

Para que la emancipación se realizara el hijo debía consentir o al menos no oponer contradicción, el paterfamilias no podía ser obligado a emancipar, excepto:

- I. Si el adoptado impúbero, llegando a la pubertad, probara que la adopción no le es ventajosa.
- II. Si el hijo hubiera sido objeto de malos tratos.

A medida que los antiguos romanos fueron avanzando en su civilización, y el poder público se hizo más fuerte, las leyes fueron tomando mayor energía y vigor, la potestad privada cedió a la pública.

1.1.1. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAS EN EL DERECHO ROMANO.

El carácter fundamental de la potestad paterna en el derecho romano, es que tenía por objeto el beneficio del paterfamilias, no la protección del hijo. De este principio derivaron las principales características de la patria potestad:

- a) La patria potestad era exclusiva del jefe de familia, aunque no siempre era el padre quien la ejercía; mientras estuviera sometido, su autoridad desaparecía delante de la del abuelo paterno.

b) El paterfamilias tenía un poder disciplinario sobre la persona de sus hijos, quienes estaban a su disposición absoluta, por lo que podía castigarlos, abandonarlos, venderlos y aun darles muerte.

c) Los hijos de familia no podían tener nada en propiedad, todo lo que adquirían ingresaba al patrimonio único familiar, el cual era propiedad del paterfamilias.

d) La patria potestad en el derecho romano fue vitalicia, sólo terminaba por la muerte o por un acto de gracia del paterfamilias.

e) La patria potestad no se modificaba, ni la edad (dado que no existía la mayoría de edad), ni el matrimonio eran causales de emancipación.

f) Y, por último, la madre no podía ejercer la patria potestad, por ser un derecho reservado a los varones.

1.1.2. FUENTES DE LA PATRIA POTESTAS.

Las fuentes reales que permitieron el ejercicio de la patria potestad en el antiguo derecho romano fueron, todos los actos y negocios jurídicos que aseguraban al paterfamilias un medio para tener un hijo, ya fuera en forma natural (por nacimiento) o en forma civil.

De esta forma, sabemos que las fuentes de la patria potestad se basaron en el acto natural del nacimiento dentro de matrimonio legítimo, y en los actos regulados por las leyes civiles que ingresaban a un individuo extraño a la potestad de un paterfamilias.

a) La *Iustae Nuptiae* o Matrimonio legítimo.

La *Iustae Nuptiae* fue la unión legítima de un hombre y una mujer, realizada bajo las normas del derecho civil en Roma.

"En la sociedad primitiva romana, el interés político y el interés religioso, hacían necesaria la continuación de cada familia o gens. Por ello, se comprende la importancia que tenía para los romanos el matrimonio legítimo cuyo fin principal era la procreación de hijos".(7)

De tal forma, la principal fuente de la patria potestad fueron las ya mencionadas *justae nuptiae*, debido a que sólo los hijos nacidos de matrimonio, eran legítimos (*liberi justii*), éstos, quedaban bajo la autoridad del *paterfamilias*, formaban parte de la familia civil a título de agnados, y tomaban además el nombre y la condición social del *pater*.

El lazo natural que relacionaba al hijo con sus padres fue la denominada filiación, y producía sus efectos según la naturaleza de la unión de sus progenitores. La filiación más plena fue sin lugar a dudas la que emanaba del matrimonio legítimo, la cual daba a los hijos la calidad de *liberi justii*.

En el antiguo derecho romano, la certidumbre de la filiación en cuanto a la madre era plena, ya que derivaba del hecho natural de que la mujer era la única que puede concebir a un ser.

En cuanto al padre, es naturalmente incierta, pero el matrimonio la suministraba. Combinando la idea de que la mujer ha debido cohabitar con su marido y que no ha debido de hacerlo con otro, los romanos presumieron la paternidad del marido.

Los principales efectos de la filiación legítima fueron los siguientes:

- a) Daba lugar a la agnación o parentesco civil;
- b) Creaba la obligación recíproca de darse alimentos (a partir de la época clásica);
- c) El *paterfamilias* transmitía a sus hijos la calidad de ciudadanos romanos y condición social.

7. Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXI. Loc. cit. pág. 795.

Los hijos nacidos fuera de matrimonio legítimo, quedaban exentos de la potestad paterna, nacían sui iuris (no se encontraban bajo la potestad de nadie, eran llamados paterfamilias), ya que la mujer no tenía potestad sobre sus descendientes.

b) De las Adopciones (Adopción y Adrogación).

"No solo la naturaleza hace hijos de familia, sino también las adopciones".(8)

En el derecho romano el término adopción(es) fue utilizado en forma genérica, pues había dos clases: la adrogación y la adopción.

Las adopciones (adopción y adrogación) fueron instituciones de derecho civil, cuyo efecto era establecer entre dos personas, que no tenía ningún lazo de parentesco, relaciones análogas a las que crean las justae nuptiae entre el hijo y el paterfamilias.

Las adopciones en Roma tuvieron gran relevancia, como la familia civil romana sólo se desarrollaba por vía de varones nacidos ex justis nuptiis, podía suceder que alguna familia antigua estuviera a punto de extinguirse; para evitarlo se acudía a las adopciones, con estas se podía perpetuar el nombre de un paterfamilias, su familia y su culto privado.

La Adopción

Por medio de la adopción, un paterfamilias adquiría la patria potestad sobre el hijo de otro paterfamilias, estableciendo entre ellos artificialmente las mismas relaciones civiles que se hubieran obtenido por la procreación en matrimonio legítimo.

Cualquier hijo de familia, podía ser adoptado, sin distinción de sexo ni edad, el único requisito era que el adoptante tuviera dieciocho años más que el adoptado.

Cuando se establecía una adopción, se producían dos efectos:

8. Bravo González, Agustín. Op. Cit. pág. 143.

La extinción de la patria potestad del pater natural y la creación de una nueva potestad paterna.

Por tanto, para que la adopción surgiera como tal, el hijo debía salir de la potestad paterna, para lo cual se aplicaba la disposición de las XII Tablas, que declaraba caduca la autoridad del pater que había mancipado por tres veces a su hijo.

Así, la adopción se llevaba a cabo mediante tres ventas ficticias del hijo al adoptante, éste previo acuerdo, manumitía al hijo por dos ocasiones, lo que hacía que el hijo recayera bajo la potestad paterna, después de la tercer venta, el adoptante en lugar de manumitir (liberar) al hijo, recurría a una remancipatio en favor del pater, la patria potestad se había extinguido, y el hijo quedaba bajo el mancipium del paterfamilias. En esta situación el paterfamilias natural, el pater adoptante y el hijo adoptivo se presentaban ante el Magistrado, el pater adoptante afirmaba que tenía la patria potestad sobre el hijo adoptivo, el paterfamilias natural al ser interrogado no lo contradecía y así se confirmaba la adopción.

Justiniano simplificó este procedimiento. El paterfamilias natural se presentaba ante el Magistrado, y declaraba su voluntad de dar a su hijo en adopción. Dicha declaración se hacía constar en un acta pública, consumándose así la adopción.

En la adopción no se requería el consentimiento expreso del adoptado, bastaba que no se opusiera.

El hijo adoptado continuaba dependiendo de la potestad de un paterfamilias, del cual obtenía su nombre y posición. En relación de su antigua familia perdía todo parentesco civil y su derecho a la sucesión; pero tenía derecho a la cuarta parte de los bienes del paterfamilias adoptivo en caso de que éste muriera.

La Adrogación.

Esta institución de derecho civil, permitía que un paterfamilias adquiriera la patria potestad sobre otro paterfamilias.

Se llamo adrogación por que el adrogante era rogado (interrogado), si realmente quería que la persona a la que iba a adrogar fuera para él un hijo legítimo, según el derecho, y al adrogado, se le preguntaba si consentía que así se hiciera.

La adrogación podía tener efectos graves como la desaparición de una antigua familia romana, (en Roma cada gens tenía un papel político), o la extinción de un culto privado, lo cual era considerado una deshonra; además como el adrogado ingresaba con todo su patrimonio bajo el poder del adrogante, existía el peligro de adrogaciones inspiradas en motivos deshonestos.

Por lo anterior, el procedimiento de adrogación fue cada vez más severo, distinguiéndose tres épocas:

En la primera época, era un procedimiento comicial, en donde, el colegio de pontífices estudiaba el proyecto de adrogación, para ver si llenaba los requisitos de edad, si no se trataba de una especulación pecuniaria y si efectivamente era necesaria para perpetuar a una familia. Aprobado el proyecto era votado por los comicios por curias.

La adrogación sólo se podía efectuar en Roma, donde se reunían los comicios.

En la segunda época, el procedimiento se realizaba ante treinta lictores (en representación de los comicios), el voto de los lictores era sólo una tradición, la adrogación era autorizada por los pontífices.

En la tercera época, la voluntad del Príncipe se imponía a la de los pontífices. Con Diocleciano la adrogación sólo era consumada con la aprobación del Emperador.

La adrogación de impúberes fue permitida con garantías especiales, ya que el impúber era incapaz de apreciar las consecuencias de un acto tan grave para sí y para su familia. Además se hacía una cuidadosa investigación para que la adrogación no fuera un medio para liberarse de la tutela.

Para proteger los intereses del adrogado impúber, el adrogante debía devolver el patri

monio del adrogado, en caso de que éste muriera impúber, así mismo, si el adrogado, aún impúber, era mancipado o desheredado sin causa justificada, tenía derecho a la restitución de su patrimonio, y a la cuarta parte de la sucesión del adrogante.

Además, si llegado a la pubertad al adrogado no le convenía la adrogación podía hacer gestiones ante el Magistrado para terminar con ella.

Los efectos jurídicos que generaba la adrogación fueron los siguientes:

- a) El adrogado caía bajo la potestad del adrogante con el mismo título que un descendiente nacido ex justis nuptiis.
- b) Los descendientes del adrogado pasaban también a la nueva familia y todos ellos perdían los derechos de agnación inherentes a su antigua familia, al tomar el nombre del adrogante.
- c) Los bienes del adrogado pasaban a poder del adrogante, posteriormente Justiniano dispuso que sólo tuviera el usufructo de ellos, quedando la nuda propiedad para el adrogado.

La Legitimación (época posclásica).

Fue la última fuente de la patria potestad que conoció el derecho romano, ésta presumía una relación natural de padre a hijo, pero excluía la idea de una potestad adquirida por efectos del nacimiento.

"Por la legitimación se adquiría la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos de concubinato".(9)

Mediante la legitimación, los hijos habidos con concubinas pasaban a la potestad de su padre, lo que implicaba una certidumbre legal en cuanto a la paternidad.

9. Petit, Eugene. Derecho Romano Primer Curso. 15ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1999. pág. 117.

La legitimación podía realizarse de las siguientes formas:

1. Por matrimonio subsecuente, esto es, cuando el padre contrae matrimonio con la concubina. Para que los hijos pudieran ser legitimados era preciso que hubieran nacido de personas entre las cuales era posible el matrimonio, éste debía acompañarse de un acta escrita probando que se había constituido una dote, y que se trataba de las justae nuptiae.

Esta legitimación producía efectos completos, pues el hijo entraba a la familia civil del padre.

2. Por oblación a la curia, permitía al padre que tuviera un hijo natural legitimarle, ofreciendo a su hijo como decurión, los decuriones eran responsables de la recaudación de impuestos y respondían con su propio patrimonio.

3. Por rescripto del Príncipe, aparece con Justiniano y se concede cuando no hay hijos legítimos y el matrimonio con la concubina es imposible.

Vg. Cuando la mujer había muerto o se había casado con otro hombre, el padre podía dirigirse al Emperador para que por su rescripto legitimara a su hijo.

Por último, la legitimación tenía efectos graves en el hijo, pues perdía su condición de sui iuris y además sufría una capitis deminutio, por lo que fue indispensable su consentimiento.

1.1.3. REGULACION JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD.

"El Estado muy pronto se dio cuenta de los peligros que significaba la patria potestad no reglamentada y para prevenir y evitar abusos tenía que intervenir".(10)

I. Regulación jurídica de los derechos del paterfamilias sobre la persona del hijo.

10. Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXI: Op. Cit. pág. 846.

a) El poder de dar muerte al hijo.

En los primeros tiempos este poder era absoluto. En la República, se ejerció con moderación, previa opinión del Consejo de familia integrado por los miembros de la gens, especialmente hermanos, que fueran paterfamilias.

En el Bajo Imperio, debido al relajamiento de las costumbres en la familia, hubo grandes abusos en el ejercicio de este derecho, por lo que intervino el legislador, para regular esta conducta.

Hacia el fin del siglo II de nuestra era, la facultad de vida o muerte del paterfamilias se redujo a un sencillo derecho de corrección, pudiendo el padre castigar las faltas leves. No podía castigar con la muerte, sino mediante acusación ante un Magistrado y mediante juicio y sentencia.

Por último Constantino determinó que el que matase a su hijo sería sancionado como parricida.

b) Derecho de mancipar (vender) al hijo.

El paterfamilias de la monárquica y republicana Roma podía vender y recobrar de nuevo a sus hijos, libremente. El hijo quedaba bajo el mancipium del adquirente, esto es en condición semejante a la del esclavo, sólo temporalmente, y sin dañar su ingenuidad. El adquirente debía liberar al hijo en un tiempo determinado; si se rehusaba, el Censor podía anular la mancipación, regresando al hijo a la autoridad paterna.

Hasta la publicación de las XII Tablas se impuso una limitación al derecho de vender a los hijos, estableciendo que un hijo que había sido mancipado tres veces, quedaba liberado de la autoridad paterna.

En la época de Antonio Caracalla, la venta de hijos se declaró ilícita, sólo se permitió en caso de extrema necesidad para procurarse alimentos.

Diocleciano prohibió la enajenación de los hijos de cualquier manera que fuere, venta, donación o empeñó.

Constantino prohibió la venta de los hijos, salvo que dicha venta tuviera por objeto la procuración de alimentos, se podía vender sólo al recién nacido.

Justiniano permitió la venta de hijos, sólo en caso de extrema necesidad, y cuando era necesaria para cumplir los requisitos formales de la adopción y emancipación.

c) El poder de abandonar a los hijos.

Esta práctica sólo fue prohibida en el Bajo Imperio. Constantino declaró que el hijo abandonado quedara bajo la autoridad de quien lo hubiese recogido, ya fuera como hijo o como esclavo.

Justiniano declaró al hijo abandonado como ingenuo, libre y sui iuris, no se encontraba bajo la potestad paterna (era llamado paterfamilias).

II. Regulación jurídica de los derechos del paterfamilias sobre los bienes del hijo.

"El hijo de familia no podía tener nada en propiedad, todo lo que adquiría pasaba a engrosar el patrimonio único del paterfamilias".(11)

El hijo carecía de capacidad para ser titular de derechos patrimoniales, no podía, por tanto, tener bienes propios. Todo lo que adquiría, propiedades, derechos de crédito, etc., pertenecía íntegramente al paterfamilias, para quien el hijo era sólo un instrumento de adquisición.

El ius civile romano concretó en cuatro partes fundamentales el derecho patrimonial del paterfamilias sobre los bienes del hijo bajo su potestad. Estos puntos se establecieron de la siguiente forma:

11. Bravo González, Agustín. Op. Cit. pág. 149.

- 1) El único derecho patrimonial dentro de la familia, era del paterfamilias.
- 2) El hijo sólo tenía capacidad de realizar negocios jurídicos que no fueran de enajenación o gravamen, porque carecía de propiedad y derechos reales, más sí podían adquirir a favor del padre derechos reales o de crédito.
- 3) El hijo por carecer de capacidad legal para ser titular de derechos patrimoniales, su capacidad de realizar negocios jurídicos, era igual a la del esclavo, un instrumento de adquisición del paterfamilias, pues era éste quien recibía todo lo adquirido por actos de su hijo.
- 4) Cuando por la realización de un negocio el hijo quedaba obligado, el pater no era deudor, sino solo aquél.

En el Bajo Imperio la regla por la cual los hijos no podían tener nada en propiedad se modificó, ciertas adquisiciones les fueron otorgadas en propiedad, extendiéndose en lo sucesivo este favor. Todo lo adquirido por el hijo de familia quedaba de su propiedad, salvo los bienes cuya autoridad le cedía el padre y que constituyeran para él un peculio.

1.1.3.1. LOS PECULIOS.

Los peculios fueron ciertas masas de bienes sobre las que se reconocieron al hijo de familia facultades variables según la época y clases de peculios.

Se distinguieron cuatro tipos de peculios; el Profecticio, el Castrense, el Cuasicastrense y el Adventicio. Este último, sin embargo, no fue considerado peculio por los romanos; lo bautizaron así por analogía los comentaristas medievales.

a) Peculio Profecticio.

Es el más antiguo de todos, estaba constituido por aquellos bienes que el paterfamilias dejaba al hijo, éste los administraba y frecuentemente los dedicaba al ejercicio del

comercio o de alguna industria. El paterfamilias seguía siendo el propietario del peculio; el hijo solamente tenía facultades de disfrute y administración revocables en todo momento, tampoco podía enajenar los bienes. En caso de muerte, la masa de bienes administrada por el hijo regresaba al resto de la masa patrimonial del paterfamilias.

b) Peculio Castrense.

Este peculio fue creado por Augusto, y confirmado por sus sucesores. El peculio castrense, se constituyó como un privilegio para los militares, comprendió todo lo que el hijo adquiría con motivo del servicio militar que prestaba, en especial su sueldo; su parte en el botín de guerra, las distribuciones de tierra y los legados que le eran hechos por terceros con motivo de su profesión militar.

Los bienes que formaban este peculio, pertenecieron en plena propiedad al hijo de familia; podía disponer de ellos por testamento y ejercitar acciones. Si moría sin testar, sus bienes pasaban al padre.

c) Peculio Cuasicastrense.

"Este peculio fue creado por Constantino en el año 320 a.C., y comprendía los bienes que adquiría el hijo de familia que prestaba sus servicios como funcionario en la corte, en el Palacio del Emperador o en la Iglesia".(12)

El peculio cuasicastrense, en su configuración fue similar al peculio castrense, con la diferencia de que en éste, los bienes obtenidos por el hijo en el ejercicio de su profesión no podían ser transmitidos por testamento, derecho que sólo concedía Justiniano.

d) Bienes Adventicios.

Fueron creados por Constantino, quien estableció que los bienes que el hijo heredase

12. Ibid., pág. 150.

de su madre (bona materna) no ingresaban al patrimonio del padre, sino que eran reservados al hijo; el padre únicamente obtenía el usufructo y la administración de los bienes, conservando el hijo la propiedad. Mas tarde el mismo Constantino, estableció que los bienes heredados por el hijo, de los abuelos maternos, de la cónyuge o su prometida, constituirían también bienes adventicios.

Los bienes adventicios no eran peculio en el sentido antiguo, sino un verdadero patrimonio, porque muerto el hijo, nunca revertían al pater iure peculi, sino que fueron objeto de la sucesión testamentaria o ab intestato del hijo.

Finalmente Justiniano completó la reforma, declaró que todos los bienes que adquiría el hijo de familia por cualquier modo y de cualquier procedencia, le pertenecían en propiedad, con dos únicas excepciones:

- 1) Los bienes adquiridos con dinero del padre o a costa de él.
- 2) Los bienes entregados por un tercero en gratitud o consideración al padre.

1.2. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO.

En la España Medieval, la figura de la patria potestad, se fue organizando con mayor regulación en los Códigos aragoneses.

Con las Leyes del Fuero Juzgo (Leyes visigodas), la influencia del derecho y costumbres germanas, conferían al hijo una mayor protección, y le otorgaban a la madre el derecho de ejercer la patria potestad sobre sus hijos, además rechazaban la idea del poder paterno como ilimitado y despótico. A pesar de su existencia estas leyes fueron poco aplicadas.

Las Siete Partidas fue el cuerpo legal más importante de su época, comprendía leyes de derecho romano, legislación canónica y leyes de los fueros españoles. Las Partidas plasmaron la influencia y las costumbres de la cultura romana en la legislación española.

Respecto a la autoridad paterna, no obstante que las Partidas derivaron del derecho romano, la patria potestad se ejercía con suavidad y piedad paterna. (Principio Justiniano).

La regulación de la patria potestad en las Partidas, específicamente la encontramos en la Partida IV Títulos XVII y XVIII.

PARTIDA IV, TÍTULO XVII

Ley I

Patria Potestad tanto en latín como en romance quiere decir poder que tienen los padres sobre los hijos, y señaladamente tienen este derecho los que se rigen por las leyes del Emperador.

Ley II

Los hijos que no son legítimos, ni descendientes por línea varonil no están en la potestad del padre. La madre no tiene en su potestad a sus hijos, ni tampoco el abuelo materno tiene en su potestad al nieto por parte de su hija y el tal nieto está en la potestad del padre.

Ley III

Algunas veces la palabra potestad es lo mismo que dominio, como el que tiene el señor sobre su esclavo; otras se toma por la jurisdicción; otras por la potestad del Prelado en los clérigos, y otras por la reverencia, corrección y sujeción del hijo para con el padre.

Ley IV

Se constituye la patria potestad por la procreación en legítimo matrimonio o por sentencia dada sobre esto entre el padre y el hijo o por adopción.

Ley V

Todo lo que el hijo adquiere por causa profecticia, esto es, de sus padres o abuelos, lo gana para el padre, que le tiene en su potestad, más en los bienes adventicios, como por donación, ciencia, legado o hallazgo de tesoro, es la propiedad del hijo; más el usufructo es del padre, y éste los administra tanto en juicio como fuera de él.

Ley VI y VII

Los bienes adquiridos por los hijos en el ejercicio, o en la curia del Rey, son suyos, y podrá testar de ellos, y se llaman bienes castrenses, lo mismo en los quasicastrenses que son los que adquieren los maestros de cualquier ciencia, por pensión de la Cámara del Rey, u otro lugar público, o los que se dan de salario a los jueces o escribanos del Rey, u otros semejantes por razón de oficio.

Ley VIII

El padre en la extrema necesidad, o por no morir de hambre puede vender a su hijo, o darle en prenda si le tiene en su potestad, pero la madre no puede.

Ley IX

Vendiendo el padre a su hijo por no perecer de hambre, si después vuelve el comprador el precio recibido por si o por otro, se libera de la servidumbre, pero está obligado a los gastos hechos por el comprador en la enseñanza de algún oficio.

Ley X

Puede el padre restituir judicialmente a su potestad al hijo detenido o vagabundo.

Ley XI

No puede el hijo convenir en juicio al padre en cuya potestad está, sino por causa del

peculio castrense, o por otra querrela, precedida licencia del Juez, ni tampoco puede responder o defender en juicio sin el consentimiento de su padre.

Ley XII

Aunque el hijo no puede demandar ni responder en juicio sin consentimiento del padre, hay casos en que sí; Vg. si el padre envía al hijo a estudios, o a otra parte, entonces puede responder a la querrela que le pusiesen, deudas que contraiga o malos hechos que ejecute y demandar lo que le hurtasen.

PARTIDA IV TÍTULO XVIII

Ley I

Por muerte del padre se deshace el poderío que tiene sobre el hijo, a menos que no hubiese salido antes de la patria potestad; pero si muriese sin haber salido de ella, sus hijos quedarían en poder del abuelo.

Ley II

Siendo condenado alguno por sentencia a que trabaje perpetuamente en las obras o fuese deportado a una isla, se llama muerte civil, y no puede hacer testamento, el otorgado anteriormente se informa y sus hijos en este caso salen de la patria potestad.

Ley III

El condenado a destierro temporal o perpetuamente a un lugar, no es civilmente muerto, porque no pierde los bienes, sino lo que se contiene en la sentencia, y así retiene la patria potestad en sus hijos.

Ley VI

Incestus en latín, convale en castellano a pecado con parienta; el padre que casare,

muerta su mujer, con parienta suya hasta el cuarto grado, contrae bodas incestuosas, y sus hijos salen por esto de la patria potestad.

Ley VII

La dignidad de Procónsul y de Prefecto Pretorio, liberan al que la tiene de la patria potestad...

Ley XV

Por emancipación se disuelve la patria potestad, y en premio de la emancipación, el padre tiene la mitad del usufructo en los bienes adventicios del hijo emancipado, a no ser que expresamente los perdone; y cuando se hace la emancipación el padre y el hijo comparecen ante un Juez ordinario, y dice el padre que libera a su hijo de su potestad, y el hijo lo hace consentir.

Ley XVI

No puede emancipar el padre a su hijo menor de siete años, o que está ausente, sino con licencia del Rey cometida al Juez ordinario del padre; pero si es emancipado el mayor de siete años estando ausente vale la emancipación, con tal de que cuando venga, consienta ante el Juez.

Ley XVII

No está obligado el padre a emancipar a su hijo, ni éste a ser emancipado, sino que la emancipación ha de ser hecha con voluntad de ambos y para prueba más fácil debe hacerse instrumento público de ella.

Ley XVIII

Por cuatro cosas se obliga a liberar al hijo de su poder: Primera, por castigarle cruelmente; Segunda, por dar arbitrio o licencia a la hija para prostituirse; Tercera,

recibiendo algo en testamento por que emancipase a sus hijos, y después no lo hiciese; y Cuarta, si prodigase a su entenado menor de catorce años y lo perjudicase después en sus bienes.

Ley XIX

Por la injuria verbal o de hecho contra el padre, se reduce el hijo emancipado como ingrato a la patria potestad y regresaba al poder paterno.(13)

1.3. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO.

1.3.1. MEXICO PRECORTESIANO.

En la cultura azteca, el hombre era el jefe de la familia, sin embargo, en derecho estaba en igualdad de circunstancias con la mujer. El hombre era el que educaba y castigaba a los hijos varones, y la mujer a las niñas.

Los aztecas consideraban al jefe de familia como un "Hombre de buen corazón, previsor, sostén y protección de sus hijos".(14)

La patria potestad era un poder muy amplio, pues implicaba el derecho de vender a los hijos como esclavos, pero no el de matarlos.

El padre podía vender a los hijos cuando a causa de su pobreza, le era imposible mantenerlos.

Para castigar a sus hijos, los aztecas eran muy estrictos, podían hacer uso de la violencia. Generalmente los herían con espinas de maguey y los reprendían con azotes, también les cortaban el cabello, y cuando el hijo era tenido por incorregible, el

13. Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio. T. III. Madrid, Ediciones Atlas, 1972. pág. 96 y sigs.

14. De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. 4ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1993. pág. 77.

padre con el permiso de las autoridades, podía venderlo como esclavo o exponerlo a los helados rigores de una noche en la montaña.

"Las hijas, generalmente eran educadas en casa, aun cuando había establecimientos especiales para la educación de las niñas, y establecimientos de reclusión y educación, especie de conventos bajo la autoridad de los sacerdotes".(15)

Los hijos de los nobles, de los ricos y de la clase media, vivían en la casa de sus padres hasta los quince años.

A los quince años los entregaban al Calmecac̄ o al Tepochcalli, según la promesa que se hubiera hecho el día de la imposición del nombre.

Estos lugares eran establecimientos educativos en los que permanecían cuatro o cinco años, hasta que sus padres concertaban el matrimonio. Del colegio salían a formar un hogar y a prestar sus servicios a la vida pública.

La patria potestad terminaba con el matrimonio del hijo o de la hija, para el cual, el consentimiento de los padres era necesario.

1.3.2. MEXICO COLONIAL.

La legislación particular de las Indias dictadas para el régimen de la Colonia, que necesariamente fue extensa y muy variada, nunca no se ocupó en tocar o modificar los principios cardinales e instituciones que conocía el derecho español antiguo.

La institución de la patria potestad, no fue excepción a este proceder. Por tal motivo, en esa época, no surgió un ordenamiento legal novedoso que cambiara la esencia de la patria potestad concebida y regulada en las Siete Partidas y el Fuero Juzgo.

"El esquema de la Familia Española estuvo presente en el México Colonial y se

15. Ibid. pág. 78.

constituía en beneficio del padre, el cual tenía dominio sobre su esposa e hijos, según lo autorizaban las Partidas".(16)

1.3.3. MEXICO INDEPENDIENTE.

El sistema jurídico que ha imperado en la legislación civil de nuestro país, encontró el fundamento básico para su elaboración, en los principios del derecho romano, en la antigua legislación española, y en los proyectos de Códigos civiles formulados en México.

a) El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.

En la exposición de motivos del Código Civil de 1870 los legisladores que crearon esta ley, consideraron que era injusta la costumbre de negarle a la madre la facultad de ejercer la patria potestad sobre sus hijos, y por primera vez en México, un ordenamiento legal le otorgó a la mujer este derecho.

En el artículo 391 de este Código, se plasmó esta idea, sin embargo la patria potestad era ejercida en primer término por el padre, y sólo a falta de él la ejercía la madre. Este ordenamiento legal no sólo le otorgo este derecho a la mujer, sino que amplió el derecho de ejercer la patria potestad a los abuelos y abuelas, en el siguiente orden, en primer lugar, el padre, después la madre y a continuación el abuelo paterno y después el materno y si no había abuelos, seguirían la abuela paterna y la materna.

Es decir la patria potestad se ejercía por una persona, y sólo que ésta no pudiera o hubiera perdido el derecho o se hubiera excusado en los términos legales, entraba en funciones otra persona.

En este ordenamiento también se reguló los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo y de la forma en que debían ser administrados.

16. Ibid. pág. 89.

Por último; el Código civil de 1870, incluyó en su texto los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, estableciendo principios que hoy en día siguen vigentes en nuestra legislación civil.

b) El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.

El Código Civil de 1884, en esencia, hizo una copia fiel del Código Civil de 1870, en cuanto a la regulación de la patria potestad se refiere. Por tal motivo, consideramos que no es necesario hacer mayor abundamiento en el tema.

1.3.4. MEXICO MODERNO.

a) La Ley de Relaciones Familiares de 1917.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917, hizo manifiesta la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, consideró la conveniencia de que la patria potestad se ejerciera en forma conjunta por el padre y la madre. Y en defecto de éstos por el abuelo y abuela paternos, y por último por el abuelo y abuela maternos, también en forma conjunta.

Los legisladores de esa época estimaron conveniente que la patria potestad se ejerciera en forma conjunta, toda vez que los hijos recibían la educación del padre y madre, es decir, de un hombre y una mujer, con lo cual formaban más adecuadamente a los menores.

En esta ley se suprimió la clasificación de los bienes del hijo, por considerarlos como reminiscencia de los peculios que estableció el derecho romano y que no tenía más objeto que el beneficiar al padre.

La administración de los bienes se tenía que hacer conjuntamente entre los ascendientes que ejercían la patria potestad, a éstos se les permitió, a manera de retribución por su trabajo, que gozaran de la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que era dividida entre ambos ascendientes.

b) El Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

Nuestra legislación ha regulado a esta figura de tal forma que ambos padres, son responsables de la patria potestad y a falta de ellos, ésta deberá ser ejercida por los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar. Nuestro Código, organiza a la patria potestad, como un cargo de derecho privado y de interés público.

"Aún cuando el ejercicio de la patria potestad se confiere a ambos progenitores, nuestra ley no establece una división de poderes y facultades que deban ejercer separadamente cada uno de los padres; sino que las cargas, los deberes y las facultades que imponga la patria potestad deben ser cumplidos conjuntamente por el padre y la madre, siempre mirando por la educación y formación del hijo. Nuestro Código no establece de que manera deberá ejercerse esa función; pero puesto que se trata de un conjunto de deberes y obligaciones que deben ser cumplidos indistintamente debe interpretarse, que en todo deberán ambos actuar de acuerdo, no solo en lo que se refiere a la administración de los bienes de los hijos, sino también a lo que atañe a los efectos de la patria potestad sobre la persona del hijo".(17)

En el caso de desentendimiento entre el padre y la madre, el Juez de lo Familiar podrá resolver lo que convenga siempre mirando por la protección del interés del hijo.

17. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. 17ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1998. pág. 693.

CAPITULO II

CONCEPTO, Y DEBERES, DERECHOS
Y OBLIGACIONES QUE IMPONE LA
PATRIA POTESTAD

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTO, Y DEBERES, DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE IMPONE LA PATRIA POTESTAD A LOS QUE LA EJERCEN Y A LOS SUJETOS A ELLA.

2.1. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

La procreación genera un vínculo biológico y un vínculo jurídico entre los progenitores y el hijo. Desde el punto de vista jurídico, el vínculo recibe el nombre de paternidad, cuando es visto desde el lado de los padres, y de filiación desde el ángulo del hijo.

La patria potestad toma su origen de la filiación legalmente establecida.

El Dr. Galindo Garfias señala que "la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere".(18)

Rafael de Pina la define como "el conjunto de las facultades, que supone también deberes, conferidos a quienes la ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes".(19)

Clemente de Diego la conceptúa como "el deber y derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos".(20)

18. *Ibid.* pág. 689.

19. De Pina Vara, Rafael Diccionario de Derecho. 26ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1998. pág. 525.

20. Chávez Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 3ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1997. pág. 294.

En todas las definiciones se habla de los derechos y deberes que ejercen los padres, y se señala también como una institución de asistencia y protección hacia los menores que quedan sujetos al ejercicio de la patria potestad la cual tiene una naturaleza especial y un fin específico.

2.2. CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

a) Cargo de interés público.

En el derecho moderno se ha reglamentado el ejercicio de la patria potestad considerándola como una función social, que implica una serie de deberes y responsabilidades en beneficio de los menores, ligados a las exigencias generales de la sociedad.

El artículo 138 Ter del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala que las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros.

No sólo es de orden público en relación con el interés social de ese régimen, sino también por el interés que observa el Estado a través de los funcionarios adecuados.

En nuestra legislación encontramos que la relación paterno-filial es sometida a una creciente intervención estatal a través del Ministerio Público, los Consejos Locales de Tutelas, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, y los Jueces Familiares.

b) Irrenunciable.

Expresamente el artículo 448 del C.C. determina que la patria potestad no es renunciable. Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad del cargo, derivan de su propia naturaleza. En primer lugar, porque su ejercicio es de interés público. La familia, la sociedad y el Estado tienen interés en la adecuada formación de

los menores. En segundo lugar, porque el artículo 6 del C.C. establece que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, o bien cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.

c) Intransmisible.

"Los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación natural entre padres e hijos menores de edad; aunado lo anterior, al carácter de interés público que existe en estos derechos".(21)

Excepcionalmente la patria potestad se transmite en el caso de la adopción.

d) Imprescriptible.

La prescripción, según nuestra legislación civil, es un medio de adquirir un derecho, o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo. Los derechos, deberes y obligaciones derivados de la patria potestad no sufren modificación alguna por el transcurso del tiempo, es decir la patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción.

e) Personal.

Es un conjunto de deberes, derechos y obligaciones de carácter personalísimo, que no pueden ser cumplidos a través de terceros, en virtud de que la patria potestad es un derecho que se origina de la paternidad y de la maternidad, por lo cual se concede legalmente atendiendo a la relación natural habida entre padres e hijos menores de edad. El artículo 414 del C.C. dice que la patria potestad se ejerce por ambos padres.

21. Elías Azar, Edgar. Op. Cit. pág. 383.

f) Temporal.

De acuerdo con el artículo 412 del C.C. la patria potestad se ejerce sobre los menores de edad no emancipados, lo cual quiere decir que la patria potestad subsiste mientras tenga el hijo menos de dieciocho años de edad, es decir, mientras alcance la mayoría de edad, o contraiga matrimonio antes de la mayoría de edad, y cobre la calidad de emancipado.

g) Excusable.

La ley permite que, en ciertas circunstancias, los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar en el ejercicio de la misma, se les puede excusar de cumplirla. El artículo 448 del C.C. dice que a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos; y

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

2.3. NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD.

Al iniciar el estudio sobre la naturaleza jurídica de la patria potestad surge un primer interrogante. ¿Se trata de un Derecho natural o de una Función social?

Es evidente que en el proceso de evolución todos los derechos han sufrido limitaciones, en mayor o menor grado, inclusive la patria potestad, a lo largo de su historia demuestra un proceso de debilitación y decadencia gradual del poder paterno.

En el capítulo anterior se expuso cómo los poderes paternos en Roma eran ilimitados, a pesar de la dulcificación de las costumbres operada durante la República.

A partir de Justiniano, y como consecuencia de las relaciones sociales cambiantes, en Roma, la patria potestad evoluciona de derecho absoluto a una relación poder-deber.

En el período medieval por efecto del cristianismo, se modificaron los preceptos rígidos, haciendo ver que también existían deberes que cumplir donde hasta entonces no se habían entendido más que derechos que ejercitar y cargas que imponer.

Sin embargo, la potestad paternal seguía incausada y absoluta en lo que se refiere a la educación, vigilancia de la conducta y formación de la personalidad de los hijos.

Looke expresa que "el poder paterno es más deber que autoridad, el padre debe hacer todo lo conducente al desenvolvimiento físico e intelectual del menor".(22)

Para Josserand "la evolución sufrida por la patria potestad durante la segunda mitad del siglo XIX y a partir del actual, consagra una suavización continua de la autoridad paterna que ha pasado de la categoría de derechos egoístas, a la de derechos-funciones, pues están condicionados por el fin para el que fueron creados, es decir, la protección y educación de los hijos".(23)

Volviendo a la interrogante que nos ocupa, y con los elementos de que disponemos podemos concluir que, suponiendo la existencia de los llamados derechos naturales, la patria potestad pudo ser considerada uno de ellos en Roma y aun en la Edad media, derivando de este concepto su carácter absoluto e incausado. Pero "la evolución que ha sufrido en deber y el nuevo interés jurídico tutelado "el hijo", nos permiten afirmar que en la actualidad, al menos doctrinariamente, la patria potestad debe ser considerada una institución que tiene como finalidad la formación intelectual y moral del menor".(24)

La patria potestad no es sino que "tiene", una función social, pero en los derechos que implica es un verdadero derecho natural.

22. Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXI. Op. Cit. pág. 797.

23. De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Elementos de Derecho Civil. 20ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1998. pág. 377.

24. Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXI. Op. Cit. pág. 798.

2.4. EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad tiene su fundamento en la naturaleza, por lo cual reconoce su origen en la paternidad y en la maternidad. A los padres incumbe el cumplir los deberes y el ejercicio de la patria potestad, siempre en interés del hijo.

En el cumplimiento de los fines propios de la patria potestad, existe evidentemente el interés de los padres que debe coincidir con el interés general del grupo social.

Desde el punto de vista interno, la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, está constituida primordialmente por un conjunto de deberes y obligaciones, y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades.

Desde el punto de vista externo, la patria potestad se presenta como un derecho subjetivo, que es la facultad de los progenitores conferida por el ordenamiento jurídico, para cumplir con los fines de la patria potestad.

Como derecho subjetivo la patria potestad es de ejercicio obligatorio, no existe ciertamente libertad del titular para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo. Los padres tienen cierta libertad en lo que se refiere a los medios empleados para cumplir esa función.

El ordenamiento jurídico al conferir un ámbito de libertad en el ejercicio de la patria potestad, confía a los padres la función protectora de los hijos menores y sus bienes.

El derecho objetivo toma en cuenta consideraciones de orden natural y afectivo (la procreación), de carácter ético (el deber de mirar por el interés del menor) y un aspecto social (la misión de los padres de formar hombres útiles a la sociedad), para hacer de los padres las personas idóneas para cumplir esa misión.

En el primer aspecto, es decir desde el punto de vista natural, no puede negarse que el ordenamiento jurídico, toma en cuenta el sentimiento de afecto y el interés de los

progenitores, como garantía del cumplimiento de esa importante función que desempeñan para educar y formar a los hijos.

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores y los hijos, se presenta en el deber de respetarse y tenerse consideraciones mutuas, el cual lleva implícito el deber de obediencia y respeto que observan los hijos hacia los padres.

Desde el punto de vista de la autoridad paterna, el fundamento ético de la patria potestad consiste en que la función encomendada a los padres no se agota en la procreación de los hijos, sino que impone a los padres la responsabilidad moral de formar a los hijos menores, física, intelectual y espiritualmente.

El contenido social de la patria potestad, se destaca desde el punto de vista de que los poderes conferidos al padre y a la madre constituyen una potestad de interés público; en cuanto que realizando esa misión en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

De la conjunción de estos elementos se desprende, que el orden jurídico exige que la autoridad paterna se encuentre sólidamente establecida dentro del grupo familiar y explica por qué en el derecho privado, se reúne en esta institución, el interés de los hijos y el de los padres, el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad y del Estado.

2.5. LA RELACION JURIDICA PATERNO-FILIAL.

"Las relaciones jurídicas del derecho familiar son aquellas vinculaciones de conducta que se constituyen por el parentesco, el matrimonio o la patria potestad y se rigen por el derecho".(25)

25. Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. 28ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1998. pág. 256.

Toda relación jurídica hace referencia, por un lado, a un hecho humano, y por el otro a una norma jurídica. Dice Savigny "Toda relación de derecho se compone de dos elementos: El primero la relación misma y el segundo la norma de derecho que reglamenta esta relación". (26)

La relación jurídica nacida de la paternidad y la filiación se establece entre personas vinculadas biológica y jurídicamente unas a otras. Como hemos visto no basta la vinculación biológica, sino que se requiere también el vínculo jurídico.

Por lo tanto, la relación jurídica paterno-filial se refiere a sujetos determinados que son los padres e hijos. Entre ellos surge, como consecuencia del hecho natural de la procreación, así como de la paternidad y la filiación legalmente establecidas, una relación jurídica que se manifiesta en un complejo de deberes familiares y obligaciones patrimoniales.

La relación jurídica paterno-filial, como hemos mencionado anteriormente, comprende a los padres e hijos, por lo que no puede hacerse referencia sólo a la relación que existe desde el punto de vista de los padres. Así, desde el punto de vista de los progenitores, dicha relación recibe el nombre de patria potestad; desde el punto de vista de los hijos, propone el Lic. Manuel F. Chávez Ascencio, "se le conozca como responsabilidad filial", abarcando así a ambos sujetos de la relación jurídica. (27)

2.5.1. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL.

Los sujetos de la patria potestad pueden ser activos o pasivos, según corresponda al que la ejerce o al que se encuentra bajo la autoridad paterna. Son sujetos activos de la patria potestad, los ascendientes: padre y madre conjuntamente o el que sobreviva. Son sujetos pasivos los descendientes, menores de 18 años no emancipados.

26. Chávez Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Familiares. 5ª. ed., México, Editorial Porrúa, 1999. pág. 263.

27. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Op. Cit. pág. 284.

Esto significa que el ejercicio de la patria potestad recae sobre el padre y la madre, ambos ejercen con plenitud de facultades la totalidad de sus deberes, respondiendo íntegramente de todas sus obligaciones, y sólo por muerte de alguno o por haber incurrido en la pérdida de la misma, pasa al otro.

Nuestra legislación, a diferencia de otras, no limita la patria potestad a los padres, sino que en previsión por la ausencia de ellos, llama a ejercerla a los abuelos.

El artículo 414 del C.C. nos dice la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

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

Expresamente nuestra ley civil regula de manera igual el ejercicio de la patria potestad, sobre toda clase de descendientes, puesto que no hay diferencia jurídica ni de hecho entre los hijos con relación a su origen, ni tampoco en la forma como se ejerce la patria potestad.

El artículo 415 del C.C. reglamentaba, antes de la reforma de diciembre de 1997, el ejercicio de la patria potestad, respecto a los hijos habidos fuera de matrimonio; la reforma derogó dicho artículo, con lo que desapareció la distinción entre hijos nacidos de matrimonio e hijos nacidos fuera de matrimonio. Sin embargo como el artículo no fue abrogado, sino sólo derogado, el texto del mismo, se podrá aplicar, en relación con el ejercicio de la patria potestad, en lo que no se oponga a la ley vigente.

Además, el Código civil vigente no modificó el Título Séptimo en su Capítulo IV, que se refiere al reconocimiento de los hijos, y establece reglas especiales respecto a los hijos nacidos fuera de matrimonio.

Así, se observará lo dispuesto en los artículos 380 y 381 del C.C. que expresan lo siguiente:

Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar resolverá lo más conveniente atendiendo el interés superior del menor.

Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que los padres convinieran otra cosa, y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave.

En caso de separación de los que ejercen la patria potestad, los artículos 416 y 417 del C.C. en términos generales expresan que:

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos conservan el ejercicio de misma, por lo que deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes. El padre que no tenga la custodia, conserva el derecho de vigilar el cuidado y educación que se está dando a sus hijos, el derecho de visita con las modalidades que señale el tribunal, y el deber de colaborar con quien tiene la custodia.

Respecto al hijo adoptivo la patria potestad la ejerce únicamente la persona o personas que adoptan, como consecuencia natural de la adopción.

2.6. DERECHOS, DEBERES Y OBLIGACIONES DE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD.

Toda relación jurídica genera derechos y obligaciones recíprocas, la patria potestad, como una relación jurídica, no es la excepción, sin embargo en las relaciones jurídicas familiares los derechos y obligaciones trascienden al ámbito personal-afectivo, por lo que además de derechos y obligaciones, encontramos deberes familiares.

Así, entendemos que se reserva el concepto deber familiar para las obligaciones con un contenido moral, derivadas de la relación familiar-afectiva; y el término obligación, cuando tienen un contenido patrimonial.

El Lic. Manuel Chávez A. nos dice: "La Patria potestad es una relación jurídica que se traduce en un complejo de deberes familiares y obligaciones pecuniarías".(28)

2.6.1. EFECTOS RESPECTO LA PERSONA DEL MENOR.

Se refieren a los deberes que se manifiestan tanto en las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella, como en la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros.

2.6.1.1. LA GUARDA.

Nuestra legislación habla de guarda y custodia, y según entendemos se trata del mismo deber. La guarda es el primer deber de los padres, Zannoni la define como "la facultad de tener consigo al menor".(29) Otros autores afirman que más allá de la guarda material propiamente dicha, ésta es el presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas como son la educación, la corrección, la asistencia y la representación del menor, así como la administración de sus bienes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado:

GUARDA. NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESIÓN. La guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlos y cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.

28. Id.

29. Zannoni, Eduardo A. Derecho de Familia. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978. pág. 712.

Amparo Directo 73/87. Salvador Cordero Tomer y otra. 6 de abril de 1987. Cinco votos.
Ponente: Jorge Olivera Toro.

Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación,
Tomo: 217-228, Cuarta Parte. Página 133.

La guarda consiste, creemos, en la convivencia con los hijos, porque más allá de la inmediatez física con el menor, hay un contenido espiritual y afectivo en la vida en común, que no se ve totalmente expresado con el término guarda. La convivencia es la natural consecuencia de la guarda, la cual no es simplemente la facultad de los padres de tener consigo al menor, para cumplir con las funciones paternas, sino que implica un deber de convivencia afectiva y respetuosa entre padres e hijos.

La convivencia con el menor tiene por objeto lograr su estabilidad personal y emocional, esto se logra a través del afecto, presencia personal y respaldo espiritual; además permite cumplir otros deberes inherentes a la guarda como son la protección de la persona y la vigilancia del menor.

a) La protección a la persona.

Dentro de la relación paterno-filial el deber de guarda de los padres implica la protección de la persona del hijo, "frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física, intelectual y moral". (30)

Por lo anterior, puede el padre prohibirle al menor que frecuente el trato de personas determinadas, o la asistencia a lugares o espectáculos que estime inconvenientes; puede aun revisar la correspondencia del menor.

b) La vigilancia de sus actos.

El deber de guarda comprende el vigilar los actos del menor, por lo cual los padres

30. Chávez Ascencio, Manuel F. Op. Cit. pág. 321.

son responsables civiles de los daños y perjuicios causados por los actos de sus hijos, siempre que exista negligencia de los padres y que el menor bajo su potestad realice un daño, originando un hecho ilícito que el padre está obligado a reparar.

En nuestra legislación, el artículo 1919 del C.C. textualmente dice: "Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los que estén bajo su poder y que habiten con ellos".

El artículo 1922 del C.C. agrega que ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

2.6.1.2. LA EDUCACIÓN.

"El deber de educación de los hijos implica el deber y el derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea paterna incluye la formación de carácter, de espíritu y de los sentimientos que tanto van a incidir sobre sus inclinaciones de vida".(31)

En nuestra legislación civil los padres en el ejercicio de la patria potestad tienen el derecho y el deber correlativo de formar a los hijos y educarlos, y en este sentido los padres tienen el derecho de escoger el tipo de educación que habrá de impartirse a sus hijos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en el artículo 31, que es obligación de los mexicanos hacer que sus hijos o pupilos, concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria y secundaria.

31. *Ibid.* pág. 325.

Asimismo, el Código civil señala en su artículo 422, que a las personas que tienen al menor bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Educar convenientemente significa que debe darse la educación según el sexo, según la vocación; comprende la educación física, moral y religiosa, y deben tomarse en cuenta las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores. Comprende también, el término convenientemente, el buen ejemplo de los padres exigido por el artículo 423 del C.C.

La responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior es de carácter civil; pero aparte existe la responsabilidad administrativa establecida en el artículo 53 de la Ley Federal de Educación que impone a los que ejercen la patria potestad sobre los menores de quince años; la obligación de proporcionarles la educación primaria.

En esta materia el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita al menos en lo concerniente a la instrucción elemental. La instrucción elemental será obligatoria.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos.
3. Los padres tendrán derecho preferente, por prioridad jurídica, a escoger el tipo de educación que habrá de impartirse a sus hijos.

También está el derecho de los padres para garantizar que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Por último, creemos que debe precisarse el término educación para reservar a la escuela el término instrucción.

"Educar significa dirigir, encaminar, desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del menor. Es decir, comprende la formación física y espiritual del hijo".(32)

En nuestra opinión, educar implica preparar a los menores, no sólo a subsistir materialmente, sino para la perfecta convivencia social, dentro del ámbito ético-moral, religioso y afectivo para que desempeñen apropiadamente el rol, que les corresponderá en la vida, ya sea como ciudadanos, gobernantes, profesionistas y, sobre todo como unos ejemplares padres de familia para que éstos a su vez, tengan los elementos suficientes para educar a sus propios hijos.

2.6.1.3. DERECHO DE CORREGIR.

Como una consecuencia del deber que tiene los padres de guiar y educar a sus hijos, establecido por el artículo 422 del C.C. y como un medio para efectivizar este derecho, el artículo 423 del mismo ordenamiento, otorga a los padres la facultad de corregir a sus hijos, y la obligación de observar una conducta digna y decorosa que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica o ambas, según lo dispuesto por el artículo 323 Ter del C.C. el cual menciona que los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y psíquica.

Este derecho de corrección se debe ejercer moderadamente para evitar conductas que generen violencia familiar, por lo anterior quedan excluidos los malos tratos, castigos o actos que comprometan la salud, seguridad y moralidad de los menores.

La misma ley señala que la educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato.

32 ibid. pág. 327.

2.6.1.4. ASISTENCIA (OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS).

Otra de las obligaciones que tiene el ascendiente hacia el descendiente es la asistencia, la cual es regulada por el artículo 303 del C.C. que menciona que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos.

Esta obligación de los padres también se encuentra regulada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4º en el cual señala que es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades.

Así, el artículo 308 del C.C. establece como asistencia hacia el menor la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto.

Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales. "La educación de los hijos no se realiza sin gastos, siendo éstos a cargo de los padres; la carga económica es la más pesada de las que deben soportar los padres".(33)

El importe de la obligación alimentaria se determina en proporción a la situación del deudor y las necesidades del acreedor alimenticio. El artículo 311 del C.C. establece que los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.

Esta obligación que deben cumplir en primer lugar los padres respecto de los hijos, no es específica de la patria potestad; tiene su fuente en el parentesco, por lo cual subsiste aun cuando la patria potestad termine o se pierda. Además es una obligación recíproca, es decir, corresponde también a los hijos dar alimento a los padres cuando éstos lo necesiten.

33. Ibid. pág. 333.

2.6.1.5. REPRESENTACION LEGAL DE LA PERSONA.

Los padres son representantes legales de sus hijos; la representación que ejercen no es sino una de las facultades del derecho de patria potestad. Esta es una representación total que comprende a la persona y sus bienes. En relación con la persona entendemos el cuidado de los menores y todo lo relativo a su formación y educación. La representación en cuanto a los bienes, implica que tienen la administración legal de éstos.

Así, nos encontramos ante una representación amplísima, que comprende no sólo lo patrimonial, sino a la persona misma del representado, lo que se da sólo en la patria potestad.

Nuestra legislación establece en su artículo 425 del C.C. que los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella. Por lo anterior, el que está sujeto a la patria potestad no puede celebrar actos ni comparecer en juicio, salvo expreso consentimiento de los que ejercen la patria potestad, ya que éstos los representarán también en juicio.

Por último, el Lic. Galindo Garfias nos dice "la representación legal del menor, corresponde a los padres, como una consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y la administración de los bienes del menor; por lo que es evidente que aquél que desempeña esa función protectora, y asume la responsabilidad de actuar en interés del hijo, tenga a su cargo la representación de éste."(34)

2.6.2. EFECTOS SOBRE LOS BIENES DEL MENOR.

Respecto de los efectos de la patria potestad sobre los bienes del hijo, es necesario atender al origen de los mismos. Al respecto, nuestro Código civil los clasifica en

34. Op. Cit. pág. 703.

bienes que el menor adquiere por su trabajo, y bienes que el menor adquiere por otro título. De esta clasificación resultan los derechos y obligaciones de administración, usufructo y disposición de los bienes del hijo, que poseen los padres que ejercen la patria potestad.

2.6.2.1. ADMINISTRACION.

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

El artículo 425 del C.C. señala que los que ejercen la patria potestad son administradores legales; esto significa que la facultad de administración se confiere por ley a los padres, pues se trata de una administración en nombre e interés del menor.

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

Los bienes que el hijo adquiera por su trabajo le pertenecen en propiedad, administración y usufructo.

En cuanto a los bienes que el hijo ha adquirido por cualquier causa distinta de su trabajo tiene la propiedad y sólo la mitad del usufructo; la otra mitad del usufructo y la administración de dichos bienes corresponde a los padres.

La idea fundamental de la administración en la patria potestad, es la conservación de los bienes, por ello las facultades de administración no son absolutas, la ley las reglamenta y fija limitaciones.

Con relación a lo anterior el artículo 436 del C.C. dice que la enajenación y el gravamen

de bienes inmuebles y muebles preciosos que correspondan al hijo, sólo pueden hacerse previa autorización del Juez competente y comprobando la absoluta necesidad o el evidente beneficio para el hijo. El juez tomará las medidas necesarias para que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, por lo anterior la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de dicha cantidad sin orden judicial.

Existen otros actos que no pueden realizarse ni con autorización judicial, y son los consignados en el segundo párrafo del artículo 436 del C.C. el cual prohíbe celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, recibir renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta; hacer donaciones con los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, dar fianza en representación de los hijos.

Es importante mencionar que las personas que ejercen la patria potestad tiene la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos. Los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias, a instancia de las personas interesadas: (el menor cuando tenga catorce años o del Ministerio Público), para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Por último, mencionaremos que la administración de los bienes del menor, termina al concluir la patria potestad, con la obligación de los padres de entregar a su hijo todos los bienes y frutos que le pertenecen.

2.6.2.2. USUFRUCTO.

"Se entiende por usufructo paterno el derecho que tiene los padres que ejercen la patria potestad a disfrutar los bienes de los hijos sometidos a ella".(35)

35. Chávez Ascencio, Manuel F. Op. Cit. pág. 337.

El artículo 430 del C.C. previene que corresponde a los que ejercen la patria potestad, la administración y la mitad del usufructo de los bienes del hijo, excepto aquellos que adquiera por su trabajo.

El usufructo de los padres legislado en el título de la patria potestad, responde a razones de orden familiar antes que a motivos económicos, por lo tanto entendemos que es una facultad conferida a los padres para cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.

En relación con lo anterior la ley establece que el usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del Título VI del Código civil referente a los alimentos, así en los casos en que los padres que ejercen la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad.

Por lo anterior, los padres no pueden conservar de los productos más que aquello que exceda cuanto es necesario para la alimentación y educación del menor conforme a su fortuna.

Además de la obligación alimenticia, el padre deberá cumplir las cargas impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza.

El usufructo se extingue, de acuerdo con la ley, por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos; por la pérdida de la patria potestad (aunque la obligación de dar alimentos subsiste); y por la renuncia de los padres, ésta se considera como una donación.

2.6.2.3. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA ADMCIÓN. DE BIENES.

Los padres, en cuanto a los bienes del menor, son legítimos representantes, lo que

implica que tienen la administración legal de dichos bienes, y de acuerdo con nuestra legislación deben cumplir con las obligaciones contenidas en los artículos 439 y 442 del C.C. que señalan que las personas que ejerce la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de su administración al hijo y entregarle luego que se emancipe o llegue a la mayoría de edad todos los bienes y frutos que le pertenecen.

De la propia naturaleza de la administración y representación se deriva que quienes ejercen la patria potestad, deben ser responsables de los daños y perjuicios que se ocasionen al menor por la mala administración. En estos casos los padres están obligados a reparar el daño en la disminución patrimonial habida y pagar el perjuicio, que significa la falta de ganancia lícita que hubiere obtenido el hijo.

Consecuentemente, pueden generarse daños y perjuicios por una mala administración que eventualmente podría tipificar un delito.

2.7. DEBERES, DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL MENOR SUJETO A LA PATRIA POTESTAD.

Hemos mencionado que la patria potestad es una relación jurídica familiar, que genera derechos, deberes y obligaciones. Respecto de los padres este conjunto de derechos deberes y obligaciones recibe el nombre de patria potestad.

Por lo que hace a los hijos, éstos también deben cumplir con obligaciones y deberes hacia sus padres, tales como respetarlos, obedecerlos, darles alimentos, vivir con ellos, etc. Y pueden, los hijos, exigir derechos, los cuales ya fueron tema de estudio.

Apoyándonos en la opinión del Lic. Manuel F. Chávez Ascencio, creemos conveniente denominar Responsabilidad Filial, a este conjunto de derechos, deberes y obligaciones de los hijos.(36)

36. Loc. cit. pág. 284.

2.7.1. DEBER DE RESPETO.

Considerando a la institución, desde el punto de vista de los ascendientes, la patria potestad se atribuye con el fin de formar y educar a los hijos. En la medida en que ese deber se cumpla, se justifica la autoridad de los padres y la correlativa subordinación de los hijos. El deber de los padres de educar, de expedir órdenes y de ejercer la autoridad, exige como respuesta el deber de respeto de los hijos, quienes reconocen la autoridad de aquellos.

Este deber de respeto está implícito en el artículo 411 del C.C. que fue modificado, para comprender el respeto entre todos los miembros de la familia sean ascendientes o descendientes, expresando que entre ellos "debe imperar el respeto y la consideración mutua, cualquiera que sea su estado, edad y condición".

Por su contenido moral el deber de respeto entre los miembros de la familia no puede ser considerado como un efecto de la patria potestad, sino que es el fundamento ético de las relaciones paterno-filiales, el cual no se extingue con la emancipación.

2.7.2. DERECHO A UN DOMICILIO LEGAL.

Los padres tienen una dirección general sobre la persona del hijo, quien está obligado a vivir con sus padres o con quien ejerza la patria potestad.

El hijo mientras esté bajo la patria potestad, no podrá dejar la casa de sus padres sin la autorización de ellos o sin el permiso de la autoridad competente, según la ley en los términos del artículo 421 del C.C. A contrario sensu se concluye el derecho del menor de vivir con sus padres, en el domicilio que tengan éstos establecido, el cual se reputa domicilio legal del menor no emancipado.

Lo anterior de acuerdo con el artículo 31 del C.C. que señala como domicilio legal:

I. Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.

La obligación del menor de vivir con sus padres es el presupuesto esencial de la patria potestad, dado que a través de éste puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines y objetivos de la patria potestad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación dice:

PATRIA POTESTAD, GUARDA DEL MENOR NECESARIA PARA EL EJERCICIO POR LOS PADRES DE LA. La patria potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos padres tengan la guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente.

Amparo Directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: José Manuel Villagordo Lozano.

Octava Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988. Página. 330.

2.7.3. LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS.

Cuando hablamos de la obligación de dar alimentos, mencionamos que ésta es una de las principales consecuencias del parentesco, la cual se basa en la solidaridad que une a los miembros de la familia, ya que las personas que son miembros de un mismo grupo, se deben recíproca asistencia y manutención.

De acuerdo con el artículo 304 del C.C. una de las obligaciones de los hijos respecto de sus padres es la de proporcionarles alimentos cuando éstos lo necesiten.

El artículo 308 del C.C. establece que los alimentos comprenden la comida, el vestido

la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto.

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

La obligación alimentaria se determinará en proporción a la situación del deudor y las necesidades del acreedor alimenticio. El artículo 311 del C.C. establece que los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.

CAPITULO III

**DE LA PERDIDA, SUSPENSIÓN Y
LIMITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD**

CAPITULO TERCERO

DE LA PERDIDA, SUSPENSION Y LIMITACION DE LA PATRIA POTESTAD.

"La patria potestad puede llegar a su término por situaciones incompatibles con su continuación o por vía de sanción".(37) Nuestra legislación civil distingue los términos: limitar, suspender y perder como sanciones; y terminar, suspender y excusar como situaciones de hecho incompatibles con la patria potestad.

3.1. TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad se termina cuando, sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales debe concluir.

El Código civil en su artículo 443 menciona las causas por las cuales se termina la patria potestad.

3.1.1. MUERTE DE QUIEN LA EJERCE: La fracción I dice que la patria potestad se acaba con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga. Esta fracción supone que el que detenta la patria potestad es el último sobreviviente de los que deben ejercerla, consignados en el artículo 414 del C.C. que habla de los padres, de los abuelos y abuelas paternos y maternos. La muerte del último genera la necesidad de nombrar un tutor al menor no emancipado, resolución que tomará el Juez Familiar, oyendo a los hermanos, tíos y demás familiares, atendiendo siempre al interés del menor sujeto a ella.

En este caso se extingue la institución jurídica de la patria potestad, para dar nacimiento a otra institución jurídica llamada tutela legítima de los menores, que es la institución jurídica sustituta de la patria potestad,

37. Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXI. Op. Cit. pág. 817.

3.1.2. EMANCIPACIÓN: En nuestro derecho sólo está contemplada la emancipación derivada del matrimonio. De acuerdo con el artículo 641 del C.C. el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación.

La emancipación se funda en el principio de que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a patria potestad, además de que con el matrimonio el contrayente adquiere el gobierno de su persona y la administración de sus bienes, aunque con las restricciones que marca el artículo 643 del C.C.

3.1.3. MAYORÍA DE EDAD: La patria potestad termina cuando el menor sujeto a ella alcanza la mayoría de edad. Desde ese momento se presume que ya no necesita la función protectora del padre y la madre.

Los artículos 646 y 647 del C.C. establecen que la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos, a partir de esta edad los hijos disponen libremente de su persona y bienes.

“La mayoría de edad se alcanza en el momento en que una persona física cumple el número de años señalados por la ley, a partir de la cual tienen plenitud de la capacidad de obrar, siempre que circunstancias especiales no impidan su ejercicio”.(38)

3.2. SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

La suspensión de la patria potestad es una medida preventiva que no implica, necesariamente, como en el caso de la pérdida, una sanción al padre o a la madre.

“Aquí se trata de evitar que el hijo carezca de una adecuada asistencia y representación jurídica”.(39)

38. De Pina, Rafael. Op. Cit. pág. 405.

39. Zannoni, Eduardo A. Op. Cit. pág. 786.

El artículo 447 del Código civil menciona las causas por las que se suspende la patria potestad, que son:

3.2.1. INCAPACIDAD: La fracción I hace referencia a la incapacidad declarada judicialmente. Es decir, al estado de interdicción que se establece por medio de sentencia de Juez de lo Familiar competente, como consecuencia de un proceso seguido ante él. En este caso se trata, no de la suspensión de la patria potestad, sino de la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, que ejercerá el cónyuge sano, pero conservará el enfermo todos los deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad.

3.2.2. AUSENCIA: Para los casos en los que una persona desaparece y no se tiene noticia inclusive sobre su existencia, el derecho ha creado el procedimiento de ausencia, y será el Juez Familiar quien declare formalmente la ausencia. La fracción II establece como consecuencia necesaria de la ausencia declarada formalmente, la suspensión de la patria potestad. El ausente está imposibilitado para ejercerla, y se le suspende del ejercicio de la patria potestad; aún cuando la misma se conserva.

En este caso la patria potestad debe entenderse en suspenso respecto del padre o madre que ha desaparecido.

3.2.3. EL CONSUMO DE ALCOHOL, EL HÁBITO DE JUEGO, Y EL USO NO TERAPÉUTICO DE SUBSTANCIAS LÍCITAS E ILÍCITAS, QUE AMENACEN CAUSAR ALGÚN PERJUICIO CUALQUIERA QUE ÉSTE SEA AL MENOR.

La fracción III del artículo que se estudia, establece cuatro causales por las que se sanciona a los padres con la suspensión de la patria potestad, éstas son:

- a) El consumo de alcohol que amenace causar algún perjuicio al menor.
- b) El hábito de juego que amenace causar algún perjuicio al menor.

c) El uso no terapéutico de sustancias ilícitas, a que hace referencia la Ley General de Salud, que produzcan efectos psicotrópicos y que amenacen causar algún perjuicio al menor.

d) El uso no terapéutico de sustancias lícitas que produzcan efectos psicotrópicos y que amenacen causar algún perjuicio al menor.

Para que proceda la suspensión no es necesario acreditar los cuatro supuestos mencionados; se puede suspender la patria potestad si se presenta uno solo de éstos, tampoco se requiere que se haya afectado al menor, basta con que exista la amenaza de causarle algún perjuicio con la conducta de sus padres.

3.2.4. SENTENCIA CONDENATORIA: La última fracción del artículo 447 del C.C. presenta múltiples posibilidades de suspensión de la patria potestad, pues señala en general que ésta se suspende por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión. La pregunta es ¿qué causas pueden dar lugar a esta sentencia? Debemos distinguir que en el caso que se estudia se hace referencia a situaciones o actitudes del padre o de la madre que sin ser de extrema gravedad, para sancionar con la pérdida, sí exigen la suspensión de la patria potestad.

El Juez Familiar deberá resolver lo relativo a la patria potestad en general, y en tal virtud, ha de contar con los medios de convicción suficientes para emitir el juicio más favorable al interés del menor.

3.3. LIMITACION EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

El artículo 444 Bis del Código civil textualmente dice: "La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este ordenamiento legal". Y conforme al artículo 283 del C.C. en la sentencia de divorcio se fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver sobre la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, según el caso.

Nuestra legislación civil no establece concretamente las causas que pueden dar lugar a esta sanción, por lo que el Juez Familiar determinará cuando procede decretar la limitación de la patria potestad.

3.4. PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Los casos de pérdida de la patria potestad implican una sanción legal "cuando la conducta ilícita de los padres contraría básicamente los contenidos sustanciales que los deberes-derechos emergentes de ella, imponen a los progenitores".(40)

Todas las causas señaladas en el artículo 444 del Código civil son de tal naturaleza graves, que la patria potestad se pierde definitivamente. Como sanción se impide su ejercicio, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas. Algunas de las causas tienen efecto preventivo, y otras son consecuencia directa de la acción ejecutada en contra del menor.

3.4.1. **CONDENA:** La fracción I del artículo 444 del C.C. señala que la patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. Debe tratarse de alguna situación grave que implique la pérdida, pues debemos recordar que también por sentencia se puede imponer la suspensión o limitación que, indudablemente se presentan cuando es menos grave la falta del progenitor que la ejerce. Es de tal amplitud que queda al arbitrio judicial decidir pero siempre tomando en cuenta la actuación grave y perjudicial para el menor.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA. Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos en

40. Ibid. pág. 773.

la ley se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

Amparo Directo 250/88. Guadalupe Méndez Blanca. 23 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.

Octava Época, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIV, Julio de 1994. Página 694.

3.4.2. DIVORCIO: La pérdida es consecuencia de la sentencia que disuelva el vínculo, y también como sanción contra uno de los consortes. "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos"; el Juez en los términos del artículo 283 del C.C. deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. Desde luego es de suponerse que el cónyuge culpable de una causal que afecta a los hijos pierde la patria potestad; si afecta al otro consorte, debe quedar a juicio del Juez la pérdida, suspensión o por causas menos graves sólo la limitación.

Al respecto encontramos la siguiente Jurisprudencia:

PATRIA POTESTAD. LOS MOTIVOS PARA LA PERDIDA DE ESTA EN LOS CASOS DE DIVORCIO, DEBEN SER ANALIZADOS, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE NO SE ENCUENTREN DETERMINADOS EN LA LEY. En los artículos 444 y 283 del Código civil para el Distrito Federal, no se prevén de manera casuística los motivos de pérdida de la patria potestad, pues en la fracción II del primero de ellos se establece en forma general que el derecho de ejercer aquélla se pierde en los casos de divorcio, en los cuales se deberá tener en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código citado, conforme al cual el juzgador tiene las más amplias facultades para resolver sobre la procedencia de la supresión de tal derecho, para cuyo efecto deberá obtener los elementos de juicio necesarios. Por lo que el hecho de que los motivos por los cuales uno de los cónyuges solicite que se decrete en contra del otro la pérdida de la patria potestad, no se encuentren determinados específicamente en el artículo 444 referido,

no es razón suficiente para que el juzgador deje de examinarlos, pues al tratarse de un caso de divorcio, los motivos invocados, pueden ser suficientes para tal efecto y por ende deben ser analizados a la luz de lo establecido en el precepto 283, en relación con la fracción II del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

Amparo Directo 526/95. Laura Julia Díaz Hernández. 14 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez.

Novena Época, Instancia: Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, Noviembre de 1995. Tesis: I.8o.C.30 C. Página 569.

3.4.3. VIOLENCIA FAMILIAR: La fracción III hace referencia a la violencia familiar en contra del menor, si ésta constituye una causa suficiente para decretar la pérdida. Por violencia familiar entendemos, de acuerdo con el artículo 323 Quater del C.C. el uso de la fuerza física o moral, o la omisión grave ejercida contra el menor por uno o ambos progenitores, que atente contra la integridad física, psíquica o ambas, produzca o no lesiones.

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) al referirse al maltrato de menores lo clasifica en:

a) Maltrato físico.- Es la agresión física en contra del menor que se manifiesta por lesiones: hematomas, quemaduras, fracturas o contusiones craneales; causados con diversos objetos como son: cables de luz, palos, cigarrillos, diversas sustancias.

b) Maltrato psíquicoemocional.- Son actitudes dirigidas a dañar la integridad de los menores con manifestaciones verbales o gestuales que humillan y degradan, generándole sentimientos de desvalorización y baja autoestima personal.

Con la última reforma se han establecido medidas de seguridad y protección para los menores agredidos, las cuales incluyen terapias para evitar y corregir estos actos. (artículos 282 fracción VII y 283 segundo párrafo, ambos del C.C.)

En este supuesto la violencia deberá ser de tal gravedad e intensidad, que represente un peligro real a la integridad física e incluso a la vida del menor. Corresponderá al Juez Familiar conforme a su prudente arbitrio, ponderar si efectivamente el abuso, en cada caso en particular, constituye una causa suficiente para decretar la pérdida de la patria potestad.

Lo anterior independientemente de las sanciones de tipo penal en que incurra el agresor.

3.4.4. INCUMPLIMIENTO DE ALIMENTOS: El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad. Esta fracción se refiere a una conducta pasiva y de suma irresponsabilidad por lo que la ley considera que el padre que no demuestra interés alguno para proveer a la subsistencia, cuidado y educación de su hijo, a pesar de tener a su alcance los medios para hacerlo, debe perder la patria potestad sobre él atento a lo establecido en la fracción IV del artículo 444 del C.C. ya que su conducta pone en peligro la vida e integridad corporal del menor.

Es importante destacar que el incumplimiento de esta obligación debe ser reiterado.

3.4.5. EXPOSICIÓN LOS HIJOS: El género es el abandono y la exposición una de sus formas. "La exposición consiste en haber dejado al hijo (de corta edad) en la puerta de un lugar público, de una iglesia o en la vía pública".(41) Es dejar al hijo en un paraje público, guardando el incógnito que impide su identificación y la de los padres, y deja al menor en la situación de hallado o encontrado.

Nuestra legislación al hablar de la exposición se refiere al recién nacido dejado en un sitio público, a la intemperie, con lo cual se hace peligrar su vida. Por lo anterior la ley ha considerado esta causa lo suficientemente grave para justificar la pérdida de la patria potestad.

41. Enciclopedia Jurídica Ormeba. T. XXI. Op. Cit. pág. 819.

3.4.6. ABANDONO DE LOS HIJOS: Según la doctrina podemos hablar de dos tipos de abandono. El abandono de deberes, éste implica una "actitud, por definición, pasiva del padre o la madre que abdica o desatiende totalmente los deberes esenciales que la patria potestad le impone".(42)

El abandono de la persona, se configura cuando se deja al menor sin posibilidad de subsistencia, privándolo de vivienda y alimentación, a éste se refiere la fracción en comento, al hablar del abandono que el padre o la madre hicieron de sus hijos por más de seis meses.

Sobre este tipo de abandono en particular, puede suceder que uno de los que ejercen la patria potestad se desentienda totalmente del menor, pero que el otro lo conserva bajo su custodia y le da habitación y alimentación. En este caso, el menor no se encuentra totalmente desamparado.

Sin embargo, el abandono no requiere que el menor sufra las consecuencias de tal acto (la falta de vivienda y alimentación). Es decir, esta conducta no queda atenuada, por la circunstancia de que el menor haya quedado al cuidado del otro progenitor. El abandono se sanciona atendiendo al proceder irresponsable del ascendiente que deja de cumplir el deber de crianza que pesa sobre ambos padres.

El abandono de los hijos, además de ser sancionado por la legislación civil, también es sancionado penalmente, de acuerdo con los artículos 336 y 337 del Código penal para el Distrito Federal.

3.4.7. DELITO DOLOSO EN CONTRA DEL MENOR: Respecto a esta fracción quedan comprendidos los delitos en contra de la persona o de los bienes del menor. Pero debe tratarse de delitos dolosos, ya que los meramente culposos, aun cuando puedan obedecer a la negligencia o culpa, no denotan la peligrosidad en la conducta paterna o materna que justifique una sanción definitiva de la patria potestad.

42. Zannoni, Eduardo A. Op. Cit. pág. 782.

Para que proceda la pérdida de la patria potestad sobre el hijo, debe existir sentencia ejecutoriada por el delito imputado al padre o a la madre.

3.4.8. CONDENA POR DELITO GRAVE: La fracción VIII menciona que la patria potestad se perderá cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave. No se requiere que los delitos sean en contra del menor o del otro progenitor. Es una medida de carácter eminentemente preventivo, pero se sanciona como todas estas causales con la pérdida de la patria potestad; es preventiva por que no necesariamente implica una actuación ilícita en contra del hijo.

La ley presume que la conducta delictiva del padre o la madre puede incidir desfavorablemente en la formación del hijo.

"La condena penal es materia de la respectiva jurisdicción, y es la sentencia penal la que el juez civil debe tener a la vista o en su caso varias condenas penales". (43)

3.5. LA PATRIA POTESTAD SE EXCUSA.

Después de enunciar solemnemente que la patria potestad no es renunciable, el artículo 448 del Código civil contiene dos situaciones por las cuales se puede excusar:

I. **EDAD.** Cuando se tengan más de sesenta años cumplidos, quien la ejerza puede solicitar la resolución judicial para que se le excuse del cumplimiento. No basta cumplir esa edad, se requieren razones suficientes para decidir.

II. **MALA SALUD.** La mala salud habitual, que impida atender debidamente el desempeño de la patria potestad, que exige la atención y cuidado constante; las interrupciones por motivo de salud no son aceptables, por lo que serán razón suficiente para lograr la resolución judicial que disculpe al progenitor en este caso.

43. López Del Carril, Julio J. Derecho de Familia. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1984. pág. 358.

El excusarse de esta obligación, no se da tan fácilmente; ya que será el Juez de lo Familiar el que califique la petición del ascendiente, atendiendo primordialmente el interés del menor. El ascendiente que renuncie a la patria potestad o se excuse de desempeñarla, no podrá recobrarla.

3.6. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

PATRIA POTESTAD, CUESTIONES RELATIVAS A LA PERDIDA DE LA, QUE AFECTAN EL ORDEN Y LA ESTABILIDAD DE LA FAMILIA. En razón de las consecuencias psicológicas y sociológicas, siempre graves, que se producen en el seno del hogar y que repercuten tanto en el menor como en sus padres, debe considerarse que lo relacionado con la pérdida de la patria potestad afecta el orden y la estabilidad de la familia.

Amparo Directo 323/84. Hilda Porras Bermeo. 7 de abril de 1986. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón.

Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 205-216, Cuarta Parte. Página 131.

PATRIA POTESTAD. LAS CAUSAS PARA SU PERDIDA DEBEN PROBARSE PLENAMENTE. La pérdida de la patria potestad es una forma de desmembración de la familia y acarrea graves consecuencias de índoles psicológica y sociológica, muchas veces irreparables, que repercuten no sólo en las diferentes etapas de la vida de los hijos, sino también en la de los padres, de aquí que las causas que originen esa privación deben estar probadas de modo pleno e indiscutible.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo Directo 269/88. Silverio Santillán Herrera. 8 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdova.

Octava Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV-II, Febrero de 1995. Tesis: VI.1o.113 C. Página 436.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. SE NECESITA DE PRUEBA PLENA PARA DECRETARLA. Tomando en consideración que la patria potestad es un derecho, aunque por determinado tiempo, fundado en la naturaleza de la relación paterno-filial, reconocido por la ley y que su privación entraña graves consecuencias, tanto para el menor, como para progenitor condenado a la pérdida de la misma, para decretar ésta se requiere de prueba plena que no deje lugar a dudas respecto a la necesidad de dicha privación.

Amparo Directo 7402/80. Michel Gabayet Martín. 8 de junio de 1981. Cinco votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 151-156, Cuarta Parte. Página 237.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. SANCION DE ESTRICTA APLICACION. La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre los padres y, consiguientemente, las disposiciones del Código Civil establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya quedado probada una de ellas de modo indiscutible, se surtirá su procedencia; sin que puedan aplicarse por analogía ni por mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores.

Amparo Directo 4414/77. Leopoldo Fonseca Molina. 7 de abril de 1978. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 109-114, Cuarta Parte. Página 141.

PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA. Como la condena a la

pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo Directo 250/88. Guadalupe Méndez Blanca. 23 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.

Octava Época, Fuente: Sem. Jdcial. de la Fed. Tomo XIV, Julio de 1994. Página 694.

DIVORCIO, PATRIA POTESTAD, SU PERDIDA ES INDEPENDIENTE DE LA ACCION DE. De acuerdo con los artículos 283 y 444, fracción II, del Código Civil, el juez que en un asunto de divorcio pronuncia sentencia y declara disuelto el vínculo matrimonial, tiene la obligación, al emitir el fallo, de fijar la situación de los hijos en todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, limitación o suspensión, según el caso, gozando de las más amplias facultades para tal efecto; por tanto, ante dichas circunstancias, el juzgador no únicamente puede, sino que debe decidir sobre la condena a la pérdida de la patria potestad cuando quedan acreditados los extremos que la conforman, aunque ésta no derive directamente de la causal por la que se haya decretado el divorcio, y tampoco se haya ejercitado como acción autónoma e independiente de aquél, pues al imponer el primero de los preceptos citados la obligación al Juez, de fijar en la sentencia de divorcio la situación de los hijos en lo concerniente a la patria potestad, facultándolo ampliamente para tal efecto, sustrae esa decisión del Juez, del ámbito de las acciones y pretensiones que se hubieren deducido en el juicio.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo Directo 2865/88. Concepción Rocío Pérez Manzano. 6 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa.

Octava Época, Fuente: Semanario Jdcial. de la Federación, Tomo II, Segunda Parte -1, Julio a Diciembre de 1988. Página 232.

PATRIA POTESTAD, ESTUDIO OFICIOSO DE LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA PERDIDA DE LA. El tribunal de alzada correctamente se sujetó a lo previsto en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al estudiar de oficio la cuestión relativa a la pérdida de la patria potestad decretada por el juez de primer grado, a pesar de que el apelante nunca alegó la violación del artículo 259 del Código Civil, ni esgrimió agravio en relación a ese punto, porque los artículos 940 y 941 del ordenamiento legal citado en primer término, establecen que tratándose de controversias de orden familiar, los jueces y tribunales están facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, de manera especial cuando se trata de menores y de alimentos teniendo facultades para decretar las medidas necesarias que tiendan a preservar la familia y a proteger a sus miembros, así como para suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, por considerar la ley que tal materia es de orden público, en virtud de constituir la familia la base de la integración de la sociedad.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo Directo 5077/90. Catalina Eugenia Muñoz Gómez. 7 de diciembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

Octava Época, Fuente: Semanario. Judicial de la Federación, Tomo VII, Enero de 1991. Página 341.

PERICIAL EN PSICOLOGÍA. ADMITIDA DEBE PROVEERSE LO NECESARIO PARA SU DESAHOGO, POR SER EL MEDIO IDÓNEO PARA DETERMINAR LA SITUACIÓN FÍSICA, EMOCIONAL Y MORAL DE UNA PERSONA, MENOR DE EDAD, SI SE DISCUTEN CUESTIONES DE PATRIA POTESTAD. Cuando en un procedimiento de divorcio los contendientes en su calidad de padres discuten la patria potestad de los hijos procreados durante esa unión, el juzgador debe resolver lo adecuado en su favor, y en tal virtud ha de contar con los medios de convicción suficientes que inclinen su decisión en el sentido más favorable a dichos hijos. Ahora bien, si dentro del juicio el demandado ofrece pruebas para demostrar que la madre, al tener bajo su cuidado a los

menores podría causarles un daño en su salud, seguridad o moralidad, el juzgador debe ordenar su desahogo, inclusive oficiosamente, máxime si se trata de la pericial en psicología y trabajo social, por ser la idónea para determinar la situación física, emocional y social del hijo, y así poder establecer cuál de los progenitores podrá brindarles la mejor atención, según sus especiales requerimientos, pues sólo con estos medios probatorios especializados se podrá obtener una perspectiva adecuada para decidir lo que sea más benéfico a los referidos menores de edad; de acuerdo con lo anterior, es de concluir que al no proveerse lo referente al desahogo de dichas probanzas, se transgreden las leyes del procedimiento, lo cual trasciende al resultado del fallo y provoca indefensión al oferente.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo Directo 126/99. Juan Emilio Jiménez Tello. 31 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Francisco Trenado Ríos, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado.

Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Octubre de 1999. Tesis: II.2o.C.200 C. Página 1321.

CAPITULO IV

NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA
RECUPERACIÓN DE LA PATRIA
POTESTAD

CAPITULO CUARTO

NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL D.F.

4.1. LA RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD.

En esta materia de la patria potestad encontramos una evolución abismal, que ya no tiene nada que ver con sus antecedentes históricos, como lo fue la patria potestad romana que se concebía sólo a favor de los intereses de quien la ejercía, otorgándole poderes ilimitados sobre sus descendientes al grado de disponer de la vida y muerte de sus hijos; por el contrario, en la actualidad se le concibe como un deber, un cargo de interés público, una función social en beneficio de los hijos, lo que habla de la influencia de los valores éticos. Si bien en la legislación, la patria potestad continua estructurada como el órgano de autoridad paterna, aunque en algunos Códigos civiles, entre ellos el nuestro, la patria potestad que los padres ejercen ya está concebida como un deber antes que, como un derecho. Ha sido la doctrina la que ha puesto en relieve que la patria potestad como poder sobre la persona y bienes de los hijos no prevalece en nuestros días, cuando se ha hecho notar que el hijo es persona desde que nace y por ello no puede ser objeto de un poder, sino en todo caso, sujeto del derecho de obtener la ayuda de la familia y en especial de sus padres a quienes corresponde el deber de ejercer la patria potestad para el mejor y más sano desarrollo del hijo a través de su educación y formación. Inclusive en el derecho de corrección de los hijos, se prevé, un contenido moral, toda vez que esta facultad debe ejercerse siempre que los padres se conduzcan justa y éticamente, en otras palabras, deben gobernar con el buen ejemplo sin jamás extralimitarse en ese derecho que se les concibe como un medio únicamente preventivo y de auxilio.

En lo relativo a la pérdida de la patria potestad se palpa de inmediato el contenido moral en los preceptos jurídicos, pues fundamentalmente las causas que traen como

consecuencia la pérdida de ese derecho son de naturaleza moral, y tienden directa o indirectamente a la protección del menor; pero en nuestra opinión, en el seno de la familia se desenvuelven vigorosos procesos configurantes de la personalidad de todos sus miembros; especialmente la personalidad individual concreta de los hijos se modela inicialmente y en gran proporción dentro del seno de la familia, por lo tanto, la familia es el molde principal de configuración concreta de la personalidad del hijo, y es por esta razón que el presente estudio se centra en la posibilidad de que el padre que fue condenado a la pérdida de la patria potestad una vez recuperado física, moral y psicológicamente de la causal que dio motivo a la pérdida de ese derecho, se haga cargo nuevamente y se responsabilice de sus hijos sin que ellos pasen a manos ajenas, y en caso de que esto ocurriera, puedan regresar con él.

Encontramos que nuestra legislación civil nada dice sobre la posible recuperación de la patria potestad perdida, pero en la doctrina encontramos clara tendencia hacia la posible recuperación.

Destacados juristas opinan que no debe privarse de la patria potestad a uno de los progenitores para concederla en forma exclusiva a otro, cuando no existen causas de extrema gravedad que puedan justificarlo.

Castan Vázquez nos dice: "El titular de la patria potestad que perdió esta función la recuperará, en general, si cesa, antes de estar emancipado el hijo, la causa que produjo la pérdida o suspensión de la patria potestad".(44)

Asimismo, Planiol señala que, "La pérdida de la patria potestad no es irremediable ni definitiva, el padre o la madre privado de ella tiene derecho para demandar de los tribunales la restitución de su ejercicio. Si las causales de suspensión o modificación desaparecen antes de la emancipación del hijo, el padre o madre recuperan su antigua potestad".(45)

44. Chávez Ascencio, Manuel F. Op. Cit. pág. 355.

45. Id.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

De igual manera se conduce Puig Peña, el cual se inclina a la recuperación, pero "en casos especiales pues hay otros que por su gravedad o naturaleza no permiten la recuperación". (46)

Por otra parte legislaciones extranjeras contemplan la recuperación de la patria potestad, ejemplo de éstas son:

I. El Código Civil Francés en la sección IV artículo 378 y demás relativos, hace mención a la posibilidad de recuperar la patria potestad en los siguientes supuestos:

Haber transcurrido tres años desde la sentencia en que se ordenó la pérdida de la patria potestad, para poder pedir la restitución de ésta mediante revisión del caso; que la pérdida de la patria potestad no haya sido por delitos de orden penal o por conductas que hubieren afectado directamente al hijo; en ese caso de negativa, la restitución no puede ser demandada sino por la madre, después de la disolución matrimonial. (47)

II. En la Legislación argentina también se contempla la restitución de la patria potestad.

La pérdida del ejercicio de la patria potestad es susceptible de revisión judicial, según la ley 10.903, artículo 12, si el padre y la madre, transcurridos dos años desde la resolución definitiva probaren que se halla en situación de ejercer convenientemente sus obligaciones. Con posterioridad la ley 14.394, dispuso en su artículo 11, que la modificación, suspensión o cesación de las medidas tutelares, responderá a la mejor protección del menor. Por interpretación de esta norma, se ha considerado que la revisión de la pérdida del ejercicio de la patria potestad podría solicitarse en todo tiempo, y aun cuando no hubiesen transcurrido los dos años dispuestos por el artículo 12, ley 10.903, si el interés de los hijos no resulta comprometido, y además se pruebe la desaparición de las circunstancias que provocaron la sanción. (48)

46. Id.

47. Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXI. Op. Cit. pág. 829.

48. Zannoni, Eduardo A. Op. Cit. pág. 785.

De lo anterior se deduce que si una persona es condenada a la pérdida de la patria potestad por alguna de las causales establecidas en la ley y ésta a través del tiempo o por circunstancias nuevas y favorables, desaparece queda sin objeto la sanción impuesta.

No es posible decidir en general sobre la posible recuperación de la patria potestad; pero sí estimamos que deben analizarse algunos casos particulares; desde luego, sólo refiriéndonos a las personas y no a la institución. Para evitar, en la medida de lo posible, que el menor pase a la tutela o permanezca sujeto a ella el menor tiempo posible, situación que desde un punto de vista moral y psicológico perturbaría gravemente al menor.

Además, en nuestra legislación adjetiva los jueces y tribunales están facultados para intervenir de oficio en asuntos que afecten a la familia, teniendo además facultades para decretar las medidas necesarias que tiendan a preservar a la familia y a proteger a sus miembros.

Actualmente la pérdida de la patria potestad se entiende como el apartamiento irreversible del progenitor con relación a la institución, (aún cuando se considera que es excesivo tal efecto, como se desprende de las opiniones de los autores anteriormente citados). No se ha tomado en cuenta que existe la posibilidad de que los padres pueden dejar sin efecto tal privación si demostraran que, por circunstancias nuevas y supervenientes la restitución se justifica en beneficio e interés de los hijos; considerando que por naturaleza el niño siempre está vinculado con el amor paternal o maternal, es el fruto de la familia y debe contar con un ambiente favorable para su debida formación.

En este sentido, el Estado cuenta con instituciones, como el DIF, el cual colabora para que el ambiente familiar del menor sea el más favorable para su desarrollo integral, y en caso de que el menor se vea amenazado por la inercia y la negligencia de alguno de sus padres, puede el Estado, por medio de este órgano coaccionarlos a cumplir con

sus deberes paternos e incluso se contempla la imposición de sanciones de carácter civil y penal. Demostrándose, con lo anterior, el interés de nuestra legislación en el bienestar del menor, así como en la familia como grupo social.

Por lo tanto una de las funciones más importantes de nuestro Estado es la protección del bien común y la familia es una de las líneas primordiales y de la misma forma, el niño al ser el fruto de la familia tiene una especial importancia que debe ser considerada y protegida por todos los medios posibles contemplando, por esa razón, la posibilidad de recuperación de la patria potestad.

4.2. ANALISIS AL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL PARA EL D.F.

La máxima institución protectora de la minoridad de los hijos se encuentra sujeta a diversas vicisitudes que van desde el cese absoluto de su funcionamiento, por agotarse en sí misma al alcanzar la finalidad prevista o por fenecimiento de los sujetos que son destinatarios. Igualmente, existen motivos que vienen a alterar el normal desarrollo de la institución, cercenándola o limitándola o suspendiéndola, derivados de contingencias inesperadas para la ley, cuando regula con proyección al logro del pleno desarrollo personal del hijo, contempladas con orientación tutelar para evitar situaciones afligentes al menor.

Media una graduación en lo que respecta a la entidad de estas vicisitudes, ellas van desde la extinción o pérdida de la patria potestad hasta un desmembramiento que debería resultar mínimo o temporal hasta en tanto se pueda recuperar la conducta normal requerida para el buen funcionamiento de esta institución.

Nos referimos enseguida a las vicisitudes a que se encuentra sometida la patria potestad, como es el caso de la pérdida, que en el Código civil para el Distrito Federal se prevé, en su artículo 444, el cual analizaremos a continuación:

Este artículo, en nuestra opinión, presenta graves problemas en virtud de que se excede en el señalamiento que hace respecto de los motivos o causales que provocan

la pérdida de la patria potestad ya que los supuestos que prevé para tal determinación son muy imprecisos y algunos con muy bajo costo o perjuicio moral para el menor, si tomamos en cuenta que lo que se debe sancionar es el perjuicio que efectivamente se causa al menor para proceder a decretar la pérdida de la patria potestad, consideramos que en este artículo se señalan supuestos que no causan un daño directo al menor, por lo que deberían prever la posibilidad de restitución de ese derecho en atención a que las causas que motivaron la pérdida son susceptibles de quedar sin efecto, si el sujeto activo de tal conducta obtiene una recuperación física y psicológica que dejan sin validez dichos supuestos.

De esta forma entraremos al análisis del ya mencionado artículo:

FRACCIÓN I. Se puede observar que concede facultades muy amplias e imprecisas al Juez para que decida sobre la pérdida de la patria potestad, en virtud de estar facultado por la ley, ya que textualmente el artículo 444 del C.C. reza: "Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho...", sin dar en este caso una causa expresa y, sobre todo precisa para determinación, dejando al arbitrio del Juez la decisión sobre la pérdida de la patria potestad, lo que nos parece deja al demandado en un completo estado de indefensión en razón de que estos supuestos se ven posteriormente a una fuerte disputa o desavenencia matrimonial en la que el esposo o esposa pueden hacer uso de todo tipo de artimañas para hacer creer al juzgador circunstancias que pudieran ser fantasiosas y que el Juez encontrándose en su facultad de libre decisión o arbitrio puede excederse en la apreciación de los hechos puestos a su consideración.

Con respecto a lo anterior Sara Montero Duhalt, señala: "El legislador debió limitar, pensamos, las amplísimas facultades del juzgador en razón de las disposiciones del propio Código en esa materia. No dudamos que existan jueces de lo familiar al mismo tiempo que sabios y peritos en materia familiar, sean de gran calidad humana, honestos, buenos psicólogos, etc.; pero, lamentablemente, esta conjunción de virtudes no es la regla general en los seres humanos, así sean jueces de lo familiar. Estos

funcionarios deben tener indudablemente, un margen de arbitrio discrecional al tomar sus decisiones; pero es preferible, cuando hay norma establecida en una materia, atenerse en principio a ella".(49)

FRACCIÓN II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del mismo Código civil para el D.F. el cual señala que la sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso, siempre que cuente con los elementos necesarios para ello.

Esta norma es trascendental, pues sin criterio específico alguno se otorga al Juez Familiar facultad omnímoda para resolver lo que a su juicio sea procedente. De ahí que se reduce al subjetivismo del Juez, la decisión que puede privar a un padre o a una madre del delicado ejercicio de la patria potestad.

Es evidente que la patria potestad, por su importancia, no puede ser juzgada en forma inherente a un procedimiento de divorcio, pues se puede no ser un buen cónyuge, pero sí un excelente padre o madre. En este caso nada autoriza a privar a los padres de las funciones que les incumbe respecto a sus hijos, y a los menores el derecho que tienen a su mejor e integral formación.

En este orden de ideas el Lic. Eduardo Pallares, considera que "el poder discrecional que se ha otorgado a los tribunales para decretar la sanción relativa a la pérdida de la patria potestad, puede caer en un poder arbitrario", (50) con lo anterior se está en la imposibilidad de dictar sentencias cercanas a la justicia en beneficio del menor.

En relación con lo anterior tenemos la siguiente Jurisprudencia:

49. Montero Duhait, Sara. Derecho de Familia, 2ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1985. pág. 253.

50. Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. 6ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1991. pág. 107.

PATRIA POTESTAD, DECISION SOBRE LA, EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO. Con motivo del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, los juzgadores disponen de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes, tanto a la patria potestad en general, como a la custodia y al cuidado de los hijos en particular, en las sentencias que decreten el divorcio. Como todos los casos en que se prevé una facultad discrecional, el ejercicio de ésta no implica simplemente que el órgano jurisdiccional cuente con un poder arbitrario de decisión, sino que su desempeño debe traducirse siempre, en el examen escrupuloso y en la evaluación razonada de todos los elementos con que se cuente y que sean susceptibles de conducir a la emisión del juicio más adecuado al fin que persigue la ley cuando concede dicha facultad. Respecto a la situación de los hijos en caso de divorcio, no debe pasar desapercibido que como consecuencia de la referida reforma legal, el sistema de pérdida de la patria potestad como pena al responsable de la disolución del vínculo matrimonial quedó suprimido y esta circunstancia debe eliminar la idea de valorar las cosas en función de determinar una culpabilidad para imponer una sanción. Es claro que la ley tiene una meta más alta, que incluso no se reduce a evitar a los hijos el sufrimiento de un daño, sino a lograr lo que más les beneficie dentro del nuevo estado de cosas en los órdenes familiares, social y jurídico, originados por la separación de los esposos. Esto explica que con las resoluciones que se pronuncien, los jueces pueden generar la más amplia gama de situaciones por la combinación de poderes y personas que tendrán que ver con los hijos en cuanto a su sostenimiento, cuidado, educación, administración de bienes, etcétera, pues se puede decretar la pérdida, la suspensión, o bien, la limitación de la patria potestad; se puede asimismo, dar la intervención a ambos padres, a uno solo o a otras personas que conforme a la ley corresponda el ejercicio de dicha patria potestad o, en un caso extremo, a un tutor. De ahí que si para resolver sobre la situación de hijos al decretar el divorcio, el órgano jurisdiccional no hace una evaluación pormenorizada de todos los elementos de juicio a su alcance o no razona debidamente su determinación, ello significará la existencia de un uso indebido de la facultad discrecional prevista en la disposición en comento.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo Directo 634/90. Bertha Ruiz Alazáñez. 15 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González.

Octava Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo V, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1990. Tesis: I.4o.C. J/21. Página 705.

FRACCIÓN III. En los casos de violencia por parte del padre o la madre en contra del menor. Este precepto legal fue adicionado recientemente, debido a que un amplio sector de la sociedad mexicana sufre de violencia dentro del seno familiar, esto debido a la cultura de nuestra sociedad, en la que era considerado algo normal que el esposo que golpeará a su mujer e hijos.

Entendemos que la función de formar y educar a los menores requiere disciplina, refiriéndonos específicamente al derecho que tiene los padres de corregir a sus hijos, para obligarlos a apegarse a su autoridad, pero esta corrección debe ser en interés del menor y de la familia. Este razonamiento encuentra también un sustento legal en la siguiente jurisprudencia:

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, MALOS TRATAMIENTOS. Los malos tratamientos por parte de los padres que origina la pérdida de la patria potestad deberán ser de tal naturaleza que por su gravedad y persistencia, evidencien la posibilidad de causar en el menor un estado que comprometa su salud, seguridad o moralidad; por que si los malos tratamientos no son continuos sino esporádicos o si consisten sólo en el uso de palabras altisonantes o en eventuales correctivos, que en ocasiones y dados determinados medios sociales no medran el ánimo de la persona a quien están dirigidos, entonces no puede estimarse que el uso de un lenguaje soez o los actos correlativos que no constituyen golpes que trasciendan a la salud o dignidad del menor, son causas suficientes para privar de la patria potestad a un ascendiente.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo Directo 538/94. Genoveva Rosales Sandoval. 25 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías.

Octava Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV, Enero de 1995.
Tesis: XVI.2o. 50 C. Página. 280.

Para concluir consideramos que la violencia cometida contra el menor por uno o ambos padres debe ser sancionada con la pérdida de la patria potestad, siempre que las agresiones fueran de extrema gravedad para justificar dicha sanción. Sin embargo, en casos menos graves la violencia familiar tiene una alta posibilidad de rehabilitación para el individuo agresor por medio de algún tratamiento psicológico que se realice con personal capacitado en estas cuestiones, con lo anterior se procura la solución de esta conducta, en beneficio de todos los integrantes de la familia, quienes deberán tener asistencia psicológica.

Creemos que lo más importante es tratar de mantener unida a la familia, por lo que si la violencia se da esporádicamente, y además no se compromete la salud, seguridad y moralidad de los menores, debemos considerar la posibilidad de que se está en presencia de una enfermedad psicológica, la cual no debe sancionarse sino tratarse.

FRACCIÓN IV. Falta de Alimentos: Las últimas reformas que ha tenido el Código civil han venido a reglamentar situaciones que de hecho existen y afectan gravemente a la familia y a la sociedad, una de éstas es precisamente el incumplimiento de la obligación de los padres de dar alimentos, la cual surge como una consecuencia del divorcio y el frecuente abandono por parte de los padres, quienes irresponsablemente dejan sin sustento a la madre y sus hijos, situación que se agrava más porque en nuestra sociedad normalmente es el hombre quien sostiene el hogar, y al faltar éste los menores se ven en una situación precaria de suma gravedad, lo anterior da motivo suficiente para sancionar con la pérdida de la patria potestad al ascendiente culpable.

La Suprema Corte de Justicia, ya ha sancionado con severidad, con justa razón, la falta de ministración de alimentos como motivo fundamental para condenar al culpable a la pérdida del ejercicio de la patria potestad.

Amparo Directo 2497/1949. 12 de Noviembre de 1952. BIJ VIII, 2224.

FRACCIÓN V. Esta fracción se refiere a la exposición que el padre o madre hiciere de sus hijos. La exposición implica haber dejado al hijo recién nacido en un sitio público, poniendo en peligro su vida e impidiendo su identificación y la de los padres. Es la abdicación de los padres a su responsabilidad de ejercer la patria potestad.

Al realizar la interpretación jurídica de esta fracción encontramos que esta causal es sumamente grave, que realmente se justifica la pérdida de la patria potestad, sin embargo sólo como comentario consideramos que si bien es cierto que la patria potestad es un derecho que se adquiere por el hecho natural del nacimiento, también es cierto que ésta toma su origen de la filiación legalmente establecida, por lo anterior, consideramos que en este supuesto en particular, nunca existió el reconocimiento legal sobre el menor, de igual forma nunca existió la patria potestad, por lo anterior no hay pérdida de la misma.

FRACCIÓN VI. Abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses. El abandono constituye la grave desatención de los deberes que impone la patria potestad, lo que pone en peligro la formación normal integral del hijo y lo deja en evidente desamparo, o sea es la abdicación total de los deberes de habitación, crianza alimentación, educación, vestuario, etc.

Nuestra legislación civil cuando sujeta la pérdida de la patria potestad al abandono de los hijos, realiza una acertada medida, siempre y cuando el abandono haya sido doloso.

En nuestra opinión, esta fracción también debería incluirse en el apartado relativo a la suspensión que se encuentra en el artículo 447 de nuestro C.C. en razón de que no procede decretar la pérdida de la patria potestad por abandono, cuando transcurrido el término establecido por la ley, no están determinadas las causas del abandono y además los hijos no se hallan totalmente desamparados.

Creemos que se puede dar el abandono por más de seis meses, pero esto no indica

que éste sea doloso o con el animo de dejar a los menores en el total desamparo, además el período que se fija en esta fracción es relativamente corto si tomamos en cuenta la situación económica que prevalece en nuestro país y la tendencia que existe de emigrar a otros países, buscando mejores oportunidades; por lo tanto existe la probabilidad de que este abandono no siempre sea de carácter doloso y mucho menos con la finalidad de que el menor sufra el perjuicio, y que sí en muchos de los casos puede ser utilizada de manera perjudicial por el cónyuge que se encuentra al cuidado de los menores.

Por estas consideraciones, creemos que no hay abandono doloso cuando el padre no posee medios materiales o tiene falta de trabajo. Lo anterior debería ser tomado en cuenta por nuestra legislación civil, para no transformar en un castigo a la falta de medios económicos, que puede ser transitoria e involuntaria y aún coexistir con un verdadero apego a la familia y a los hijos.

FRACCIÓN VII. Se refiere al delito doloso cometido por uno o ambos progenitores, contra el menor o sus bienes. Con referencia a este apartado, consideramos que dada la extrema gravedad del supuesto jurídico, antes de ser decretada la pérdida de la patria potestad como una sanción civil a los padres que incurran en esta conducta, de acuerdo con el precepto legal, debe existir previa sentencia penal por el delito imputado al padre o madre.

FRACCIÓN VIII. De esta fracción se desprende que es motivo de pérdida de la patria potestad cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por "delito grave". En este supuesto, creemos que, la gravedad del delito debe valorarse en función del daño que se le hiciera al menor con la comisión del delito, por lo que tiene que ser vista respecto a la afectación o no afectación de la relación paterno-filial.

En nuestra opinión, la gravedad del delito debe entenderse no como es entendida para otras situaciones jurídicas, por ejemplo en el derecho penal, sino que debe entenderse

siempre en función del perjuicio o no de la relación ascendiente-descendiente; no importando la gravedad del delito para otras situaciones jurídicas.

Respecto a saber quién será el encargado de calificar la gravedad de los delitos, es sin lugar a dudas que será el Juez de lo familiar.

Además es importante señalar que debe existir sentencia ejecutoriada de los delitos imputados al padre o madre.

Lo anterior encuentra sustento en la siguiente Jurisprudencia:

PATRIA POTESTAD. PÉRDIDA DE LA. SI NO HAY CONDENA AL RESPECTO, LA CONVIVENCIA DEL DEMANDADO CON EL MENOR DEBE SUBSISTIR. La pérdida de la patria potestad debe ser declarada judicialmente, luego, mientras no se haya dictado sentencia condenatoria en ese sentido, el demandado mantiene el ejercicio de ese derecho respecto de su menor hijo, y no debe impedirse la convivencia entre ambos, ni siquiera por el hecho de que el padre o la madre se encuentre procesado penalmente.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo Directo 234/98. Ana Sánchez Olivares. 8 de julio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Septiembre de 1998. Tesis: II.2o.C.111 C. Página 1187.

4.3. PROPUESTA.

Si en este estudio proponemos la recuperación de la patria potestad, se puede tener como principal inconveniente el hecho de que la sentencia, que condena a la pérdida de ese derecho, haya causado estado, que tenga el carácter de cosa juzgada, aunque en nuestra legislación adjetiva encontramos figuras análogas entre las cuales podemos

mencionar los incidentes de aumento o disminución de pensión alimenticia, los que se refieren al ejercicio, limitación y suspensión de la patria potestad, y a la custodia de los hijos, ya que éstos son interpuestos y siguen su procedimiento después de que la sentencia ha quedado firme según lo establecido por el artículo 94 del Código de procedimientos civiles, por lo tanto, creemos estar en presencia de un procedimiento equiparable el cual deberá ser substanciada por una tramitación especial.

Así del análisis de la institución jurídica y de su estudio en la legislación civil vigente, nuestra investigación propone adiciones a la legislación civil, por lo que se refiere al Código Civil, éste deberá contemplar dentro del Título Octavo un Capítulo especial denominado "De la Recuperación de la Patria Potestad".

CAPITULO IV

DE LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

ARTICULO 448 BIS. El padre o la madre que fuere sentenciado a la pérdida de la patria potestad, podrá solicitar la restitución de ésta, mediante la revisión del caso, ante el tribunal que conoció de la pérdida, tomando en cuenta lo que dispone este Código.

ARTICULO 448 TER. Será improcedente solicitar la restitución a la que se refiere el artículo anterior, si la causal que provoco la pérdida de la patria potestad se encuentra dentro de los siguientes supuestos:

- I. Por el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria;
- II. Por la exposición que el padre o la madre hicieron de sus hijos;
- III. Por el abandono doloso que el padre o la madre hicieron de sus hijos por más de seis meses; y
- IV. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.

ARTICULO 448 QUATER. La restitución de la patria potestad sólo será procedente, cuando su pérdida hubiera sido motivada por los siguientes supuestos:

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III. En los casos de violencia familiar en contra del menor, cuando no se haya comprometido su salud psíquica, física o moral.
- IV. Cuando el abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos por más de seis meses; no hubiere sido doloso; y
- V. Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave.

ARTICULO 448 QUINTUS. El padre o la madre podrán solicitar la restitución de la patria potestad cuando reúnan los siguientes requisitos:

- I. Haber transcurrido dos años de ejecutoriada la sentencia en que se condenó a la pérdida de la patria potestad.
- II. Que la pérdida de la patria potestad no haya sido por las causales señaladas en el artículo 448 Ter del C.C.
- III. Que su pretensión este avalada por dictamen médico, psicológico y socioeconómico, emitido y ratificado por dependencia estatal o profesional en la materia de que se trate, que de manera convincente pruebe que la causal que dio motivo a la pérdida de tal derecho ha desaparecido o ha quedado sin efecto por circunstancias nuevas y benéficas para el menor, y que el padre se halla en situación de ejercer convenientemente sus obligaciones.
- IV. Que el solicitante haya observado buena conducta por lo menos durante un año anterior a su petición, y además se deberá dar vista al Ministerio Público de la citada solicitud.

ARTICULO 448 SEXTUS. Si el Juez Familiar concede la recuperación de la patria potestad, el padre reivindicado, estará condicionado durante los primeros tres años a revisión y rendición de cuentas cada seis meses ante el Juez Familiar que conoció la misma.

Como consecuencia de las adiciones al Código civil, también el Código de Procedimientos Civiles deberá contemplar la adición del siguiente artículo dentro del Título Decimosexto:

ARTÍCULO 942 BIS. El padre o la madre que en sentencia definitiva fuere condenado a la pérdida de la patria potestad, podrá solicitar la restitución de ésta, mediante un procedimiento especial, basado en la revisión del caso, ante el tribunal que conoció de dicha pérdida, para lo cual se observaran las disposiciones de este ordenamiento legal.

Para que la demanda que tiene por objeto la restitución de la patria potestad sea admitida, deberá plantearse ante el tribunal que conoció de la pérdida al haber transcurrido dos años desde la sentencia ejecutoriada que condenó a la pérdida de ese derecho. El Juez Familiar citará al ascendiente que ejerce la patria potestad, éste podrá oponerse al procedimiento de recuperación. En esta hipótesis corresponderá a ambos padres probar el beneficio e interés del hijo que satisface la restitución o su inconveniencia según el caso.

Por último, consideramos que una vez que se han cumplido los requisitos para solicitar la restitución de la patria potestad y admitida la demanda (que tiene por objeto dicha restitución), ésta deberá ser valorada en un procedimiento especial basado en la revisión del caso y, en un examen escrupuloso y una evaluación razonada de todos los elementos con que se cuente en beneficio únicamente del menor.

CONCLUSIONES

PRIMERA: En la actualidad la patria potestad es concebida como una institución social cuya función es lograr la buena y perfecta formación personal del menor.

Deduciéndose que para poder desentrañar la esencia jurídica de la patria potestad hay que comenzar por tipificarla en su condición de institución protectora de los menores con el fin de lograr una mejor sociedad con personas de buenos principios y alta capacidad moral.

SEGUNDA: La patria potestad evidencia un conjunto de derechos, deberes y obligaciones, dirigidos a la guarda, protección y custodia de la persona y bienes del menor sujeto a ella; lo anterior con la sola finalidad de la guarda y protección del menor y los bienes del mismo.

TERCERA: La patria potestad produce efectos tanto en la persona como en los bienes de los hijos. Por lo que se refiere a la persona, la patria potestad impone a quienes la ejercen, la obligación de suministrar alimentos a los hijos y educarlos convenientemente; por ello les confiere el derecho de corregirlos. En cuanto a los bienes del menor es obligación de los padres administrarlos.

CUARTA: La patria potestad no significa un poder o potestad sobre el hijo, pues éste tiene dignidad y libertad, tampoco significa potestad sobre los bienes del mismo, pues la administración y dominio de los bienes se encuentran limitados por la ley.

QUINTA: Los deberes jurídicos primordiales que se les impone a los padres o ascendientes son: la guarda y custodia de los hijos, la dirección de su educación, el derecho de corregirlos, la obligación de proveer a su mantenimiento, la representación legal de la persona del menor y la administración de sus bienes.

SEXTA: Por lo que hace a los hijos, éstos también deben cumplir con obligaciones y

deberes hacia sus padres, tales como respetarlos, obedecerlos, darles alimentos, vivir con ellos, etc. Y pueden exigir derechos como educación, asistencia, representación, etc.

SÉPTIMA: Podemos decir que la patria potestad se puede encuadrar en esta idea, los deberes y las obligaciones que tienen los padres para con sus hijos y viceversa, aunque no puedan ser susceptibles en dinero o no busquen un incremento en sus patrimonios, son tan validas que producen efectos jurídicos plenos y reconocidos por el derecho.

OCTAVA: Es importante señalar que las recientes reformas que ha tenido la patria potestad en los últimos años, han venido a regular lagunas jurídicas existentes en la institución.

NOVENA: Las recientes reformas referentes a la violencia familiar, junto con la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar, buscan un cambio en la cultura para superar y evitar estas conductas que dañan a la familia y por ende a la sociedad.

DECIMA: La patria potestad ha ocupado la atención de los civilistas en menor medida de lo que su importancia exige; si bien es cierto que algunos han dado aportaciones para una mejor regulación de ésta, también es cierto que pocos se han ocupado de tratar el tema de la recuperación de la patria potestad.

DECIMO PRIMERA: Nuestro Código civil en su artículo 444 dispone la pérdida de la patria potestad en beneficio del menor sujeto a la misma, encontramos que esta finalidad no se alcanza debido a que los legisladores no contemplaron la posibilidad de que el padre o la madre que fueron sentenciados a la pérdida de ese derecho por las causales ahí señaladas, dejaran sin efecto éstas por circunstancias nuevas y favorables para el menor.

DECIMO SEGUNDA: Se debe otorgar un poder discrecional para decretar todo lo relati

vo a las situaciones en que procedería la recuperación de la patria potestad y crear un procedimiento civil. Ya que existe forma para perderla, pero también es cierto que no aparece en nuestra legislación la prohibición para jamás reponer ésta.

DECIMO TERCERA: Es necesario para el desarrollo correcto e integral del menor que su formación y educación se realice por ambos padres, dando la oportunidad al progenitor que caiga en los supuestos de pérdida de la patria potestad, que en el caso que haya dejado sin efecto la causal que dio motivo a dicha pérdida, pueda recuperar la patria potestad, por que de lo contrario implicaría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos, perjudicando los derechos del menor que se encuentre sujeto a ella en su formación física, intelectual y espiritual. En esa razón debe ser considerada la posibilidad de recuperación de la patria potestad.

DECIMO CUARTA: Así del análisis de la institución jurídica y de su estudio en la legislación civil vigente, nuestra investigación propone la adición de un Capítulo especial denominado "De la Recuperación de la Patria Potestad", el cual impondría:

ARTICULO 448 QUINTUS. El padre o la madre podrán solicitar la restitución de la patria potestad cuando reúnan los siguientes requisitos:

- I. Haber transcurrido dos años de ejecutoriada la sentencia en que se condenó a la pérdida de la patria potestad.
- II. Que la pérdida de la patria potestad no haya sido por las causales señaladas en el artículo 448 Ter del C.C.
- III. Que su pretensión este avalada por dictamen médico, psicológico y socioeconómico, emitido y ratificado por dependencia estatal o profesional en la materia de que se trate, que de manera convincente pruebe que la causal que dio motivo a la pérdida de tal derecho ha desaparecido o ha quedado sin efecto por circunstancias nuevas y benéficas para el menor, y que el padre se halla en situación de ejercer convenientemente sus obligaciones.

IV. Que el solicitante haya observado buena conducta por lo menos durante un año anterior a su petición, y además se deberá dar vista al Ministerio Público de la citada solicitud.

IV. Que el solicitante haya observado buena conducta por lo menos durante un año anterior a su petición, dándose vista al Ministerio Público de la citada solicitud.

ARTICULO 448 SEXTUS. Si el Juez Familiar concede la recuperación de la patria potestad, el padre reivindicado, estará condicionado durante los primeros tres años a revisión y rendición de cuentas cada seis meses ante el Juez Familiar que conoció la misma.

DECIMO QUINTA: El contenido del presente trabajo de investigación de la patria potestad trata de hacer que los señores jueces mediten un poco al tomar decisiones demasiado importantes al momento de dictar sentencia, por que hay daños irreparables, lo que se refleja cuando los niños crecen sin el apoyo de sus progenitores.

DECIMO SEXTA: Creemos que si no existe legislación en este momento respecto a la recuperación a patria potestad, es por que la comunidad o la colectividad no la ha pedido, hace falta un criterio piadoso por parte de algunos legisladores o del Ejecutivo Federal, para que presenten iniciativa a fin de reglamentar la recuperación de la patria potestad en beneficio de los menores.

DECIMO SÉPTIMA: Finalmente consideramos que la realidad familiar y social, requiere hoy en día que nuestra legislación civil regule en forma pormenorizada figuras como la que aquí se plantea, aspectos que sin lugar a dudas dejarán un largo camino por recorrer en el marco jurídico que nos rodea.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. Derecho de Familia y Sucesiones. México, Editorial Porrúa, 1994, 493 p.
- BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. 5ª. ed. México, Editorial Harla, 1993, 1048 p.
- BRAVO GONZALEZ, Agustín y BRAVO VALDEZ, Beatriz. Derecho Romano Primer Curso. 13ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1998, 280 p.
- CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Familiares. 5ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1999, 547 p.
- _____. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 3ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1997, 635 p.
- DE IBARROLA, Antonio. Cosas y Sucesiones. 3ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1998, 1120 p.
- _____. Derecho de Familia. 4ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1993, 577 p.
- DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Elementos de Derecho Civil. 20ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1998, 406 p.
- DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 26ª. ed. México, Editorial Porrúa 1998, 525 p.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, José Alfredo. Derecho Civil. Parte General. Personas. Cosas. Negocio jurídico e Invalidez. 6ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1998, 701 p.
- ELIAS AZAR, Edgar. Derecho Civil Mexicano. Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano. 2ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1997, 578 p.

- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Libros científicos bibliográfica Omeba. Tomo XXI. Buenos Aires, Editorial Griskil S.A., 1982.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. 17ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1998, 790 p.
- GARCIA PASTOR, Milagros. La situación jurídica de los Hijos cuyos padres no convienen. Madrid, Editorial Mc. Graw Hill, 1997, 295 p.
- GARRONE, José Alberto. Diccionario jurídico Abeledo-Perrot. 2ª. ed. Tomo III P-Z. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1994, 626 p.
- Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio. Tomo III. Madrid, Ediciones Atlas, 1972, 795 p.
- LOPEZ DEL CARRIL, Julio J. Derecho de Familia. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1984, 859 p.
- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. México, Editorial Porrúa, 1998, 586 p.
- MARGADANT, S. Guillermo F. El Derecho Privado Romano. 24ª. ed. México, Editorial Esfinge, 1999, 532 p.
- Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. 16ª. ed. México, Editorial Esfinge, 1999, 296 p.
- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia, 2ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1985. 353 p.
- PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 6ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1991, 250 p.
- PETIT, Eugene. Derecho Romano Primer Curso. 15ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1999, 717 p.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. 28ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1998, 533 p.

Derecho Civil Mexicano. Tomo II Derecho de Familia. 6ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1983, 803 p.

ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, 763 p.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 109ª. ed. México, Editorial Porrúa, 1999, 140 p.

AGENDA CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL 2001. México, Editorial Ediciones Fiscales ISEF. 2001.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. COMENTADO. U N A M. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 49ª. ed. México, Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1997, 475 p.

COMPILACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE MENORES. D I F. Dirección de Asistencia Jurídica. México, 1999, 795 p.

DERECHOS DE LA NIÑEZ. U N A M. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1990, 257 p.

JURISPRUDENCIA

DIVORCIO, PATRIA POTESTAD, SU PERDIDA ES INDEPENDIENTE DE LA ACCION

DE. Amparo Directo 2865/88. Concepción Rocío Pérez Manzano. 6 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Octava Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, Segunda Parte - 1, Julio a Diciembre de 1988. Página 232.

GUARDA Y CUSTODIA, NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESION. Amparo Directo 73/87. Salvador Cordero Torner y otra. 6 de abril de 1987. Cinco votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228, Cuarta Parte. Página 133.

PATRIA POTESTAD, CUESTIONES RELATIVAS A LA PERDIDA DE LA, QUE AFECTAN EL ORDEN Y LA ESTABILIDAD DE LA FAMILIA. Amparo Directo 323/84. Hilda Porras Bermeo. 7 de abril de 1986. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 205-216, Cuarta Parte. Página 131.

PATRIA POTESTAD, DECISION SOBRE LA, EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO. Amparo Directo 3504/88. Ilya Isabel López González. 30 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata.

Amparo Directo 3739/88. María del Carmen Martínez Ramírez. 8 de diciembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata.

Amparo Directo 924/89. Hilda Elizabeth García Ortiz. 11 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Villegas Vázquez.

Amparo Directo 2659/88. Eliana Cazenave Tapie Isoard. 7 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González.

Amparo Directo 634/90. Bertha Ruiz Alazáñez. 15 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
Octava Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo V, Segunda Parte - 2, Enero a Junio de 1990. Tesis: I.4o.C. J/21. Página 705.

NOTA: Esta tesis también aparece publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 28 Abril de 1990. Página. 49.

PATRIA POTESTAD, DERECHOS DERIVADOS DE LA SON INTRANSMISIBLES.
Amparo Directo 7020/86. María Luisa Rosas viuda de Valdez y otro. 3 de diciembre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Octava Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, Primera Parte -1, Enero a Junio de 1988. Página 372.

NOTA: En el Informe de 1988, la tesis aparece bajo el rubro "PATRIA POTESTAD. SUS DERECHOS SON INTRANSMISIBLES."

PATRIA POTESTAD, ESTUDIO OFICIOSO DE LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA PERDIDA DE LA. Amparo Directo 5077/90. Catalina Eugenia Muñoz Gómez. 7 de diciembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa.
QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
Octava Época, Instancia: Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, Enero de 1991. Página 341.

PATRIA POTESTAD, GUARDA DEL MENOR NECESARIA PARA EL EJERCICIO POR LOS PADRES DE LA.

Amparo Directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano.

Amparo Directo 3601/70. Armando Quintero Rodríguez. 17 de junio de 1971. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Solís.

Octava Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, Primera Parte - 1, Enero a Junio de 1988. Página 330.

NOTA: En el Informe de 1988 y en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 30, Cuarta Parte, Página 69, esta tesis aparece bajo el rubro "PATRIA POTESTAD. PARA SU EJERCICIO ES NECESARIO QUE LOS PADRES TENGAN LA GUARDA DEL MENOR."

PATRIA POTESTAD. LAS CAUSAS PARA SU PERDIDA DEBEN PROBARSE PLENAMENTE. Amparo Directo 269/88. Silverio Santillán Herrera. 8 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdova.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Octava Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV-II, Febrero de 1995. Tesis: VI.1o.113 C. Página 436.

PATRIA POTESTAD. LOS MOTIVOS PARA LA PERDIDA DE ESTA EN LOS CASOS DE DIVORCIO, DEBEN SER ANALIZADOS, INDEPENDIEMENTE DE QUE NO SE ENCUENTREN DETERMINADOS ESPECÍFICAMENTE EN LA LEY. Amparo Directo 526/95. Laura Julia Díaz Hernández. 14 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, Noviembre de 1995. Tesis: I.8o.C.30 C. Página 569.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. Amparo Directo 6509/84. Carlos Orozco Vargas. 19 de agosto de 1985. Cinco votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo:199-204, Cuarta Parte. Página 26.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. ES INDISPENSABLE QUE SE SEÑALE CON

PRECISION LA CAUSA EN LA QUE SE FUNDA. Amparo Directo 1986/91. Alejandro Francisco Díaz Solano. 20 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Victor Hugo Díaz Arellano.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Octava Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo IX, Abril de 1992. Página 564.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. SANCION DE ESTRICTA APLICACION. Amparo Directo 4414/77. Leopoldo Fonseca Molina. 7 de abril de 1978. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 109-114, Cuarta Parte. Página 141.

NOTA: En el Informe de 1978, la tesis aparece bajo el rubro "PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA."

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. SE NECESITA DE PRUEBA PLENA PARA DECRETARLA. Amparo Directo 7402/80: Michel Gabayet Martín. 8 de junio de 1981. Cinco votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 151-156, Cuarta Parte. Página 237.

Volúmenes 145-150, pág. 441. Amparo Directo 3112/79. Bienvenido Moscoso Martínez. 6 de abril de 1981. Cinco votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

Volúmenes 97-102, pág. 214. Amparo Directo 4362/76. Gabriel López Flores. 13 de abril de 1977. Cinco votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Volumen 20, pág. 35. Amparo Directo 4253/69. María de Lourdes Castillo Huerta. 12 de agosto de 1970. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela.

PATRIA POTESTAD. PÉRDIDA DE LA. SI NO HAY CONDENA AL RESPECTO, LA CONVIVENCIA DEL DEMANDADO CON EL MENOR DEBE SUBSISTIR. Amparo

Directo 234/98. Ana Sánchez Olivares. 8 de julio de 1998. Unanimidad de votos.
Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.
Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Septiembre de 1998. Tesis: II.2o.C.111 C. Página 1187.

PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA. Amparo Directo 250/88.
Guadalupe Méndez Blanca. 23 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente:
Gustavo Calvillo Rangel.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Octava Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIV, Julio de 1994. Página 694.

Véanse: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985. Cuarta Parte, Tesis 204, página 60 y Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Tesis 1253, página 2018.

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD. FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS.
Amparo Directo 2497/1949. 12 de Noviembre de 1952. BIJ VIII, 2224.

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD. MALOS TRATAMIENTOS. Amparo Directo 538/94. Genoveva Rosales Sandoval. 25 de octubre de 1994. Unanimidad de votos.
Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO.

Octava Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV, Enero de 1995. Tesis: XVI.2o. 50 C. Página 280.

PERICIAL EN PSICOLOGÍA. ADMITIDA DEBE PROVEERSE LO NECESARIO PARA SU DESAHOGO, POR SER EL MEDIO IDÓNEO PARA DETERMINAR LA SITUACIÓN FÍSICA, EMOCIONAL Y MORAL DE UNA PERSONA, MENOR DE EDAD, SI

SE DISCUTEN CUESTIONES DE PATRIA POTESTAD. Amparo Directo 126/99. Juan Emilio Jiménez Tello. 31 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Francisco Trenado Ríos, Secretario de Tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUIT Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Octubre de 1999. Tesis: II.2o.C.200 C. Página 1321.

ECONOGRAFIA

IUS 2000 (2 CD'S RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA DE 1917 AL 2000).

MORALES MUÑOZ, Manuel. Manual de Técnicas de Investigación Documental y Redacción de Tesis. ENEP. Aragón, UNAM, México, 1990, 234 p.

ROJAS SORIANO, Raúl. Guía para realizar investigaciones sociales. 8ª ed. México, Editorial Plaza y Valdés, 1987, 286 p.

WITKER, Jorge. La Investigación Jurídica. México, Editorial Mc. Graw Hill, 1995, 94 p.