

301809
9

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
CAMPUS SAN RAFAEL
"ALMA MATER"

ESCUELA DE DERECHO

ESTUDIO CRITICO DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA
POTESTAD

TESIS

PARA OPTAR POR EL TITULO DE LICENCIADO EN
DERECHO.

PRESENTA:

JOSE DE JESUS HERNANDEZ MARTINEZ.

ASESOR
LIC. E. JESUS MORA LARDIZABAL

REVISOR.
LIC. JOSE LUIS SILVA VALDEZ

MÉXICO, D.F

2002

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADEZCO A MIS PADRES EL SR. FELIX HERNANDEZ RAMIREZ, SRA. GLORIA MARTINEZ DE HERNANDEZ quienes han sido los pilares de mis triunfos y de todo aquello que he alcanzado en la vida gracias a sus consejos y sus buenos ejemplos al apoyo que me brindaron durante mi carrera hoy alcanzo una meta más en la vida.

A cada una de las personas que de alguna manera han estado a mi lado siendo partícipes de los acontecimientos, así como de las decisiones importantes de mi vida.

A DIOS:

Por que gracias a él, que me ha prestado la vida puedo lograr una más de mis metas propuestas, por reglamentar todo lo que tengo en la vida y por haberme dado una hermosa familia, gracias Dios.

A MIS HERMANOS

Agradeciéndoles a cada uno de ellos toda la admiración y el respeto que siempre me han brindado y la confianza que han depositado en mí.

INTRODUCCION

CAPITULO I: EI DEVENIR HISTORICO DE LA PATRIA POTESTAD.

1.1.	ROMA.	10
1.2.	FRANCIA.	17
1.3.	ESPAÑA.	18
1.4.	MÉXICO.	21
1.5.	CODIGO CIVIL 1870.	23
1.6.	CODIGO CIVIL 1884.	25
1.7.	LA PATRIA POTESTAD EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.	26
1.8	CÓDIGO CIVIL DE 1928.	29

CAPITULO II: LA PATRIA POTESTAD

2.1	CONCEPTO.	33
2.2	NATURALEZA JURÍDICA.	40
2.3	CARACTERISTICA DE LA PATRIA POTESTAD.	45
2.4	FORMAS DE ADQUIRIR LA PATRIA POTESTAD.	48
2.5	CAUSAS Y EXCUSAS DE LA PATRIA POTESTAD.	49
2.6	SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.	49

CAPITULO III: EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

3.1 LA RELACION QUE DETERMINA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.	54
3.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES SUJETOS PATRIA POTESTAD.	60
3.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.	62
3.4 EXTINCION DE LA PATRIA POTETAD.	67
3.5 PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.	68
3.6 TERMINOS EN QUE SE RECUPERA LA PATRIA POTESTAD	70
3.7 IMPORTANCIA EN LA FAMILIA,COMO ELEMENTO DE CONVIVENCIA SOCIAL.	73

CAPITULO IV : LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

4.1 FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 444 CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	79
4.2 FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	83
4.3 FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	87
4.4 FRACCIÓN V Y VI DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	92

4.5	FRACCIÓN VII DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	95
4.6	FRACCIÓN VIII DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	96
	CONCLUSIONES.	97
	BIBLIOGRAFÍAS	99

INTRODUCCION

La Institución de la patria potestad ha existido desde la antigüedad pero a través de los años ha evolucionado de acuerdo al papel tan importante que desempeña principalmente en el aspecto de los bienes y la figura que éste representa el cual se encuentra regulado en el título octavo por los artículos 411 al 448 de nuestro derecho positivo.

Se considera que toma como punto principal dicha figura la procreación, así como el de aquellas personas que tienen a su cargo la responsabilidad y la obligación de dirigir a los menores bajo cuya protección se encuentren, el cual sólo se puede regular la pérdida, suspensión y limitación y tomando en cuenta aquellos supuestos donde se mencione la recuperación de la patria potestad.

Además que, el Código Civil nos establece las causas por las que se pierde la patria potestad por lo que nos indica la fracción I, si el que la ejerce es condenado una o más veces por delito grave. Cuando existe la posibilidad que una persona se encuentre en dicho supuesto, como lo menciona el artículo.

En el supuesto que una persona realice la conducta prevista en la fracción citada y cumpla con la sentencia que la autoridad penal al respecto determinó, pienso que mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, se encuentra en la posibilidad de recuperar el ejercicio de la patria potestad, toda vez que no existe disposición expresa de este último supuesto en precepto alguno.

De igual forma, la figura que estudiamos, en nuestro derecho positivo mexicano es omiso en cuanto si la pérdida por resolución judicial que trata el artículo 444 tiene el carácter de provisional o definitivo y en su caso de los supuestos para recuperarla.

CAPÍTULO I

EL DEVENIR HISTORICO DE LA PATRIA POTESTAD

1.1 ROMA

1.2 FRANCIA

1.3 ESPAÑA

1.4 MÉXICO

1.5 CÓDIGO CIVIL DE 1870

1.6 CÓDIGO CIVIL DE 11884

1.7 LA PATIA POTESTAD EN LA LEY DE RELACIONES
FAMILIARES DE 1917

1.8 CÓDIGO CIVIL DE 1928.

1.1 ROMA.

Es en Roma, donde tuvo su origen la institución de la patria potestad, el poder que los antiguos romanos reconocían en el Pater-familias era, jurídicamente hablando, el más riguroso del que nos habla la historia, ya que imperaba el principio monárquico, tanto en las relaciones personales como en las patrimoniales, pues era considerado propietario de su hijo, los bienes que éste adquiría pasaban a su poder. Los hijos que nacían de los cónyuges estaban sujetos al poder del pater-familias, también los nietos o descendientes del hijo varón que contraía matrimonio legítimo. La mujer jamás ejercía la patria potestad sobre los hijos. Sin embargo, ésta potestad que duró casi todo el régimen republicano fue modificada, por lo que ya en el imperio el padre se convirtió en jefe supremo de la familia, más no en propietario.

Jorge Mario Magallón Ibarra menciona: "En la instituta de Justiniano se consigna la siguiente disposición: El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos, porque 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. Así pues, el que nace de ti y de tu esposa se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto o nieta, y de la misma manera tu bisnieto o bisnieta, y así los demás. Más el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su padre".¹

¹ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, tomo III, Derecho de familia, Ed.Porrúa, México, 1988 P.516

Para comprender la evolución de la patria potestad, expondremos algunos conceptos del derecho de familia romano: La Gen era un grupo familiar muy extenso, que descendían de un antepasado común y lejano, formaban un grupo de familias las cuales eran en ocasiones muy numerosas, pero que conservaban el mismo nombre y la unidad que su religión ordenaba.

La familia, era el conjunto de personas libres que se encontraban bajo el poder de un pater-familias. Cuando el fundador de la Gen era muerto, sus hijos se harían jefes de sus respectivas familias, que eran una de tantas ramas que descenden de un mismo tronco común, estando unidas por el parentesco civil. Cada familia quedaba bajo la autoridad de un jefe que era el pater-familias, éste era un sacerdote que rendía culto a los antepasados, gobernaba la familia con un poder absoluto, de manera que durante siglos el poder público no se relacionó en las decisiones tomadas por él, por severas y crueles que fueran.

Los miembros sujetos a la familia se denominan personas alieni iuris o bajo la potestad de otros. En sentido amplio, la palabra familia nos menciona que es: El conjunto de poderes del pater-familias, era conceptualizado con el vocablo "manus" en la edad antigua y más tarde "potestad", términos que igualmente designan la autoridad de los reyes y de los magistrados.

La expresión pater-familias viene del latín que significó primitivamente jefe de casa. Efectivamente, la palabra pater, no estaba vinculada con la idea de progenitor, sino como una raíz que denotaba poder, fuerza, y la palabra familia indicaba lo perteneciente al sitio donde se vive, el hogar, la casa. El autor Agustín González, en su obra Derecho Romano hace la siguiente referencia. "Se llama pater-familias a aquél que tiene su señorío en su casa y

se le designa correctamente con ese nombre aunque no tenga un hijo, pues el término no sólo es de relación personal, sino de posición de derecho"².

En la comunidad primitiva romana, ser un pater-familias significaba tener un status personal de sui iuris, es decir, tener la capacidad jurídica, tanto en el derecho público como en el privado, este vocablo connotaba que podía ser titular de un patrimonio y que tenía o podía tener a otras personas bajo su potestad, cualquiera que fuera su edad.

El autor Alfredo Di Prieto expresa: "El fundamento de la patria potestad romana es el dominio quirritario, esto es, aquél dominio que no competía a otros más que a los quirrites, es decir, a los ciudadanos romanos, en donde los hijos no eran personas respecto del padre, sino cosas y podían ser vendidos o emancipados con ritos solemnes".³

Los efectos de la patria potestad que se derivan del dominio quirritario, son:

- 1.- El ius vitae ac necis o necisque (el derecho de vida y muerte),
 - 2.- El ius esponendi (el derecho de exposición o abandono),
 - 3.- El ius vendendi (el derecho de vender),
 - 4.- El ius noxae dandi (el derecho de entrega noxal).
-
- 1.- El derecho de vida y muerte que poseía el pater-familias, no tenía otra limitación que su propia conciencia. Este tipo de derecho no debe entenderse como una licencia de matar, sino como una facultad con la que el padre, como juez doméstico podía imponer la pena capital a sus hijos, cuando hubieren cometido un delito, sin estar obligado a acudir a

² BRAVO GONZALEZ, Agustín, DERECHO ROMANO, 1er curso, Ed. 13ª, Ed. Porrúa, México 1994, P. 137

³ DI PRIETO, Alfredo y LAPIEZA, Angel. MANUAL DE DERECHO ROMANO, ed. 2ª, Ed. Cooperadora de Derecho Romano y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977, P. 366

un magistrado para hacerlo. Sin embargo, existía una limitante moral en primer término por la organización gentilicia y en segundo por el censor además, de que no podía hacer de su hijo un esclavo.

Por otra parte este derecho no era considerado como homicidio, sino como una ofensa inferida al padre en su propiedad, debido al carácter político que tenía la patria potestad.

2.- El derecho de exposición o abandono consistía en la costumbre que tenían algunos romanos de depositar al recién nacido a los pies del pater-familias, quien al levantarlo lo incorporaba al ámbito de su patria potestad. Si no lo hacía, se consideraba a la criatura como expuesta o abandonada, quien la recogiera podía darle la condición de alumnus, que quiere decir el que es alentado, o podía darle la condición de un esclavo.

De manera general podía desampararlos a su arbitrio, esta situación resultaba tan grave, que más adelante en la época de Justiniano se decidió que todo niño expuesto o abandonado fuera considerado libre. Lo cual se consignó como un alivio aportado en los derechos del padre hacia la persona de los hijos.

En la antigüedad se permitía al paterfamilias: matar, mutilar y arrojar de su casa a las personas sujetas a su potestad, así también podía romper, destruir y abandonar las cosas que les pertenecían. Dicha potestad no se extinguía, más que por la muerte del jefe de familia.

3.- El derecho de venta de los hijos, en realidad era el poder de entregarlo o emanciparlo, cediéndolo a un tercero. Quien lo adquiría ejercía sobre el hijo una autoridad especial llamada mancipium. La ley de las XII Tablas decidió que el hijo emancipado por tres veces fuese liberado de

la autoridad paternal, y en el caso de las hijas y los nietos, una sola mancipatio producía el mismo efecto. Esta facultad la realizaba el padre en razón de encontrarse en condición de miseria, en tiempos difíciles de crisis económica, pero en ocasiones operaba en vía de garantía a favor de su acreedor. Posteriormente la venta de los hijos se declaró ilícita y sólo se permitía en casos de extrema necesidad, para procurarse alimentos.

Constantino lo consintió siempre y cuando se le abonara al comprador, con el derecho exclusivo de volver a tomarlo y con la posibilidad de que el vendido pudiera rescatarse por el mismo precio por el que había sido adquirido. De cualquier manera, quién llegaba a adquirirlo, se comprometía a liberarlo en un tiempo determinado, empero, si no lo hacía, el magistrado anulaba ese mancipium y restauraba al hijo a la autoridad paterna original.

4.- El derecho de entrega total noxal, consistía en que el hijo o esclavo que había cometido un delito privado como hurto, rapiña, injuria o algún daño, podía ser dado en noxae, es decir, entregarlo para la satisfacción del dañado. Los padres eran responsables de las malas acciones de sus hijos y estaban obligados a pagar la multa correspondiente, debido a sus hechos delictuosos.

El pater-familias podía entregarlos a un extraño, para liberarse de toda responsabilidad por los delitos cometidos por sus hijos.

El padre en su calidad de juez doméstico podía juzgar a sus descendientes y condenarlos con su propio juicio (judicia-privata), sin importar la edad que tuvieran, podía darlo en noxas y hacer propias todas sus adquisiciones, ya que el patrimonio le correspondía exclusivamente al padre.

No obstante, esta facultad del padre hacia sus hijos fue abolida por Justiniano, por ser contraria hacia el nuevo trato de los hombres.

En efecto, los hijos de familia y los esclavos no podían tener un patrimonio, todo lo que ellos adquirían era propiedad del paterfamilias, sobre quien estaba organizada la potestad paterna la cual se extendía a los nietos y bisnietos de los hijos varones, por ello padres e hijos eran considerados como una sola persona en relación a los negocios.

Por lo mismo, el padre realizaba todas las cosas en lugar del hijo, y éste podía estipular para el padre, más no para sí mismo.

En cuando al aspecto patrimonial de los romanos, todo bien que adquiría el hijo se convertía en propiedad de su pater.

La concentración del poder que tenía, supone también la concentración de los ingresos, en cuanto el hijo obtuviera un bien, automáticamente pasaba al patrimonio paterno, de lo que resultaba que se convertía en un instrumento de adquisición.

No obstante, existían varias excepciones que permitían al hijo adquirir ciertos bienes que no pasaban al patrimonio del padre. Esos casos eran :

- a) EL PECULIO CASTRENSE, que fue un privilegio que se concedió a la constitución de clase militar mediante el cual podían adquirir y conservar para sí, guerra, donaciones y legados hechos en razón de su función.

Elo le permitía disponer de ese peculio, tanto por actos entre vivos como por causa de muerte, pero si morían y no dejaban testamento heredaba el padre y no los herederos del hijo.

Los peculios eran considerados como patrimonio pertenecientes al hijo sometido a la patria potestad y fueron introducidos a manera de privilegios.

Así, el emperador Augusto estableció el peculio castrense a favor de la milicia armada.

- b) EL PECULIO CUASICASTRENSE, era similar al anterior, pero se diferenciaba en que era derivado de los servicios que hubiere prestado como funcionario en el palacio imperial, o en el ejercicio de profesiones liberales o calidad de clérigo .
- c) EL PECULIO PROPECTITIUM que se constituía como el grupo de bienes que el padre acostumbraba al ejercicio del comercio y aún cuando la propiedad de los mismos le correspondía al padre.
- d) Bona adventitia, se reconoció el derecho para que el hijo adquiriese por sucesión de la madre los bienes de ésta, sobre los que el pater conservó únicamente el derecho de voz, el usufructo, quedándo la facultad de administrarlos aún cuando estaba obligado a rendir cuentas. Lo mismo pasaba cuando el hijo recibía donaciones de sus abuelos paternos. Posteriormente declaran como propiedad del hijo, los bienes que adquiría por cualquier otro modo, sin importar la procedencia, reservando al pater familia su disfrute y administración .

1.2 FRANCIA.

En algunas regiones de Francia en donde regía el derecho escrito se aceptaba la patria potestad, pero ésta existía sólo hasta que se cumpliera la mayoría de edad, de la misma forma existían obligaciones del padre para emancipar al hijo, cuando éstos le negaban el alimento o lo indujeran al mal o le dieran un trato cruel.

A diferencia de los lugares donde se practica el derecho consuetudinario, se dudaba que existiera la patria potestad, lo que se debía a que la autoridad paterna se ejerció sólo en interés del hijo y no del padre quien tenía sus atributos limitados ya que el menor quedaba fuera de su autoridad al momento de alcanzar la mayoría de edad, fuera emancipado, por medio del matrimonio o al momento de la muerte de alguno de los padres, ya que ambos ejercían la misma autoridad, por lo que se abría la tutela del padre sobreviviente. en este régimen no se conocía el derecho al usufructo de los bienes del menor ya que a éste le pertenecía su patrimonio.

En el siglo XIX el legislador prevenía los derechos y ventajas concedidas a las personas de los bienes de los hijos, así como la protección de los niños, empleados en profesiones, ambulantes, a los hijos maltratados reprendidos en forma violenta, actos de crueldad, atentados cometidos en perjuicio de los niños o prostitución de los menores, se asentó el principio de la autoridad paterna en la familia legítima, le otorga al padre el ejercicio de la patria potestad y este poder se distinguía al cumplir la mayoría de edad del hijo.

1.3 ESPAÑA.

El derecho español recibe una gran influencia del derecho germánico y romano, la patria potestad se denominaba "Officium Virile" que constituía el poder absoluto y perpetuo a favor del padre, pero éste se concebía en la familia legítima.

Al respecto Diego Espín expresa: "La familia al estar regulada por el derecho es una institución jurídica pero ante todo es una institución social, basada fundamentalmente en la diversidad de sexos que da lugar al matrimonio; y de edades que da lugar a la patria potestad de los hijos".⁴

La patria potestad descrita por las partidas como poder que tienen los padre sobre los hijos, surgía del patrimonio (incluida la legitimación). Por ello el nacimiento de hijos habidos durante las justas nupcias era la fuente primaria de la institución. El matrimonio concedía a los padres el poder tuitivo sobre los hijos .

La legitimidad provenía del matrimonio, cobijando al concebido en contrario; salvo la ininterrumpida ausencia del marido. El hijo nacido después de seis meses y un día de la celebración del matrimonio y antes del undécimo sin tomar un solo día de éste, desde la muerte, quedaba dentro de la presunción.

Por legitimación se consideraba habido en legítimo matrimonio, al hijo legítimo. Los españoles reconocieron como modo de legitimación el subsecuente matrimonio.

⁴ ESPIN CANSUCO, Diego, MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975. P.422.

En general, sólo recaía la patria potestad sobre el hijo legítimo, y de su ejercicio quedaba excluida la mujer, ya que la ejercía en defecto del padre, es decir, supletoriamente. Así lo establecía la Ley de Matrimonio Civil, del 18 de junio de 1870 en su artículo 64: "El padre, y en defecto la madre; tienen potestad sobre sus hijos legítimos o emancipados." ⁵

La influencia de ciertas ideas cristianas dieron otro sentimiento al ejercicio de la patria potestad, que consistía en que dicha institución debía ser ejercitada con piedad paternal. Por lo cual se transformó en un deber de protección hacia el hijo y desde entonces, se consideró que su fundamento lo tenía en el derecho natural y no en el positivo.

El antiguo Derecho Español reconoció con el nombre de prohijamiento, dos maneras de tener por hijo, al que no lo era por naturaleza: la adopción y la arrogación.

La arrogación no podía darse respecto del infante, arrogador y arrogado debían dar su consentimiento expreso ante el rey, éste antes de conceder la arrogación debía examinar las circunstancias para que redundara en beneficio del arrogado, entre ellos la buena fe quien debía prestar caución para responder de los bienes del arrogado. Verificada la arrogación siempre surgía la patria potestad.

Por medio de la adopción se reconocía al hijo natural, como si lo fuera. En ella el adoptado tenía a un padre y estaba sujeto a su potestad, pero no podía darse respecto del pupilo, mientras no hubiera cumplido veinticinco años. Podía adoptar cualquier hombre libre, no sujeto a la patria potestad; la mujer, sólo habiendo perdido a su hijo en guerra o al servicio del rey, podía adoptar siempre que obtuviera licencia del rey.

⁵ CODIGO CIVIL ESPAÑOL Título XVII de Ley 1ª de las partidas, Ed. 5ª, Ed. Reus, Madrid. 1942 P.502.

La facultades de los padres para corregir a sus hijos, no pueden extenderse hasta el punto que la forma y medios empleados excluyan la moderación del castigo y hagan que el hecho constituya un delito.

La extinción de la patria potestad en el Derecho Español, sobrevenia en primer lugar por muerte natural del padre; en segundo lugar, por destierro perpetuo del padre o a lugar determinado; la tercera causa de extinción, era la dignidad alcanzada por el hijo determinado; la tercera causa de extinción, era la dignidad alcanzada por el hijo, que podía ser la episcopal o la de tesorero general del rey.

En el cuarto lugar fue la emancipación, en dos formas: la voluntaria y por ministerio de ley. La voluntaria era expresada por el padre ante el juez, con consentimiento del hijo y sólo podía darse mediante licencia tratándose de un infante menor de seis años. De ausente mayor de seis años.

Respecto a la emancipación por ministerio de ley, el padre era obligado a otorgarla debido a su crueldad, o por prostituir a su hija. Por abandono del hijo, por incesto, y cuando habiendo adoptado al hijastro menor de catorce años, pasada esa edad el menor desconvenido podía pedir al juez que ordenara la emancipación.

Es importante señalar que la autoridad paterna recae sobre los hijos menores no emancipados, mientras no se extinga legalmente; por razones de inmoralidad y malos tratamientos hacia ellos, que hagan indispensable su separación.

El Código Civil Español en su cuarta partida expresa: "Hallamos cuatro razones para que el padre pueda constreñir y sacar de su poder a su hijo, la primera es cuando el padre castiga muy cruelmente a su hijo, sin aquella piedad que le debe según su naturaleza." ⁶

1.4.-MÉXICO.

LA PATRIA POTESTAD EN LA CULTURA NAHUATL.

La base de la cultura nahuatl era el matrimonio al que se tenía en muy alto concepto, era exclusivamente un acto religioso, carecía de toda validez cuando no se celebraba de acuerdo con las ceremonias del ritual. No se daba injerencia a los representantes del poder público ni a los sacerdotes o ministros ya que en sus solemnidades únicamente intervenían los parientes y los amigos íntimos de los contrayentes.

El matrimonio se consideraba al principio como un asunto entre familias, y no entre individuos en particular, pero los jóvenes podían sugerir a sus padres sobre con quien deseaban casarse.

El hombre era el jefe de familia, pero en derecho estaba en igualdad de circunstancias que su mujer. El hombre educaba y castigaba a los hijos varones, y la mujer lo hacía con las niñas; pero ambos podían amonestarlos sin distinción.

Antonio de Ibarrola en su obra Derecho de familia expresa: "La patria potestad era muy amplia. El hombre solía vender a sus hijos como esclavos

⁶ CODIGO CIVIL ESPAÑOL, Título XVIII, Ley de 18 Partidas, Ed.4ª, Ed. Reus Madrid, 1942, P.526.

cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos, también estaba facultado para casar a sus hijos, para castigarlos aun con violencia: generalmente los herían con espinas de maguey, les cortaban el cuello y cuando el hijo era tenido como incorregible, el padre, previo permiso de las autoridades, podía venderlo como esclavo o exponerlo al frío de una noche en la montaña, atado y desnudo en un charco de lodo" ⁷

Los nahuas eran sumamente estrictos, podían reprender con azotes, aplicaban humo de chile en el rostro de los mal educados y hacían una pequeña incisión en el labio de los mentirosos.

Los hijos de los nobles, y los de la clase media vivían hasta los quince años en casa de sus padres, luego eran entregados al Tepochcallí o al Calmecac.

El Tepochcallí, era una escuela de artes y oficios, en donde se le enseñaba al joven a respetar a sus mayores, a decir la verdad, a amar su trabajo, recibía ayuda de sus compañeros para iniciar su vida familiar, las niñas recibían educación social y religiosa.

El Calmecac, era la escuela de los nobles, a los hombres se les enseñaba especialmente a ser guerreros y sacerdotes, también a trazar y descifrar la escritura jeroglífica, a pronunciar correctamente las frases en los discursos, se les iniciaba en los secretos de la magia ritual. Las muchachas estaban sujetas a la vigilancia de sacerdotisas, preparaban la comida, barrían y regaban el templo, tomaban parte en las danzas del ritual de los dioses.

Fue siempre el hombre el sostén de la familia y la madre el sostén del hogar, entre los nahuas el sistema de educación era asombroso, ya que era

⁷ DE IBARROLA, Antonio, DERECHO DE FAMILIA, Ed. Porrúa, México, 1993, P. 109.

considerado como universal y obligatorio, de manera que todo niño debía aportar algo a su cultura.

1.5 CODIGO CIVIL DE 1870.

La patria potestad como institución fue reglamentada en el Código Civil de 1870, en donde es considerada en relación a las personas y se reconoce que los principios de justicia son los adecuados para conservar, en bien de la sociedad, la relación entre padres e hijos.

El artículo 389 del mencionado ordenamiento, señalaba: "Los hijos, cualquiera que fuera su estado, edad y condición deberán de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes."

Este precepto es una norma de derecho natural, no podría tomarse como una definición jurídica de la patria potestad, en su artículo 390 se hacía una referencia más específica al decir: "Los hijos menores de edad, no emancipados están bajo la patria potestad mientras que exista alguno de los ascendientes a quienes corresponda aquella, según la ley."

En sentido amplio, el artículo 389 señalaba las relaciones entre ascendientes y descendientes. En sentido estricto, el artículo 390 nos indica el derecho que tienen los padres o quien ejerza la Patria Potestad de educar, vigilar y corregir a los menores que están bajo su cuidado, así como la administración de sus bienes. Dicho precepto nos señala quienes están facultados para ejercer la Patria Potestad y le daba una mayor importancia al hombre.

Los Derechos de aquellos que ejercen la Patria Potestad son:

- 1.- El derecho de educar, que significa la obligación de proporcionarla en la forma adecuada, conforme a las aptitudes del menor.
- 2.- Vigilancia y Corrección, la que se debe ejercitar de manera que el menor no se vea afectado en su salud, como consecuencia de la utilización de las medidas para corregirlos.
- 3.- Administración de sus bienes, lo que se da en cinco casos:
 - a) Aquellos que provienen de donación del padre;
 - b) Aquellos que provienen de donación de la madre;
 - c) Aquellos que provienen de donación de parientes colaterales o extraños;
 - d) De los bienes obtenidos debido al don de la fortuna;
 - e) De los bienes adquiridos por un trabajo honrado.

En el artículo 392 del mencionado Código Civil se establecía que la patria Potestad se ejercía en primer término por el padre y después por la madre. Sólo por muerte, interdicción, ausencia del llamado preferentemente, entraría a su ejercicio el que seguía en el orden establecido. Después de la muerte del padre, seguía el abuelo paterno y luego el materno.

En otro aspecto, la primera legislación civil del Distrito Federal, amplió a la Patria Potestad a los abuelos y abuelas. Contra ellos, sólo podía alegarse la edad; se les concedía la facultad de renunciar a su ejercicio, debido a que podían considerarse incapaces para poder cumplir los deberes que ella requería.

1.6 CÓDIGO CIVIL DE 1884.

En este segundo cuerpo de leyes, la patria potestad se divide en onerosa que no es mas que el conjunto de obligaciones que la naturaleza y la ley impone a los padres para con sus hijos ;la útil, es la reunión de derechos que la ley concede a los padres respecto de algunos bienes de sus hijos menores no emancipados. En consecuencia, los hijos que estuvieren bajo la patria potestad no podrán dejar la casa del que la ejerce, sin permiso de este por decreto de la autoridad pública competente de igual forma, no pueden comparecer en juicio, ni contraer ninguna obligación sin expreso consentimiento del que ejerce tal derecho.

Es importante destacar la definición que daba el citado ordenamiento respecto al matrimonio en su artículo 13: "es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen en un vínculo indisoluble, para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" Acerca de esto Ramón Sánchez Medal dice: "El valor social del matrimonio indisoluble deriva de que la posibilidad de romper el vínculo matrimonial tienda a hacerlo más frágil, puesto que el matrimonio será tratado con menor seriedad si se sabe que puede ser disuelto y es vana la pretensión de reducir los casos de divorcio a un pequeño número".⁸

La concepción social distingue al matrimonio de un contrato ordinario, por que es él la esencia de la familia, y ésta es la base de la sociedad. Desde luego que casarse es dar derechos a los hijos que nacerán de ella. Por ello, los derechos de la familia prevalecen sobre los del individuo.

⁸ SANCHEZ MEDAL, Ramón, LOS GRANDES CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO, Ed. Porrúa, 1991, P.22.

1.7 LA PATRIA POTESTAD EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Esta ley es muy importante pues señala nuevas disposiciones que en los códigos anteriores no se mencionaba. Lo cual fue de gran importancia ya que debido a estas nuevas disposiciones fincaron las bases para que en la actualidad contáramos con una regulación jurídica adecuada a nuestra situación social.

Cabe mencionar que esta ley fue expedida el día nueve de abril de mil novecientos diecisiete por don Venustiano Carranza, aclarando que dicha ley ha sido criticada en virtud de que quien la expidió usurpó funciones legislativas que no le correspondían, pues existía ya un Congreso a quien le correspondía crear la multicitada ley.

Esta legislación contemplaba en sus capítulos XV, XVI, Y XVII que se referían a los efectos de la Patria Potestad respecto de las personas de los hijos, de los efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes del hijo y de los modos de acabarse y suspenderse la Patria Potestad, respectivamente, y señalaba las personas que estaban sujetas a la Patria Potestad así como las personas que podían ejércela, mencionando a continuación los artículos mas importantes de dicho ordenamiento:

Artículo 241 La Patria Potestad se Ejerce:

- I.- Por el padre y la madre;
- II.- Por el abuelo y la abuela paternos;
- III.- Por el abuelo y abuela maternos.

Artículo 259. La patria potestad se acaba:

- I.- Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Por la mayoría de edad del hijo;
- III.- Por la emancipación en los términos del artículo 479.

Artículo 260.- La patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho, y en los casos señalados por los artículos 94 y 99.

Artículo 262. La patria potestad se suspende:

- I.- Por incapacidad declarada judicialmente en los casos II, III, y IV del artículo 299;
- II.- Por la ausencia declarada en forma;
- III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión.

Esta ley es de trascendental importancia para la conformación del código civil vigente, ya que en esta ley se concede el derecho a la madre para que junto con el padre ejerzan la patria potestad: sin embargo aun persistía que en segundo lugar podían ejercer la patria potestad el abuelo y la abuela paternos y por ultimo el abuelo y abuela maternos.

En esta ley únicamente se reconocía el parentesco por consanguinidad y filiación, más no así el civil, aclarando que, sin importar estas circunstancias la patria potestad si se ejercía sobre las personas y los bienes de los hijos legítimos, de los legitimados, naturales y de los adoptivos.

Resulta importantísima esta ley en virtud de que señala que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, existiendo doce causales, situación que en los códigos civiles anteriores no se contemplaban, y como consecuencia del divorcio el artículo 94 indicaba que los hijos se pondrían bajo la potestad del cónyuge no culpable, pero si ambos lo fueran y no hubiera ascendientes en quienes recaiga la patria potestad se proveería un tutor a los hijos conforme a la ley; perdiendo, en consecuencia, todo su poder y derechos sobre la persona de sus hijos, pero la patria potestad podía recuperarse por parte de cónyuge que diera causa al divorcio siempre y cuando falleciera el cónyuge que diera causa inocente y el divorcio se hubiera declarado por las causas señaladas en las fracciones VI, VII, VIII y IX del artículo 75 de dicha ley, y las cuales se referían a: la ausencia del marido por más de un año con abandono a las obligaciones inherentes al matrimonio: la sevicia, las amenazas o injurias graves a los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común: la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión y por último haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena o destierro mayor de dos años.

Como causas de pérdida de la patria potestad existían las establecidas específicamente en el artículo 260 de esta ley, las cuales se producían cuando se daba uno de los supuestos señalados en lo artículo 94 circunstancias que ya han sido debidamente señalados en líneas anteriores: por su parte, el artículo 99 consideraba que el cónyuge que diera causa al divorcio, perdería todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste y el cónyuge inocente conservaría lo recibido y podía reclamar lo que recibió y lo pactado en su provecho, pero también señalaba que se perdía cuando el que la ejercía era condenado a alguna

pena que importara la pérdida de este derecho; del estudio de la presente ley podemos establecer que también eran causas de pérdida de la patria potestad cuando la madre que la conservara se uniera en mancebía o tenía un hijo ilegítimo como lo consideraba el último párrafo del artículo 97; los artículos 264, 265, 266, 267 y 269 indicaban respectivamente que los abuelos podían renunciar a su derecho a ejercer la misma, sin embargo la ley consideraba que la ascendiente que renunciaba al ejercicio de la patria potestad no podían recuperarla, así como marcaba que la madre o abuela viudas perderían el derecho a ejercerla si vivían en mancebía o daban a luz un hijo ilegítimo, e inclusive fijaba que la abuela no tendría derecho a entrar al ejercicio de la patria potestad si vivía en ese momento en mancebía o daba a luz a un hijo ilegítimo antes que recayera en ella el derecho a ejercer la patria potestad, y al igual que los Códigos anteriores rigurosamente señalaba que la madre o abuela que contrajeran segundas nupcias por esta circunstancia perdían el derecho a la patria potestad, pudiendo recuperarla al momento de enviudar de nueva cuenta.

1.8 CODIGO CIVIL DE 1928.

Este Código es el que se encuentra vigente en el Distrito Federal, es de fecha treinta de agosto de mil novecientos veintiocho, aunque entró en vigor hasta el primero de octubre de mil novecientos treinta y dos, en relación a nuestro tema es importante, indispensable el estudio del presente Código ya que a pesar de que ha sido en múltiples ocasiones reformado, omite señalar los casos o circunstancias en que la persona que ejerza la patria potestad, fuera condenada judicialmente a la pérdida de este derecho sobre el menor en quien se ejerce, la misma fuera factible recuperarla, situación distinta a los códigos civiles anteriores, así como a la Ley de Relaciones Familiares, pues

aunque era por diversos motivos, la patria potestad por disposición legal expresa, podía llegar a recuperarse e inclusive en su caso podía renunciarse a este derecho, hipótesis que no contempla nuestra legislación civil en comento sin embargo y a pesar de que se le han realizado múltiples reformas al Código Civil vigente inclusive las importantes reformas efectuadas en fechas treinta de diciembre de año próximo pasado y del día veintiocho de mayo pasado y de ninguna forma actualmente, contempla la posibilidad de recuperar la patria potestad que se ejercía sobre un menor, haciendo mención de que este código en su libro primero de las personas titulo octavo, de la patria potestad, en los capítulos I, II y III se refiere a los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos, de los modos de acabarse, suspenderse y perderse la patria potestad, así como también señala las personas que estaba sujetas a la patria potestad y las personas que deben ejercerla, mencionando a continuación los artículos mas importantes de dicho ordenamiento:

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

Artículo 414. 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.

Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores .

En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

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

CAPÍTULO II

LA PATRIA POTESTAD

2.1 CONCEPTO

2.2 NATURALEZA JURÍDICA

2.3 CARACTERÍSTICA DE LA PATRIA POTESTAD

2.4 FORMAS DE ADQUIRIR LA PATRIA POTESTAD

2.5 CAUSAS Y EXCUSAS DE LA PATRIA POTESTAD

2.6 SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

2.1.- CONCEPTO.

La patria potestad es, en principio, una institución social. La ley aparece con posterioridad reglamentando su ejercicio. Es anterior a la existencia de la juricidad, de ahí que cuando el hombre no había elaborado el derecho, tenía plena conciencia de que debía gobernar y conducir la vida de sus hijos hasta que se transformaran en hombres y mujeres.

Los doctrinarios del Derecho de Familia lo definen como la maestra Sara Montero a la patria potestad como: "Una institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendiente menores de edad."⁹

Así mismo, la autora señala que: "El hombre de la patria potestad que permite que persiste en la mayor arte de las legislaciones vigentes, corresponde solo a la fuerza de la tradición, pero no a su espíritu; en la actualidad, dejó de ser patria", pues no es exclusiva del padre si no que es ejercida igualmente por la madre. Tampoco es "potestad", es decir poder, debido a que se manifiesta por una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse respecto de los descendientes".¹⁰

Rafael de Pina la define como: "El conjunto de facultades, que suponen también deberes, conferidos a quienes las ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria."¹¹

⁹ MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, Ed. Porrúa, México, 1994, 3ª Ed., P. 339.

¹⁰ Idem, P. 340.

¹¹ DE PINA VARA Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO INTRODUCCIÓN, Personas y Familia, Ed. Porrúa, México, 1995 P.689.

Asimismo, menciona que: "Más que un poder, actualmente es una verdadera función, debido a que es una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor, a la que no es extraña la intervención del Estado; esto con el objeto de que la institución se desarrolle normalmente y cumpla sus fines."¹²

De igual manera, el autor reconoce que: "La patria potestad posee un contenido moral y jurídico cuales se encuentran perfectamente entrelazados y no se puede separar la patria potestad es una institución civil acusadamente matiza por el influjo moral, y en el cual los derechos de quien la ejerce se justifican en cuanto son necesarios para el cumplimiento de los deberes que les corresponden".¹³ Y es partidario de cambiar el nombre por el de "autoridad paternal".

El concepto que Galindo Garfias menciona que : "La patria potestad es una institución establecida por el derecho son las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos fuera de él o de hijos adoptivos".¹⁴

Pianol la define como: "El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre , sobre persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales."¹⁵

¹² Idem P.377

¹³ Ibidem.P.377.

¹⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, DERECHO CIVIL IER. CURSO. Parte General Personas Familiares. 14ª Ed., Porrúa, México, 1995. P.689

¹⁵ Bis P 690.

Rojina Villegas anota que la patria potestad es : "Una institución protectora de la persona y de los bienes de los hijos menores de edad no emancipados que nace de la filiación."¹⁶

Carbonnier dice que: "La autoridad paterna está constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre, con el objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto en razón de su juventud e inexperiencia".¹⁷

Zanoni expresa que "la patria potestad contiene relaciones jurídicas basada en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. Es decir, no se trata de relaciones cuyo objeto presupone la igualdad jurídica de los sujetos, por el contrario, los fines que satisfacen implicar que tanto el padre como la madre ejercen una potestad, un poder"¹⁸

Por lo tanto, se trata de un poder que es reconocido por la ley como medio de actuar en cumplimiento de un deber y están obligados a ejercerlo personalmente porque es indelegable a terceros.

Es importante tomar en consideración la opinión que respecto al tema tienen algunos autores extranjeros.

En el Derecho Italiano, Cicú menciona que : "La patria potestad, es la relación entre padre e hijo y se apoya sobre el deber, de lo que resulta ante

¹⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, Introducción personas familias, Ed. Porrúa, México, 1995 P.460.

¹⁷ CHIAAVEZ ASCENCIO Manuel, LA FAMILIA EN EL DERECHO, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Ed. 2ª Ed. Porrúa México 1992.

¹⁸ Idem.

todo, que la doctrina reconoce en el progenitor, aquella coincidencia de derecho y deber, que es característica de las relaciones de derecho público.”¹⁹

En el Derecho Civil Español, Castán Vázquez entiende por dicha figura. “Al conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que los incumbe de proteger y educar a la prole.”²⁰

Como hemos visto la patria potestad se concibe con la idea natural y el hecho de la procreación, la cual deriva en deberes que los progenitores tienen que cumplir.

Diego Espín nos dice que: “la patria potestad es el conjunto de facultades que se otorgan a los padres sobre sus hijos menores para el cumplimiento de los deberes que la paternidad les impone” ²¹

Dentro de nuestro sistema jurídico es importante destacar la opinión de Chávez Ascencio, quien menciona que la patria potestad debe entenderse como: “El conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la ley concede a quienes la ejercen (padres o abuelos) en orden a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes.”²²

El referido autor opina que : “No se trata de un poder o potestad sobre la persona, aún cuando nuestra legislación establezca que la patria potestad se ejerce sobre las persona de los hijos, estos son personas y tienen dignidad, por lo que no puede haber un poder sobre ellos como si fueran cosas; sino

¹⁹ LOPEZ DEL CARRIL, PATRIA POTESTAD, Tutela y Curatela. Ed. De palma , Buenos Aires P.5.

²⁰ Ibidem P.7 Y 8.

²¹ ESPIN CANSUCO, Diego, MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, ED. Revista de derecho Privado Madrid, 1975, P.423.

²² CHAVEZ ASCENCIO, Miguel, Tomo III, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, 2ª Ed. Ed. Porrúa México 1992, P.282.

que se trata de alguien, que tiene personalidad y es sujeto de derechos y obligaciones."²³

Por otra parte expresa: "Tampoco se trata de un poder sobre los bienes de los hijos, con facultades limitadas. La patria potestad no es algo que se impone por ley; sino que tiene deberes, obligaciones y derechos atribuidos a los padres, quienes los ejercen y los cumplen como una función propia derivada de la paternidad y la maternidad."²⁴

El derecho reconoce la realidad natural de la filiación y por ende, el hecho de quien tiene que dar protección, sostenimiento y dirigir al grupo familiar, con el fin de establecer una buena convivencia social.

Bonnecase define, en un sentido amplio, la patria potestad, expresando que "es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerando tanto en sus personas como en su patrimonio"²⁵

Antonio de Ibarrola dice: "la patria potestad comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativos para quien las ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes y de proporcionarles alimentos".²⁶

²³ Ibidem P.425.

²⁴ Ibid

²⁵ MAGALLON, Op. Cit.P. 525.

²⁶ DE IBARROLA OP. Cit. P.441.

La legislación mexicana no cuenta con una ley, código o artículo que exprese de manera clara y específica lo que debe de entenderse por patria potestad. Sin embargo, no la concibe como un poder sino como el conjunto de derechos y obligaciones para facilitar el cumplimiento de los fines de la institución y atender de la mejor forma posible las necesidades e intereses del niño(a) en cuestión.

El artículo 411 del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala: "En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición".

El artículo 412 del mismo ordenamiento expresa. "Los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

El artículo 413 del ordenamiento en cita menciona: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal".

Estos artículos regulan únicamente la conducta que los hijos deben tener hacia los padres y ascendientes, comprendiendo también la administración de los bienes del menor, educación y protección.

La protección determina la filiación y, ésta a su vez trae consigo el establecimiento de un conjunto de relaciones entre padres e hijos, que en el ámbito de la familia, satisfacen necesidades de asistencia, protección y

representación jurídica de éstos, mientras sean menores de edad y no se emancipen .

Estas necesidades que satisfacen los padres , en principio determinan la atribución de los menores al grupo familiar e implican el reconocimiento de las relaciones jurídicas fundamentales en las autoridades paternas y maternas, cuyo ejercicio tiene como objetivo la formación integral del menor.

Así la patria potestad se funda mediante el hecho físico de la generación e inmediatamente en la necesidad social de la conservación, educación y defensa de la criatura generada, pues quien da el ser ha de proporcionar indispensablemente los medios para que ese ser subsista y cumpla su función en la vida humana. Esos medios corresponde darlos a los padres en primer término porque ellos tienen el ejercicio de la patria potestad concedido por el Derecho, Natural y las legislaciones positivas, y a falta de ellos los demás ascendientes, en nuestro Derecho en su defecto, debe la sociedad por medio del Estado suplirlos mediante órganos específicos como la figura del Ministerio Público .

Pero en algunas legislaciones modernas con el objeto de cuidar la delicada función de la patria potestad y que no está abandonada al arbitrio y abuso de los padres, la someten a la inspección del estado , ejercida a veces por una autoridad especial tutelar.

La atribución de derechos y facultades permite a los ascendientes, cumplir los deberes hacia los hijos. A través de la familia se consolidan imperativos fundamentos como, la autoridad de los padres, a cuya relación jurídica los hijos quedan adscrito hasta que adquieren plena capacidad jurídica.

En la doctrina española se admite que la institución en cuestión se halla fundada en la naturaleza y que no necesita del Derecho positivo para actuarse, ya que el estado no hace más que dar juridicidad a lo que existe biológica, moral y socialmente dictando reglas que buscan el logro de los fines de dicha potestad es una institución protectora de los menores que tienen su fundamento en la naturaleza humana, porque confiere a los padres una misión compuesta de facultades y deberes como son, asistir, educar y formar a los hijos y es jurídica porque algunos derechos y deberes son susceptibles de exigirse.

2.2. NATURALEZA JURIDICA.

Esencialmente se trata del reconocimiento de una facultad natural, debido a que nace propiamente de la filiación, que es un hecho natural y se refiere a la procreación. Como ley natural, su fundamento lo constituye el derecho a la vida que tienen los hijos y el deber que tiene los padres de darle protección en todo momento. Al respecto creemos que la patria potestad es atribución conjunta de los padres, porque arranca del hecho de la generación, en él, ambos colaboraron.

La concepción moderna identifica su naturaleza jurídica como una función que ejerce el padre para protección de lo hijos; trata de una función temporal de deberes con facultades limitadas. Sin embargo, el concepto de función es usada más en el derecho público que en el privado, y significa: la acción, hacer un oficio, el empleo de una facultad, pero se puede entender como una actividad dirigida a realizar algún servicio, y es en este sentido como debemos tomarla.

Evidentemente el fundamento se encuentra en la naturaleza humana, que confiere a los padres la facultad específica de asistir y formar a sus hijos. Pues existe el interés de los padres, que debe coincidir con el interés general del grupo social; además, encontramos que si bien es un cargo de derecho privado, se ejerce en interés público.

En el Derecho Romano la "patria potestad" (poder del pater familia sobre sus descendientes) junto con la "Manus" (autoridad del marido sobre la mujer casada, el "Mancipium" (autoridad del hombre libre sobre otro hombre libre) y la "Doménica potestas" (autoridad de amo sobre el esclavo) constituían los cuatro tipos de potestad que podía tener una persona "Sui Juris" (persona autodependiente, libre de toda autoridad) sobre una persona "Alieni Juris" (persona sujeta a uno de los cuatro poderes antes mencionados).

Era considerada dicha relación como un poder absoluto en virtud de encontrarse la persona sujeta a la patria potestad, en un estado de completa sumisión frente al que la ejercía, a tal grado de tener el derecho el titular de poder vender, inclusive dar muerte al que se encontraba bajo su autoridad.

El ejercicio de la patria potestad correspondía en forma exclusiva al pater familias o jefe de familia, era un poder vitalicio de tal manera se encontraban sujetos a él, la totalidad de los descendientes no importante su edad o estado civil, por lo cual en los casos de existir hijos de personas sujetas a la patria potestad, estos se encontraban bajo la potestad del abuelo, su existencia tenía como finalidad el beneficio exclusivo del pater familias.

El paso del tiempo aunado a la influencia del cristianismo fue suavizando los efectos de la institución, para que actualmente, más que un

poder, constituya un derecho su ejercicio, en virtud de un giro que dio el interés jurídico tutelado por la patria potestad, pues actualmente como ya antes mencione tiene la finalidad de proteger a la persona sujeta a ella.

El maestro José María Castán Vázquez, clasifica la relación naciente de la patria potestad como un derecho –deber por considerar que existen en ella dos fases, frente a terceros, dice el autor, la relación aparece como un auténtico deber de los padres para con los hijos.

El porque de la relación en el aspecto interno ha sido clasificada como un deber y no como una obligación en la que encuentra su razón de ser en las características especiales que esta conlleva, pues al igual que el resto de las relaciones de tipo extrapatrimonial de derecho familiar, se le atribuye entre otras peculiaridades su contenido no económico, su influencia religiosa y moral así como su falta de coercibilidad.

Galindo Garfías explica: "Existen dos punto de vista sobre la naturaleza jurídica de la patria potestad: uno interno y otro extremo. Desde el punto de vista interno, la patria potestad está organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores; se constituye primordialmente por un conjunto de deberes, en razón de los cuales, el derecho objetivo ha otorgado, a quienes las ejercen, un conjunto de facultades.

En cuanto al punto de vista externo, la patria potestad se presenta como un derecho subjetivo; lo cual significa que frente al exterior, el poder de la familia lo tiene el titular como un derecho subjetivo personalísimo, por ello, es de ejercicio obligatorio, no existe libertad para ejercer la o dejar de hacerlo. El padre y la madre tienen libertad de la forma en como conducir a sus hijos, pero

siempre atendiendo a la regulación que prescriben las normas jurídicas. Los poderes que atribuyen la institución en estudio, deben entenderse como un poder, para el cumplimiento de un deber y ejercerla en interés del hijo.

El derecho objetivo, garantiza el cumplimiento de esa importante función ya que descansa en los lazos de afectividad que existe entre el progenitor para educar y formar a los hijos." ²⁷

La naturaleza misma aconseja el honor y respeto que se debe a los padres, no obstante, la ley ha querido consignar expresamente que los hijos deben honrar y respetar a sus padrea y demás ascendientes.

Jorge Porra Benítez, explica: " El capítulo final del Código Civil de 1870 establece que el poder paterno está fundado en la naturaleza que sabiamente puso en el corazón de los padres un amor infinito hacia los hijos lo que los hace procurar en todo su felicidad, defenderlos de todos los peligros, enseñarles todas aquellas virtudes que pueden conducirlos al bienestar privado." ²⁸

Esta enseñanza requiere, por parte del hijo, obediencia y de parte del padre, autoridad para hacer cumplir sus mandatos; y que ambas cosas están relacionadas con el efecto, se dice que la autoridad del padre sobre él y está basada en la naturaleza.

Visto lo anterior, podemos concretar, que la patria potestad descansa en la paternidad y maternidad, por lo tanto tiene lugar no son los hijos nacidos de matrimonio, sino también nace de los descendientes de él; ya que su

²⁷ GALINDO GARFIAS, Op. Cit. P.695, 696.

²⁸ MAGALLON. Op. Cit. P 528.

naturaleza jurídica se encuentra en la filiación y se externó como función a cargo de los padres de velar por sus hijos.

Chávez Ascencio estima que la naturaleza jurídica de la patria potestad es: "Una función de orden público, que dentro de la relación jurídica paterno-filial desempeñan los padres para custodia y formación integral del menor."²⁹

El derecho objetivo toma en cuenta una consideración de orden natural, ético y social, para hacer de los padres las personas idóneas para cumplir su misión protectora de los hijos menores.

La patria potestad tiene un contenido de orden natural, derivado de la procreación, en ocasiones efectivo, en razón de la adopción, el carácter ético a que nos referimos, radica en el deber moral que tienen los padres por atender los intereses de sus hijos, y en éstos en respetarlos y obedecerlos, finalmente es un aspecto social representado por la tarea que corresponde a los padres de formar hombres y mujeres útiles a la sociedad.

En relación al aspecto natural, el ordenamiento jurídico toma en cuenta el sentimiento de afecto y cariño de los progenitores, para desempeñar su cargo de la mejor manera posible.

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores, que ejercen la patria potestad y los hijos, se presenta en el estado de obediencia y respeto de los descendientes hacia los padres, la responsabilidad moral de la formación de sus menores hijos desde el punto de vista físico, intelectual y espiritual.

²⁹ Idem. P.421.

En el aspecto social de la institución en estudio, se destaca el punto de vista de que los poderes/deberes conferidos a los padres constituyen una potestad de interés público; en la medida que se cumpla esta función el deber del hijo, se cumple el también interés de la colectividad representada por el estado la intervención estatal se justifica en la necesidad de proteger a los menores de edad.

2.3 CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

Las características de la patria potestad son:

- a) Es un cargo de interés público.
 - b) Irrenunciable.
 - c) Intransferible.
 - d) Imprescriptible.
 - e) Temporal.
 - f) Excusable.
 - g) Personal.
 - h) De tracto sucesivo.
- a) Es un cargo de interés público.- Esto significa que es imperativa, es decir, no existe la libertad de ejercer o no, la protección de los hijos se deriva de la naturaleza misma, por ello los progenitores deben asumir las responsabilidades para el bienestar de aquéllos. El conjunto de deberes y derechos que integran esta institución se considera de interés público y la ley lo establece como un cargo que no se puede renunciar. La patria potestad tiene por objeto la debida formación de los menores por lo que el Estado está directamente interesado en esta institución.

b) Irrenunciable.- La persona sobre la cual recae su ejercicio, no tiene posibilidad de renunciar. Expresamente el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal determina que "la patria potestad no es irrenunciable". De ser así, implicaría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos, y perjudicaría los derechos de los menores que se encuentren bajo ella.

c) Intransferible .- Los derechos, deberes y las obligaciones que integran esta relación jurídica están fuera del comercio es decir no pueden ser materia de transferencia o enajenación.

d) Imprescriptible.- La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción, es decir, los derechos, obligaciones y facultades que la integran, no se extinguen por el transcurso del tiempo; por ser parte del derecho de familia, toda vez que su existencia no depende de ejercicio continuo o de la falta de ejercicio. Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su derecho para entrar a su ejercicio; cuando un sujeto que, sin ser padre o madre o ascendiente, protege y representa a su menor, no adquiere por el transcurso del tiempo, este cargo; ya que sólo corresponde a quien la ley señala: padres o abuelos, nadie más.

Asimismo, debe seguirse el orden que determine el juez de lo familiar, en cada caso concreto.

e) Temporal.- Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello, dura tanto como la minoridad de los hijos o hasta que contraen matrimonio antes cumplir la mayoría edad. El lapso de ejercicio de la patria potestad con respecto a cada hijo son dieciocho años,

que termina cuando comienza la mayoría de edad, de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal.

A diferencia de la original patria potestad del Derecho Romano, en donde tenía un carácter vitalicio, en la actualidad posee un carácter temporal. Termina o se acaba con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; con la emancipación derivada del matrimonio; y por la mayoría de edad del hijo. Lo anterior corresponde al artículo 443 del ordenamiento jurídico en cita.

Se considera que el hijo a los dieciocho años de edad, ya es capaz de alimentarse, vestirse, cuidarse y protegerse por sí mismo, de tal manera que es posible subsistir dentro de la sociedad; además de disponer libremente de su persona y de sus bienes como lo establece el artículo 647 del mismo ordenamiento.

f) Excusable: Ejerce la patria potestad es obligatorio, debido a su propia naturaleza, no obstante, la ley permite que en ciertas circunstancias, los que la ejercen o los que tengan que entrar en su ejercicio, se excusen de cumplirla.

Existen dos casos expresamente establecidos en el artículo 448 fracciones I y II Cuando por el mal estado habitual no se pueda atender debidamente sus desempeño.

g) Personal.- El conjunto de obligaciones y derecho que comprende tal institución son de carácter personal y no pueden ser cumplidos a través de terceras personas. Esto no impide que en el caso de la educación se pueda

hacer, ya se envía a los hijos menores a la escuela, ya que de manera auxiliar contribuyen al deber de educación que tienen los padres.

Chávez Asencio cita en su obra a Castán Vázquez quien señala: "Es frecuente que el padre interne a su hijo en un colegio; no Hay en este caso transmisión de la patria potestad que sigue, sin duda, atribuida al padre." ³⁰

h) Tracto Sucesivo.- Significa que su ejercicio es continuado y por el tiempo requerido. Se trata de una figura que no se agota al cumplirse e implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, guarda y atención de los menores de edad.

2.4 FORMAS DE ADQUIRIR LA PATRIA POTESTAD

Como ya puntualizamos, la patria potestad es considerada como una relación jurídica entre personas siendo una de éstas menor de edad, razón por la que no existe una igualdad entre éstas, el padre o el abuelo educa y administra los bienes mientras que el hijo debe obedecer, existe entre ambos una relación filial, los padres ejercen la patria potestad salvo los casos en que por resolución judicial uno de ellos la pierda, el otro seguirá ejerciéndola o en su caso los abuelos, en el caso de los hijos adoptivos sólo la ejerce quien los adopta, por lo que podemos decir que las formas de adquirir la patria potestad son: el matrimonio, el reconocimiento de hijos y la adopción.

³⁰ CHAVEZ ASCENCIO Op. Cit. P. 289.

2.5 CAUSAS DE EXCUSA DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad no es renunciable, sin embargo la legislación civil para el Distrito Federal, menciona en su artículo 448 dos casos de excepción: I.- Cuando se tengan sesenta años cumplidos y II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

Consideramos esta forma justa, ya que el ejercicio de dicha institución, exige el cumplimiento de deberes que pueden resultar demasiado agotadores para las personas que están en la vejez o las que se encuentran mal de salud, por ello la ley concede dispensas en dichos casos y pueden excusarse de cumplir dicho ejercicio ante el juez de los familiares quien determinará lo conducente, pero siempre velando por el interés del menor. Al respecto:

La Maestra Sara Montero expresa: "La excusa, de acuerdo con las circunstancias señaladas, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber. Quiere decir que los padres o abuelos, aunque rebasen la edad de sesenta años y su salud sea habitualmente precaria, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para el descendiente".³¹

2.6 SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

La suspensión de la patria potestad tiene un carácter relativo y temporal. Es una medida preventiva que no implica la pérdida absoluta de su ejercicio. Se trata de evitar que el menor de edad, carezca de una adecuada asistencia y representación jurídica, por lo que procede en supuestos que aún sin mediar

³¹ MONTERO DUHAL, Sara, Op. Cit. P.344.

conducta culposa o dolosa de los padres o abuelos, éstos no puedan proveerlos de tal función.

El ejercicio de la patria potestad puede ser suspendido temporalmente para protección del menor, ya sea porque los padres tengan una conducta dañina para la buena formación del menor o realicen acciones que puedan afectar el patrimonio de éste, en este caso debe existir sentencia expresa que lo declare; ya sea que el titular del ejercicio de la patria potestad sea incapaz legalmente, porque se encuentre ausente y ésta ausencia haya sido declarada por un juez. En estos casos la suspensión sólo es temporal, es decir, puede cesar esa suspensión, bien cuando el sujeto activo haya aparecido y se encuentre en condiciones de ejercer la patria potestad o bien cuando los padres observen una conducta que ya no sea dañina para la formación del menor, o cuando haya cesado la incapacidad del titular de la patria potestad. Aunque como veremos esta suspensión temporal puede convertirse en definitiva, dependiendo de cada caso correcto.

Así como nos indica el Código Civil vigente en su artículo 447 reformado el 25 de mayo de 2000, en el cual establece algunas de las causas por las que se suspende la patria potestad, a saber:

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

Al igual que en la codificación vigente en los Códigos Civiles de 1870, 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares la incapacidad declarada judicialmente era causa de suspensión del derecho a ejercer la patria potestad con la salvedad de que esta suspensión era parcial pues el incapacitado continuaba disfrutando del cincuenta por ciento del usufructo del menor.

La ausencia declarada en forma como causal de suspensión del ejercicio de la patria potestad igual que la incapacidad, encuentra su razón de ser en la naturaleza personal que entraña su ejercicio, pues aunque exista persona que represente al ausente, el derecho de ejercitar la patria potestad se le suspenderá para corresponder al ascendiente que conforme a la ley haya de sustituirlo.

En lo personal, considero incorrecta la causa tal como está enunciada en el artículo 447, pues la suspensión del derecho a ejercitar la patria potestad es consecuencia de las medidas provisionales y no de la ausencia declarada en forma según se aprecia en el artículo 651 del Código citado.

La tercera de las causas de suspensión de la patria potestad por los términos que en su enunciación utiliza el legislador, debe entenderse limitada a sentencias de tipo penal, pues dicho precepto establece que en todo caso de robo, si el juez lo creyere justo podrá suspender al delincuente de un mes a seis años en los derechos de patria potestad.

También debe considerarse motivo de suspensión del ejercicio de la patria potestad para el o los cónyuges culpables, incurrir en algunas de las causales de divorcio que en las fracciones IX, X, XI, XII y XIV del artículo 283

del citado ordenamiento así como lo previsto en las fracciones XIX y XX del mencionado artículo 267, reformado el 25 de mayo de 2000.

De acuerdo al artículo 448 el ejercicio de la patria potestad no es renunciable, sin embargo, es posible excusarse de su cumplimiento cuando se tenga una edad de sesenta años y cuando por el mal estado habitual de salud no se pueda cumplir eficazmente. En nuestra opinión, éste último motivo de excusa, no hace perder el derecho a ejercerla, sino que únicamente lo suspende pues al igual que la incapacidad, considero que el mal estado puede ser transitorio y por consiguiente al cesar, se recupera la aptitud para ejercitar la patria potestad.

CAPÍTULO III

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

- 3.1 LA RELACION QUE DETERMINA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD
- 3.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD
- 3.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD
- 3.4 EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD
- 3.5 PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD
- 3.6 TERMINOS EN QUE SE RECUPERA LA PATRIA POTESTAD
- 3.7 IMPORTANCIA EN LA FAMILIA COMO ELEMENTO DE CONVIVENCIA SOCIAL.

3.1 LA RELACION QUE DETERMINA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad adquiere la forma de una relación de autoridad, cuyos sujetos se encuentran en situaciones de desigualdad, pues al poder de mando que la ejerce corresponde un deber de obediencia del sujeto pasivo de la relación .

De esta manera general los deberes/derechos que importa la institución en cuestión, revisten tres aspectos fundamentales, a saber: guarda o custodia, educación y corrección de los menores no emancipados. Ellas crean responsabilidades para los que la ejercen, derechos para hacerlas efectivas y los correlativos deberes para los hijos.

La guarda y custodia: en las leyes antiguas, el padre ejercía un control absoluto sobre sus hijos, el derecho se fundamentaba en la custodia por el hecho de que aquél estaba en mejor posición de cuidar a sus hijos en caso de separación, la tradición decía que el padre era el guardián, por naturaleza, de los hijos, presunción casi absoluta hasta la época de la Revolución Industrial.

Al pasar el tiempo se comienza a otorgar la custodia a la madre, cuando los hijos se encontraban en la edad en que se requería los cuidados de la madre, después la custodia se podía conferir a cualquiera de los padres, por acuerdo entre éstos o por decisión judicial en caso de divorcio, según el mejor interés del menor.

En la legislación mexicana antes de 1954, se disponía que durante el proceso de divorcio, los hijos menores de 7 años debían quedar necesariamente bajo el cuidado de la madre pero cuando el artículo 282 del Código Civil fue objeto de una reforma suprimiéndose tal regla, así, podían quedar los menores bajo el cuidado de cualquier persona que designaran los cónyuges.

En 1983, el precepto es adicionado y se recobra la regla del cuidado por parte de la madre, para quedar de la siguiente manera : "salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años, deberán quedar al cuidado de la madre".

Custodia es un término que proviene del latín *c u s t o s*, que significa guarda o guardián y este deriva de *c u r t o s* que quiere decir cuidar. "Es, por lo tanto, la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado alguna cosa".³²

"Por guarda de los hijos se entiende en lenguaje jurídico la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados con la diligencia propia de un buen padre de familia."³³

La palabra educación deriva del latín *e d u c a t i o n i s* que es la acción y efecto de educar que significa "desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medios de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc. "³⁴

³² DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, 5ªed., México, Porrúa / UNAM, 1992, p 803.

³³ *ibidem* p 1555.

³⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA Española, 21ª ed. Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1922, P.558.

Al hablar de las obligaciones de los padres para con los menores, Wolf no dice que la educación es la influencia psíquica (aunque se ejercite con la ayuda de medios físicos) con el fin de formar un carácter y espíritu.

El artículo 26 de la declaración Universal de los Derechos del Hombre, establece que los padres tienen por prioridad, el derecho de escoger el género de educación que haya de darse a sus hijos. Lo que significa la libertad de hecho y derecho de elegir a que persona se dejará la institución de los menores.

Al ser la patria potestad un encargo de interés público y de gran contenido social, la ley impone a los ascendientes el deber de educar a los menores sujetos a aquélla, de esta manera el artículo 422 del Código Civil, advierte que: "A las personas que tienen un hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Cuando llegue a los consejos locales de tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que se promueva lo que le corresponda."

La última parte del precepto transcrito, en que dice," promuevan lo que corresponda," se refiere a que, según el caso, el juez de lo familiar amonestará apercibirá a quien no cumpla esta obligación, suspenderá al ascendiente que tenga esta obligación o podrá hacerle perder la patria potestad.

"En sentido amplio, el deber de educación de los hijos implica el deber de ocuparse de la formación física y moral del menor, así como atender a la preparación para una formación física, espiritual y moral del menor así como

atender a la preparación para una confesión o actividad determinada que represente utilidad al menor y a la sociedad." ³⁵

El derecho positivo mexicano reconoce a los padres la facultad y obligaciones de formar y educar a sus hijos en el ámbito de la familia. Desde este punto de vista la familia constituye el medio más importante de socialización del menor. Al mismo tiempo los padres están obligados a dar a instrucción elemental a sus hijos, así su obligación comprende la educación primaria según lo reconoce el artículo 308 del Código Civil (obligación alimentaria): y los artículos 3 y 31 fracción I de la Constitución, que otorgan el carácter de obligatoriedad a la educación primaria y secundaria. El deber de educación emanado de la patria potestad va mas allá de los mínimos exigibles, por lo que hace al deber alimentario pues los que la ejercen deben procurar otorgarle al menor un nivel educacional al que sea conforme al del núcleo familiar del que forma parte según las posibilidades y necesidades del propio hijo.

Jean Carbonier, considera aceptable la tesis que aprueba que si los padres no se preocuparan en proporcionar a los hijos durante su minoría la instrucción y la formación profesional indispensable, para situarles en condiciones de ganarse la vida, podrá el hijo exigir alimentos después de haber llegado a la mayoría de edad.

En el Derecho Alemán, se reconoce, de manera expresa, la vigilancia como un medio de educación, que incumbe al padre, con el fin de evitar peligros al hijo así como también para impedir al hijo cause daños a terceros: este deber de vigilancia no está explícitamente mencionado en nuestro Código Civil, al hablar de patria potestad pero existe porque es un medio de educación

³⁵ ZANNONI, Eduardo A. "DERECHO CIVIL "2º Ed., Ed. Astra Buenos Aires 1993, P.645.

que el derecho reconoce al declarar que los padres responderán por los daños y perjuicios causados por los menores que están bajo su poder y que habiten con ellos (art.1919 del Código Civil).

"Las exigencias del deber de vigilancia se han de juzgar según lo racional respecto a la educación por los padres circunspectos, pero también los límites de la posibilidad y según la individualidad de los hijos."³⁶

Por último, el Derecho Mexicano lo reconoce en el artículo 1922 del Código Civil, que establece que los padres no tienen obligación de responder por los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia si probaren que les fue imposible evitarlos. Este deber también se encuentra reconocido en el artículo 174 del Código Penal al reconocer que no se considera delito el hecho de que los padres abran o intercepten las comunicaciones escritas dirigidas a los menores de edad.

Los ascendientes que tienen la responsabilidad moral y obligación de educar convenientemente a los menores, cuentan con la facultad de corregir al menor, para el mejor cumplimiento de su obligación. El derecho de corrección paterna, era antaño, el derecho de los padres para hacer que el hijo fuera encarcelado. La Ley de las XII Partidas expresaba: "Castigar debe el padre a su hijo mesuradamente" (Ley 9, título 18, partida IV).

El Código Civil de 1932, en su artículo dice que: los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente. "Este precepto ha sido reformado, para privar deliberadamente a los padres de la autoridad paterna de que hablaba el interior artículo 423, así como el

³⁶ ENNECERUS, TRATADO DE DERECHO CIVIL, Ed.2º Ed. Barcelona, 1946, Tomo IV, vol. II P. 50.

Derecho de castigar con mesura y con piedad a sus hijos, dejándoles el derecho de corregirlos y el deber de darles un buen ejemplo..."³⁷

El artículo 423 del Código Civil reconoce el derecho de la siguiente manera: para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. La facultad de corregir no implica integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 de este Código."

Dentro de la patria potestad el derecho de corrección ocupa un lugar predominante, ya que es la manifestación inequívoca de la autoridad de los padres. "El Derecho de corrección del padre se ha de constituir en el sentido de un Derecho a proceder por propia autoridad ..."³⁸

En virtud del derecho de educar a los hijos, el padre puede emplear con ellos los medios prudenciales de corrección, la ley no dice cuales, pero en la practica este poder se ejerce de modos diversos, incluyendo el consejo, la reflexión, la advertencia y la amonestación a los hijos por su propia conducta, el hecho de reprenderlos suele constituir la forma de sancionarlos llegando en ocasiones hasta el castigo físico. Las jurisprudencias y las doctrinas extranjeras consideran que dentro de la palabra "corregirlos" se encuentran comprendidos los castigos físicos, aunque moderados, que coadyuven a la corrección de la conducta de los menores.

³⁷ SANCHEZ MEDAL, OP.CIT.P.49

³⁸ ENNECERUS,OP.CIT.,P.52.

3.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD.

El estado de sometimiento en que se encuentran los hijos menores respecto de los que ejercen la patria potestad, incluye el deber de respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia.

El artículo 411 del Código Civil, reconoce el respeto y consideración mutuos entre ascendientes y descendientes, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

Este deber supremo que recoge la ley, tiene su fundamento en la moral que debe regir siempre en las relaciones entre padres e hijos, es más bien una consecuencia de las relaciones paterno-filiales en sentido amplio que crea la patria potestad, ya que el deber en cuestión no se extingue al terminar la patria potestad, es decir mientras el hijo es menor de edad, sino que el deber impuesto por este precepto se continúa con el de obediencia hacia quienes ejercieron la patria potestad, aún si llegamos a la mayoría de edad. Concluimos que el deber en cuestión, es moral y de imposible sanción, ya que no es posible exigir-coactivamente su cumplimiento.

Podríamos decir que este deber en general es el "fundamento ético de las relaciones paterno-filiales de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia. Es la contrapartida por así decirlo del principio en que descansa la autoridad paterna, que sólo se justifica si se funda en la abnegación y sacrificio de los padres, la naturaleza moral de este principio explica porqué la

norma establecida en el artículo 411 del Código Civil carece de fuerza coercitiva".³⁹

La fracción I del artículo 31 del Código Civil reputa como domicilio legal del menor no emancipado, el de la persona que ejerza sobre él la Patria Potestad. Este precepto debe relacionarse con el artículo 421 del mismo ordenamiento que establece que "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que ejercen, sin permiso de ellos o decreto de autoridad competente"..

De esta manera el precepto reconoce el deber de los hijos de convivir con los padres o ascendientes que se encontraren en ejercicio de la Patria Potestad, para el mejor cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo. Los deberes de tener al menor bajo custodia, de educarlo y de observar una conducta que sirva de ejemplo, parten de la base de la convivencia en común en el domicilio conyugal por decreto judicial que disponga la separación del menor de su domicilio legal, procederá solamente cuando se encuentren en peligro los valores fundamentales, como la moral y salud del sujeto a la patria potestad.

El Derecho Argentino en el artículo 727 del Código Civil dice que es un deber de los hijos, que nuestro Derecho no reconoce, el precepto mencionado que sólo los padres pueden exigir que los hijos estén bajo su autoridad y cuidado, les presten la colaboración propia de su edad sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa: Para Zannoni, este Derecho está vinculado a la educación del hijo, ya que al inculcar hábitos de trabajo y el hacer participar en cierta medida de los sacrificios paternos, la jurisdicción lo

³⁹ GALINDO GARFIAS.OP.CIT.P.573.

considera un derecho-deber emergente de la patria potestad, el que no implica reputar a los menores trabajadores en relaciones de dependencia laboral.

El Derecho Alemán contempla el mismo deber de hijo, el cual mientras viva en casa de sus padres, sea educado y mantenido por ellos, está obligado a prestar ayuda a los padres, en la casa y en su negocio de manera proporcional a sus posibilidades y a su posición en la vida. Wolff considera que las órdenes que los padres dan a los hijos en la esfera del deber legal de los servicios, son órdenes unilaterales que crean derechos y dan una determinación especial al deber general del hijo, así este ejecuta la orden en cumplimiento del deber legal, y aún cuando sin órdenes especiales, no obra como gestor de negocios, sino en virtud de la relación jurídica paterno filial, la ley no precisa el grado de diligencia que el hijo debe prestar en cumplimiento de su deber, por tanto ha de suponerse que responde de toda culpa. El titular del derecho puede constreñir el cumplimiento del deber legal de servicios con los medios correccionales que tienen a su alcance para la educación de los hijos.

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

La autoridad de los ascendientes que ejercen la Patria Potestad, marca la coincidencia entre el interés público (por carácter ético de la actividad misma del Estado) y el interés privado, ya que los ascendientes buscan proteger y formar intelectualmente a sus hijos menores. Para cumplir con el propósito mencionado con anterioridad la ley confiere los siguientes derechos y obligaciones.

La patria potestad implica que para el que ejerce el poder de representar al menor en todos aquellos actos para los cuales carezca de capacidad. Esta representación es consecuencia del cuidado de la persona y bienes del menor, porque es evidente que el que lo protege y actúa en interés del menor o representa supliendo su incapacidad, la institución de la representación legal obra en beneficio de los menores para su mejor protección y a su vez de los terceros que otorgan contratos relacionados con el patrimonio del sujeto a la patria potestad.

En nuestro Derecho vigente hacen referencia al tema los siguientes artículos:

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

Este precepto nos dice que el menor no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación sin el consentimiento del que ejerce la patria potestad; pero para el caso de un menor emancipado aunque el consentimiento mencionado estuviera dado, éste no podrá contraer obligaciones, ni comparecer en juicio por sí mismo; ya que sólo lo podrá hacer con la actuación de su representante legal. En la práctica la parte del precepto, se aplica para el caso de los que ejercen la patria potestad nieguen su consentimiento para que el menor contraiga matrimonio.

Artículo 425.- Los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que están debajo de ella.

Al ser la incapacidad de obrar la regla general aplicable a los menores de edad no emancipados y por consiguiente la necesidad de actuación por medio de representante legal, este artículo atribuye a los que ejercen la patria potestad, la representación con carácter general, incluyéndose las actuaciones judiciales y extrajudiciales.

Artículo 427.- La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio, pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Artículo 440.- En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad, tengan un interés opuesto al de los hijos serán estos representados en juicio y fuera del él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

Como el dispositivo legal antes transcrito, no señala el procedimiento a seguir para su aplicación se deduce que se complementa con el texto del artículo 441; entonces, de estas dos disposiciones se derivan dos situaciones de carácter legal; la acción para que se tomen las medidas a que se refiere, puede ejercitarla toda persona interesada, y no se afecta jurídicamente el ejercicio de la patria potestad. Lo anterior lo dispone la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo Directo 4089/73. Enrique Anaya Castillas 2 de julio de 1975 5 votos Ponente: Enrique Martínez Ullúa.

Se nombrará a los menores un tutor dativo, en lo que se refiere a los actos en que exista la oposición de intereses con quienes ejerzan la patria potestad. Si son dos personas las que ejercen y sólo hay conflicto de intereses con respecto a uno de ellos, el otro representará al menor, sin necesidad de nombrar tutor.

La doctrina española se pregunta si procede nombrar defensor (tutor en Derecho Mexicano) cuando la oposición de intereses se da entre dos hermanos menores representados por los mismos padres comunes; considera Castán Vázquez que es procedente el nombramiento, ya que el padre no podría representar a uno de los hijos sin entrar en colisión con el otro; por lo que nos encontramos en el caso de intereses opuestos entre padres e hijos previsto por el precepto.

En cambio para Félix Hernández Gil, no procede porque el precepto merece interpretación estricta, al tratarse de una restricción de la patria potestad, y su inclusión sería forzar el precepto, ya que los padres podrían desempeñar con justicia una doble representación..

Al referirse el artículo 440 de nuestro Código Civil al "interés opuesto" debe entenderse, para Castán Vázquez, que es difícil dar un concepto general, por lo que dependerá de cada caso en particular.

Dice Hernández Gil que debe haber posturas antagónicas entre padre e hijo, en las que no pueda atenderse a las dos a la vez, sin que una resulte perjudicada, Alonso Pérez afirma que se refiere al enriquecimiento sin causa en cuanto exista el riesgo de desplazamiento patrimonial a favor del padre a expensas del menor sin un fundamento jurídico.

Los ascendientes que ejercen la patria potestad tienen el derecho/deber de custodia del menor, de donde deriva el deber de éste de no abandonar la casa de los que la ejercen; porque el artículo 31 fracción I del Código Civil, reputa domicilio legal del menor no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto. Los que ejercen la Patria Potestad pueden encargar la

custodia a terceros, que pueden ser parientes o extraños, a centros de educación en México o en el extranjero, etc. "La custodia pues, es un derecho que puede cumplirse personalmente o por intermediación con la única limitación de que debe ser siempre en interés del menor"⁴⁰

En nuestro derecho los siguientes preceptos del Código Civil se refieren al rubro:

Artículo 470.- El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes ejerza con inclusión del hijo póstumo.

Artículo 471.- El nombramiento de tutor testamentario hecho en los términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados.

Estos preceptos crean una distinción entre los hijos de matrimonio y los que no lo son, ya que se deduce que la designación de tutor testamentario será procedente cuando se trate solamente, de hijos del matrimonio. Ello lo inferimos de la referencia que de este artículo hace el 414 del Código Civil, disposición que indica quienes son las personas que en los distintos grados pueden ejercer la patria potestad sobre los hijos de matrimonio (no es acorde con el artículo 418, que elimina los grados); esta facultad se otorga al ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado puedan ejercer la patria potestad. Si existieren otros ascendientes que puedan ejercerla deben quedar excluidos de su ejercicio por la designación del tutor testamentario.

⁴⁰ MONTERO DUHALT, Sam. Op. Cit. P. 347.

Por lo que hace a la frase "con inclusión del hijo póstumo", éste es el que nace después de la muerte del padre; por lo que en este caso el padre no puede nombrar tutor testamentario, porque mientras vivan ambos progenitores ninguno de ellos puede designarlo y porque la madre al nacer el hijo ejercerá la patria potestad; a ella no se le puede privar de ese derecho, según lo dispone el artículo 471, que reconoce que sólo puede excluirse del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados (los abuelos). Por lo que no tiene razón de ser la consideración al hijo póstumo en este precepto, sino que todo se debe a consideraciones históricas, que son: el Proyecto de Sierra y el de García Goyena en donde el padre era el único que podía designar tutor testamentario al hijo. Para darle una explicación racional a la disposición, algunos podríamos pensar que se refiere a una facultad de las madres para después de la muerte del marido y antes del nacimiento del hijo.

La duración de la tutela en cuestión, puede ser temporal cuando sólo tenga por objeto reemplazar a un ascendiente incapacitado o ausente; en cuyo caso una vez que cese el impedimento o se presente el ausente cesará la tutela. Y será definitiva cuando se haya dispuesto expresamente en el testamento que continúe.

3.4 EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

Bajo este rubro se enmarca no la extinción del derecho a ejercer la patria potestad, sino la extinción de la institución en relación al menor, sujeto a ella.

En el artículo 43 del Código Civil, reformado el 25 de mayo de 2000, se enumeran en forma expresa cuatro motivos de extinción de la patria potestad,

dos de ellos en relación con la persona sujeta a ella; su emancipación y su mayoría de edad, a los cuales agregaría el fallecimiento del menor.

La tercer causa extintiva de la patria potestad enunciada por el legislador es la muerte de quien la ejerza, si no hay otra persona de las llamadas por la ley con derecho a ejercerla. También debe considerarse causa de extinción de la patria potestad, el nombramiento de tutor testamentario hecho por el padre sobreviviente para su menor hijo, pues dicho acto no sólo extingue el derecho del resto de los ascendientes con posibilidad de ejercerla, sino también tiene como consecuencia la extinción de la patria potestad.

En cuanto a la reglamentación hecha por el legislador del 28 para la suspensión y pérdida del derecho a ejercitar la patria potestad para los ascendientes naturales del menor adoptado, pues tal como está reglamentada la institución sustituta de la patria potestad para los ascendientes naturales del menor adoptado, al fallecer los adoptantes o al revocarse la adopción, el menor cuyos ascendientes naturales sobrevivan quedarían bajo la tutela de alguno de sus hermanos o bien de alguno de sus parientes colaterales dentro del cuarto grado, en nuestra opinión, sería más correcto se declarara únicamente suspendido el derecho a ejercitar la patria potestad, por los ascendientes naturales en tanto el menor se encontrare bajo la adopción.

3.5.- PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

La pérdida del ejercicio de la patria potestad, consiste en la extinción del derecho a ocupar tal cargo y puede ser consecuencia de un acto propio del sujeto que pierde el derecho o bien de otro de los ascendientes que son

llamados a ejercer la patria potestad, conforme al artículo 443, reformado el 25 de mayo de 2000, fracciones I, II, III, IV.

Son causales de pérdida del derecho a ejercer la patria potestad por un acto propio los supuestos previstos por el artículo 444 del Código Civil, o sea; la condena expresa a la pérdida de ese derecho, las costumbres depravadas, malos tratamientos o el abandono de las obligaciones de quien ejerce la patria potestad, sobre el menor cuando con estos actos se comprometa la integridad física o espiritual del menor; la exposición o abandono del menor por un período mayor de seis meses y por último para los encargados de ejercer la patria potestad sobre los menores nacidos del matrimonio, al colocarse en alguna de las causales de divorcio establecidas en las fracciones I, II, III, IV, V, VII, XIV, XV, XIX, y XX del artículo 267 del Código Civil.

Las causas de pérdida del derecho a ejercer la patria potestad, que son originadas por un acto no propio, son de dos tipos, pues una de ellas únicamente es posible de ser realizada por los padres y otras por los ascendientes que se encuentren ejerciendo la patria potestad, bien sean los padres o algunos de los abuelos.

Es causa de pérdida del derecho a ejercer la patria potestad, por un acto de los padres que a la vez hace perder este derecho a los demás ascendientes llamados por la Ley, el previsto en el artículo 471 del Código Civil en relación con el 470 del mismo ordenamiento, es decir, el nombramiento de tutor testamentario, hecho por el sobreviviente de los padres para el hijo, sobre el que ejerce la patria potestad.

Por último es causa de pérdida de la patria potestad, por un acto de los sujetos que se encuentren en su ejercicio, con el mismo efecto sobre los

demás sujetos con posibilidad de ocupar el cargo, la entrega de adopción del menor, ya que según el artículo 403, el único efecto extintivo de la adopción es en relación con la patria potestad y al ser requisito indispensable el consentimiento de quien la ejerza sobre el menor para llevarse a cabo la adopción de acuerdo a la fracción primera del artículo 397 del Código Civil, reformado el 25 de mayo de 2000, el consentimiento en sentido afirmativo de quien ejerza la patria potestad para la adopción del menor hace perder a los demás el derecho a ejercerla.

3.6 TERMINOS EN QUE SE RECUPERA LA PATRIA POTESTAD.

Estimo que si se llega a recuperar la patria potestad puede acontecer de dos formas una es en forma plena y limitada o parcial, ya que existen diversas causas señaladas por la ley para perder la patria potestad aunque todos los casos son muy diferentes ya que cada situación es peculiar, ejemplo en el caso de malos tratos ya que al causarse lesiones a un menor, las mismas pueden ser leves o de las que pongan en peligro la vida del menor, por lo tanto el juzgador debe ser muy cauteloso y examinar escrupulosamente las circunstancias que dieron origen, así como las situaciones planteadas por la parte que desea recuperar la patria potestad pidiéndole al juez los medios e instituciones que crea conveniente para poder dictar una resolución que sea la más apropiada para el menor.

Por lo tanto ya sea que se recupere en forma plena o limitada la potestad sobre un menor, esta recuperación deberá dársele un seguimiento supervisando el juzgador por conducto de los auxiliares de administración de justicia, así como el sistema nacional para el desarrollo integral de la familia o de instituciones serias, para efectos de que se verifique si realmente esta siendo adecuada para el menor el que se haya recuperado la patria potestad

por quien la ejercía con anterioridad, ya que de lo contrario lejos de beneficiar al niño, se le estaría causando un perjuicio o tal vez únicamente, la persona que pretendía recuperar la patria potestad lo hacía con la finalidad de tener un pretexto para tener un fundamento jurídico de pugna para la o las demás personas que no han sido privadas de ese derecho.

El Honorable Magistrado Manuel Bejarano y Sánchez, elabora un trabajo serio respecto a esta y diversas situaciones peculiares en el derecho familiar, y que expone en su libro denominado La Controversia del Orden Familiar Tesis Discrepantes, transcribiendo textualmente la ejecutoria que dice:

PATRIA POTESTAD, PUEDE DESVINCULARSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA SI EL INTERES DEL MENOR LO HACE NECESARIO.- La patria potestad, implica no sólo derechos, sino también deberes, sobre todo, el interés y protección del menor, sin dejar de considerarse los derechos que el padre posee, En ese complejo de derechos y deberes o función de paternidad, en que se conjuga el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la custodia del menor, ubicándola en el campo social. Así en primer término si los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, esa formula legal no coincide siempre con el ejercicio personal de quien posee el derecho y en algunos casos en que las circunstancias hagan necesario para bien del menor tiene que desvincularse pero sin diluir el derecho de patria potestad con las implicaciones que el mismo conlleva, así ocurre por ejemplo, cuando se encuentre probado que el menor ha vivido al lado de su abuela materna, por cinco años ininterrumpido desde su nacimiento, no resultando lógico que por una vinculación de la patria potestad con la custodia se ligara de manera indisoluble, sin tomar en cuenta al menor, a la familia y a la sociedad.

En legislaciones de diversas entidades federativas, se ha avanzado en estos aspectos dejando que el juez resuelva de tal suerte que si el interés del menor lo exigiere, por razones graves que expondrá en su fallo. Podrá apartarse de las disposiciones del Código Civil y establecer las modalidades que juzgue conveniente y dictar las medidas para encomendar la guarda a un tercero o a una institución particular (código del Menor para el Estado de Guerrero, Titulo tercero, Capitulo II. Artículo 46). El Código Civil del Estado de México en su artículo 935 menciona que: La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto a guarda y educación de los menores, a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con las leyes especiales sobre Previsión Social en el Estado.

El menor es el sujeto donde debe recaer la aplicación preferente del derecho, entendida por preferencia las circunstancia en que se exalte el interés del menor sobre cualquier otro. Los especialistas en el estudio de los menores han coincidido de manera unánime en establecer que la formación de la personalidad del menor se llevan a cabo en los primeros cinco años de su vida y, al vincularla de una relación afectiva le ocasionaría una lesión, que no es de la que dejan huella visible para la percepción del ojo pero sí para la percepción del entendimiento y la emoción. Los menores han llegado a constituir un gran tema de la comunidad universal, mejor que equilibradores de las fuerzas, zona dedicada de la preservación de los derechos humanos, al ocuparse el mundo entero de la niñez y de la adolescencia podrá adquirir cuerpo la protección poética: que todos los niños sean como ojos de todos los hombres: En consecuencia en esos casos aunque se considere que el padre no pierda la patria potestad , debe dejársele la custodia a la abuela materna, sujeta a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con las leyes, atentas las circunstancias de la personalidad del

menor, debiendo ejercer el padre la vigilancia sobre esa custodia, como consecuencia de la patria potestad que ejerce.

Motivo por el cual, en el caso que se llegara a recuperar la patria potestad sobre un menor, puede el juzgador considerar procedente la acción intentada para efectos de restablecer dichos derechos a la persona que la había perdido, sin embargo el juzgador podría señalar limitaciones al ejercicio del derecho recuperado ya que no sería únicamente un capricho de los padres el que un juez lo estimara prudente conforme a las pruebas que aportaran las partes, ya que en atención al menor y sobre todo pensando en su bienestar, podrá ser procedente o improcedente la acción intentada analizando el juzgador lo conveniente de dicha determinación para con el niño.

3.7 IMPORTANCIA EN LA FAMILIA, COMO ELEMENTO DE CONVIVENCIA SOCIAL.

El objetivo de este capítulo es el de realizar un estudio sobre la importancia que tiene tanto para la sociedad como para la familia el que se contemple en nuestro Código Civil, la recuperación y la obtención de la patria potestad, pues del mismo se desprende la omisión en que ocurrió al no contemplarlas, ya que establece las causas de suspensión y pérdida, lo más indicado es que señalara las formas de recuperación y obtención, lo cual no sucede, por lo consiguiente consideramos que esta situación en la práctica no se da, o difícilmente se presenta ya que la persona privada o suspendida de su ejercicio jamás se preocupa por recuperarla, pues le es más fácil cumplir únicamente con la obligación alimenticia, que con la de asistencia, educación y protección del menor, en cuanto a su obtención lo señalamos para el caso concreto en que los parientes colaterales que quisieran hacerse cargo de los

menores presenten directamente su petición ante el juez de lo familiar, evitando con ello, que este lo haga en forma unilateral.

Sin embargo, antes de entrar en materia, es necesario hacer algunas consideraciones sobre la importancia que para nosotros tiene el desarrollo del presente trabajo de tesis encaminado hacia un solo fin, que es buscar el bienestar de la familia y su interrelación social

En efecto, consideramos como un lazo de unión familiar, el tener y ejercer este cargo sobre los hijos en vez de que solamente sea la tutela, pues es nuestro concepto muy particular de percibir el desarrollo de una persona que se integra a la sociedad, éste lo hace de mejor manera y es de utilidad, cuando proviene de un núcleo familiar en el que se conmemoran las tradiciones y se respeta y ama sus integrantes por igual, que en un hogar donde existen discriminaciones y diferencias entre ellos mismos-.

La familia es el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre – mujer.

Básicamente este núcleo social debe estar constituido por adultos de ambos sexos, que logren una relación estrecha y duradera para permitir que su asociación se convierta en una unidad cooperativa afectiva.

Para el derecho mexicano, constituyen a la familia los cónyuges, los concubinos, los parientes en línea recta ascendiente y descendientes sin limitación de grado, ya sean surgidas dentro o fuera del matrimonio, los colaterales hasta el cuarto grado, los afines, el adoptante y el adoptado.

Estrictamente es el grupo social compuesto por los esposos con sus hijos, y extensamente es el grupo social constituido por varias familias emparentados entre si.

Por otra parte si bien es cierto que esta unión es un factor importante para que los integrantes de la sociedad no realicen actos que vayan en contra de la estabilidad de la misma, también es cierto que no es un factor decisivo pero si relevante, ya que en el carácter y en la forma de pensar de los hombres influyen diversos aspectos en cuanto al proceder de su conducta.

En el esquema de la vida del mundo contemporáneo, se puede observar en diferentes sociedades el reflejo de la ausencia de valores primordiales para el hombre, otorgando de tal manera mayor importancia a diversos valores secundarios, los cuales de alguna manera o de otra afectan considerablemente la permanencia de ese vinculo.

A través del tiempo, ha sufrido diversas transformaciones que han provocado en algunas ocasiones adelanto y en otras atrasos, por lo que con éstas crisis se a debilitado la firmeza de la sociedad.

En este orden de ideas, y retomando el tema a desarrollar, estudiaremos en forma general, debido a que son pocos los autores que tocan este punto en forma breve y sin concretizar, la manera de recuperar y obtener la patria potestad, siendo precisamente esta circunstancia la que nos hace pensar en la nula recurrencia o ejercicio de ese derecho por parte de quienes pierden o son suspendido del ejercicio de su cargo y por quienes en un momento determinado quisieran obtenerla.

Recordemos que la patria potestad se ejerce por los padres, como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, destinado fundamentalmente a la educación y al cuidado del menor, sin embargo las ventajas y los derechos que la componen no se han conferido a los padres en su provecho personal, sino en interés del hijo, están subordinados a ciertas condiciones y tienen un fin determinado.

Si los padres no cumplen con sus deberes, no tiene ya razón de ser las facultades que les corresponden, debiéndoseles privar de ellas.

Para poder hablar de recuperación es importante tomar en cuenta que por suspensión debemos entender: el acto judicial por medio del cual se priva temporalmente a la persona o personas que la ejercen sobre un menor, del ejercicio de su cargo por causas imputables a la propia persona o personas, y por pérdida a la patria potestad, a la desaparición del vínculo que unía en esta forma a los hijos menores con sus progenitores, ciertos casos por falta imputables.

De lo anterior se desprende que si bien es cierto que la pérdida o suspensión se da en función de faltas imputables a la persona o personas que tenían el ejercicio del cargo, razonable sería que si éstas subsanan sus errores o se rehabilitan demostrando esta circunstancia fehacientemente sin dejar lugar a dudas, recobren lo perdido debiendo siempre el juez verificar el hecho, y ver si el regreso del menor a la patria potestad de ésta o estas personas lo benefician, es decir, siempre deberá atender el juzgador a la protección y el bienestar del menor.

Consideramos que si el juez, a pesar de tener todos los elementos tendientes a comprobar satisfactoriamente la rehabilitación o el buen cumplimiento de este derecho considera que el hacerlo podría perjudicar al menor, deberá con apoyo en las causas que originaron esa pérdida o suspensión negar la recuperación del ejercicio del cargo, sin que por ello se le niegue a esa persona velar por el bienestar del menor y vigilar que los ascendientes que de acuerdo con la ley puedan ejercerla sobre el menor, cumplan con el buen desempeño de su cargo.

CAPITULO IV

LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

- 4.1 FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 4.2 FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 4.3 FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 4.4 FRACCIÓN V Y VI DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 4.5 FRACCIÓN VII DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 4.6 FRACCIÓN VIII DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CAPITULO IV: LA PATRIA POTESTAD Y SU PÉRDIDA.

4.1 FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal establece: La patria potestad se pierde por resolución judicial:

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

Es importante mencionar que el Código Civil de 1884, en su artículo 389 establecía las causales de la pérdida de la patria potestad, en su fracción I se mencionaba: "Cuando el que ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho y la fracción II.- En caso de divorcio quedarán bajo la potestad del cónyuge no culpable, pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de un tutor".

La Ley de Relaciones Familiares se limitaba a decir en su artículo 261: "Los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce o modificar su ejercicio, si trata a los que están en ella con excesiva severidad, Los educa o les impone preceptos inmorales o les da ejemplos o consejo corrupto."

Sin lugar a duda, nuestro Código Civil actual es más claro. Todas las causales señaladas en el artículo 444 del ordenamiento comentado son de naturaleza grave, por lo tanto la patria potestad se pierde definitivamente; algunas de las causales tienen efecto preventivo y otras son consecuencia directa de la acción ejecutada en contra del menor, como ya mencionó la

pérdida de la patria potestad es un asunto de gravedad extrema, porque las causales de gravedad extrema deben quedar perfectamente probadas.

Al respecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece:

Octava Epoca.

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Tomo: XV-II, Febrero de 1995.

Tesis: VI.1º.113 C.

Página: 436.

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 índole psicológicas y sociológica, muchas veces irreparables, que repercuten no sólo en la diferentes etapas de la vida de lo 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 1988.Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdova.
Secretario: Armando Cortés Galván.

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario judicial de la federación.

Tomo: XIV, julio de 1994.

Página: 694.

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 280/92. Miguel Angel Cristo Rey de Cima Lezama. 25 de agosto de 1992. Unanimidad de votos ponente: José Galvan Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Octava Epoca, tomo X-octubre, página 392.

Amparo directo 250/88. Guadalupe Méndez Blanca.

23 agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Octava Epoca, tomo XIV- julio, página 694.

Amparo directo. 63/88. Felipe Carmen Antonio Vergara López y otra. 12 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente : Gustavo Calvillo Rangel.

Octava Epoca, Tomo XIV- julio , 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.

Con base en lo anterior, debe analizarse con sumo cuidado cada caso en particular de manera que no quede duda acerca del peligro que pueda acarrear al menor de edad.

Resulta bastante amplia la fracción en estudio, y debe quedar al arbitrio del juez decidir la situación concreta y sus efectos, pero siempre tomando en cuenta la actuación grave y perjudicial, para el menor de edad que se encuentre sujeto a la patria potestad. Recordaremos que también por sentencia se puede imponer la suspensión que se presenta indudablemente cuando es menos grave la falta del ascendiente que la ejerce.

Resulta bastante amplia la fracción en estudio, y debe quedar al arbitrio del juez decidir la situación concreta y sus efectos; pero siempre tomando en cuenta la actuación grave y perjudicial, para el menor de edad que se encuentre sujeto a la patria potestad. Recordemos que también por sentencia se puede imponer la suspensión que se presenta indudablemente cuando es menos grave la falta del ascendiente que la ejerce.

Sin embargo, se insiste en que más allá de la conducta que se le impute a una persona, el juzgador debe valorar la relación que ella tenga con sus hijos o nietos menores de edad, antes de privarla del ejercicio de la patria potestad.

La pérdida de la patria potestad no implica al menor de la presencia efectiva del padre, de la madre o de los abuelos en la vida de los menores de

edad. Los efectos de la condena que se dicte, sólo se produce en el mundo de las relaciones jurídicas, verbigracia: representación legal, usufructo y administración de los bienes del menor, permisos para salir del país, etc.

No puede impedirse que el sentimiento afectivo que liga a los ascendientes y descendientes deje de existir por una sentencia condenatoria o absolutoria. Por ello, queda el derecho de convivencia con el menor.

Es fundamental que se facilite la vida de la niñez frente a los conflictos de sus progenitores, para que puedan desarrollarse sanamente y cuenten con mejores oportunidades.

4.2. FRACCION II DEL ARTICULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Artículo 444.- La patria Potestad se pierde por resolución judicial...

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

Artículo 283.- " La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según sea el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que

amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso, protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

Es importante hacer mención, el hecho de que el legislador permita que los menores sean escuchados por el juzgador, pues debe hacerse énfasis en la función que tiene la patria potestad en atención al interés de los mismos, lo que implica que las políticas, acciones y toma de decisiones relacionadas en este periodo de la vida humana, tendrán que ser realizadas de manera tal que sea un beneficio directo del niño o niña a quienes van dirigidas.

Cabe mencionar que realmente constituye una novedad, la situación de que el menor deba ser oído, antes de tomar decisiones que le afecten. La intervención del menor en lo relativo a la patria potestad es un criterio moderno que debe verse siempre en su beneficio, ya que al permitir que el menor acuda a los tribunales, a efecto de ser escuchado por el juez, implica un medio de protección frente a determinados abusos por parte de sus ascendientes.

La opinión que al respecto de esta segunda fracción sustenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la siguiente:

Novena Epoca.

Instancia :OCTAVO 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.30C.

Página: 569.

PATRIA POTESTAD. LOS MOTIVOS PARA LA PERDIDA DE ESTA EN LOS CASOS DE DIVORCIO DEBEN SER ANALIZADOS. INDEPENDIEMENTE DE QUE NO SE ENCUENTREN DETERMINADOS ESPECIFICAMENTE 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 la pérdida de la patria potestad pues en la fracción II del primero de ellos se establece en forma general que el derecho de ejercer aquella 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 mas amplias facultades para resolver sobre la procedencia de la suspensión de tal derecho , para cuyo efecto deberá obtener los elementos de juicio necesarios.

Por lo que, el hecho de los motivos por los cuales uno de los cónyuges solicite que se decrete en contra de 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 por quien los aduce, pueden ser suficientemente 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 ambos del Código Civil para el Distrito Federal.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 526/95. Laura Julia Díaz Hernández . 14 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Néstor Gerardo Aguilar Domínguez.

Puede darse el caso de que existan algunas malas conductas por parte de alguno de los padres y las cuales no se encuentren determinadas específicamente en la ley, sin embargo, por ser riesgosas para el desarrollo integral de los menor de edad deben ser analizadas por el juzgador.

El segundo párrafo del artículo 283 del ordenamiento en cita establece: Protección para los menores incluirá la medidas de seguridad, seguimiento y Terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal."

Artículo 94 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal.-

"Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en definitiva. Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente."

Si bien es cierto que el divorcio tiene consecuencias con respecto a los cónyuges también que definitivamente repercute en los hijos, la ley no debe involucrarlos con la pérdida de la patria potestad de uno de sus progenitores, a menos que existan causas que lo justifiquen.

En el caso de divorcio, ejercerá la patria potestad, el cónyuge que decida el juez en la sentencia, que normalmente será el que la obtenga favorable y como sanción al otro se le condenará a la suspensión de la misma, o bien, conservando la patria potestad, se le priva de la custodia.

De lo expuesto se deriva que la relación jurídica será siempre entre los padres y el hijo o entre los abuelos y el nieto. Pero según las situaciones de hecho en que se encuentre se afectará la relación, que traerá como consecuencia, en algunos casos, que uno ejerza la patria potestad, sin perderla el otro progenitor, quien conserva la obligación alimenticia y el derecho de visitar a su hijo, en otros casos uno la perderá pero conservará su obligación de proporcionar alimentos, esto indica que nunca se rompe del todo esta relación jurídica, ni aún en el caso de la pérdida de la patria potestad.

Lo común es que los padres ejerzan siempre la patria potestad, porque se presume que es lo más sano para lograr la formación integral de los hijos, no obstante, es mejor para los menores que viven en conflicto, estar bajo la autoridad legal de uno solo que estar divididos entre dos personas que luchan constantemente.

4.3 FRACCIÓN III DEL ARTICULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La Fracción III del artículo 444 fue modificada en virtud de las reformas que tuvieron lugar al Código Civil para el Distrito Federal publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo del 2000.

Antes de dicha reforma la referida fracción establecía: "Cuando por la costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción penal".

La fracción III a la letra dice: "En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa para su pérdida".

Debemos tomar en cuenta que la fracción anterior a la reformas se refería a los malos tratamientos, por ende, tiene estrecha relación con la fracción de la que ya hicimos mención en apartados anteriores.

De igual manera, se relaciona con la fracción IV que establece: "El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad". En virtud de que la fracción anterior se refería a "abandono de sus deberes".

El juzgador deberá analizar y decidir en cada caso, si la violencia familiar (malos tratamientos), resulta grave y persistente dependiendo del contexto social en que se desarrollen y deberá observarse si en efecto, causan en el menor de edad, un estado que comprometa su salud o seguridad.

La Suprema Corte de Justicia se pronuncia de la siguiente forma:

Octava Epoca.

Instancia: Tercera Sala.

Fuente: Apéndice de 1995.

Tomo: Tomo IV, parte SCJN.

Tesis: 309.

Página: 208.

PATRIA POTESTAD. SE PIERDE SI SE ACREDITA EL ABANONO DE LOS DEBERES DE ALGUNO DE LOS PADRES, SIN QUE SEA NECESARIO PROBAR QUE EL MENOSCABO EN LA SALUD, SEGURIDAD Y VALORES

DEL MENOR SE PREDUZCAN EN LA REALIDAD, PERO DEBEN EXISTIR RAZONES QUE PERMITAN ESTIMAR QUE PUEDEN PRODUCIRSE.(ARTICULO 444, FRACCIÓN III, DEL CODIGO CIVIL PARA EL DDISTRITO FEDERAL). La Patria Potestad como estado jurídico que implica derechos y obligaciones para el padre, la madre y los hijos, tiene la característica de ser una institución de orden público , en cuya preservación y debida aplicación de las normas que la regulan, la sociedad está especialmente interesada. La pérdida de este derecho natural reconocido por la ley, entraña graves consecuencia, tanto para los hijos como para el que la ejerce, en consecuencia, para decretarla en el caso del artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal, tratándose del abandono de los deberes de algunos de los padres se requiere demostrar tal hecho y valorar las circunstancias en que se presenta para determinar si hay razones que permitan estimar que pueden producirse los resultados lesivos para el menor; es decir se debe probar la conducta o proceder del progenitor incumplido y razonar los motivos por los cuales puede afectar la salud, sugeridad o moralidad de los hijos; sin que sea necesario acreditar que el perjuicio o afectación en dicha salud, seguridad o moralidad del menor se hubiera dado en la realidad, y que el verbo poder, utilizado en pasado subjetivo en la expresión "pudiera", implica un estado de posibilidades pero no que se hubiera actualizado.

Octava Epoca:

Contradicción de tesis 30/90. Entre las sustentadas por el Segundo y Quinto Tribunal Colegiados, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 13 de mayo de 1991. Unanimidad de cuatro votos.

NOTA:

Tesis 3ª./J.3/91, Gaceta número 42, pág.78; Semanario Judicial de la Federación, tomo VIII –Julio, pág.65.

En la Gaceta del semanario Judicial de la Federación 75, correspondiente a Marzo de 1994, página 20 aparece la tesis de jurisprudencia 3ª. /J.7/94, del rubro: "PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA MISMA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE ALIMENTOS", en donde se complementa el criterio sostenido en esta tesis de jurisprudencia.

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Seminario Judicial de la Federación.

Tomo: XV, Enero de 1995.

Tesis :XVI.2º.50 C.

Página: 280.

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD. MALOS TRATAMIENTOS. Los malos tratamiento 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; porque 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 correctivos que

no constituyen golpes que trasciendan a la salud o dignidad del menor, sean 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. Secretaria : Cecilia Patricia Ramírez Barajas.

Consideramos imprescindible hacer hincapié que la patria potestad como institución del derecho de familia, cuyo ámbito no puede alejarse de la realidad social en que vivimos, tiene como razón fundamental la integración de la misma. Por lo tanto, las causales que permiten al juzgador condenar a la pérdida de ese derecho, deben ser realmente graves y ser fehacientemente probada ya, que de lo contrario, se correría el riesgo de incrementar el problema de la desintegración familiar; sin embargo, no podemos permitir ver las calles o cerca de nuestros hogares niños maltratados o explotados de formas tan crueles como las expuestas en apartados anteriores ya que a los menores se les debe propiciar un buen trato, observando siempre su bienestar para que cuenten con la seguridad, apoyo y cariño de una familia, y por ende, puedan desarrollarse en un ambiente adecuado, cuya formación sea lo más completa posible.

Una persona cruel, es un aficionado a hacer sufrir y de ninguna manera puede permitirse el hecho de que alguien cruel tenga a sus descendientes bajo la patria potestad, ya que evidentemente les hace un daño irreversible, por tal razón estamos completamente a favor de que en este caso específicamente se sancione con la pérdida de la patria potestad.

4.4- FRACCION V Y VI DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Artículo 444.- La patria potestad se pierde por resolución judicial.

La fracción V establece "Por la exposición que el padre o la madre hicieron de sus hijos". Mientras que la fracción VI menciona "Por el abandono que el padre o la madre hicieron de los hijos por más de seis meses ".

Estamos ante la actitud de los padres o de los abuelos en su caso, que no asumen la responsabilidad de ejercer la patria potestad.

El concepto de exposición se refiere al recién nacido dejado en un sitio público o a la interperie con lo cual se hace peligrar la vida del menor.

El abandono significa dejar a una persona que teniendo derecho a recibir cuidado y alimentos, se le priva de ellos lo que implica situaciones perjudiciales, o bien el incumplimiento de los deberes y obligaciones que impone la patria potestad.

Pueden presentarse dos situaciones: Puede suceder que uno de los que ejerce la patria potestad se desatienda totalmente del menor, pero el otro lo conserve bajo su custodia y lo provea de un lugar y alimentos, en este caso el menor no está totalmente desamparado, ya que uno de los progenitores se hace cargo de él.

No obstante, es una causal que se invoca por la actuación del progenitor, sin necesidad de que el menor sufra el perjuicio en toda su magnitud, pues basta la conducta culposa del progenitor que abandona su responsabilidad, que es irrenunciable.

Acerca de esta fracción la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene lo siguiente:

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIII, Febrero de 1994

Página: 249

ABANDONO DE PERSONAS (HIJOS). DELITO DE. PRIVACION DE LOS DERECHOS DE FAMILIA COMO SANCION EN SU COMISION ES DEFINITIVA. El artículo 336 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, prevé como sanción, además de la pena alternativa (prisión o multa), la privación de los derechos de familia, cuando el sujeto activo, sin motivo justificado, abandone a sus hijos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, facultades que son concedidas con la finalidad de que el padre y/o la madre del menor cumplan con los deberes que la propia patria potestad impone, con características de interés público, ya que se les debe dar la calidad de funciones sociales (derechos y deberes a la vez); entendiéndose que la sentencia condenatoria que priva a la quejosa de las atribuciones originadas por la patria potestad, debe considerarse como definitiva, toda vez que el precepto indicado no establece suspensión temporal, sin que ello implique la pérdida de las obligaciones que dicha amparista tiene sobre el menor ni los derechos que éste pueda hacer valer contra aquella.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1750/93. Ana María Ugalde, 10 de diciembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Ariel Oliva Pérez.

Octava Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo VIII, Diciembre de 1991

Página: 257

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. ABANDONO. INTERPRETACION DEL ARTICULO 444, FRACCIONES III Y IV, DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. No obstante que en ambos supuestos normativos se hace referencia al abandono del que ejerce la patria potestad, sin embargo entre los mismos existen notables diferencias, pues la primera de las fracciones aluden que el abandono de los deberes pudiera comprometer la salud, la seguridad o moral de los hijos, y resulta por demás claro que en esa hipótesis no se señale término alguno, dado los bienes jurídicamente protegidos y que mencione el citado numeral, es decir que una vez que se presente dicho supuesto, se está en posibilidad de ejercitar la acción correspondiente, pero no acontece lo mismo cuando ya no están en juego dichos valores, pues en ese evento y según lo dispone la última parte de la fracción IV del multicitado precepto, el abandono debe prolongarse por más de seis meses.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1081789. Germán Ventura García y Esther Barrón de Ventura. 26 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz.

4.5.- FRACCION VII DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Artículo 444.- La Patria Potestad se pierde por resolución judicial.

La fracción VII del precepto legal en cita establece: "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".

Esta causal es consecuencia directa de la acción ejecutada en contra de un menor de edad.

El primer párrafo del artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, define lo que es un delito y señala que éste: "Es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Asimismo, el primer párrafo del artículo 9 del mismo ordenamiento jurídico, en relación al dolo establece: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley".

Por lo anterior, podemos decir que un delito doloso es conocer y querer realizar la acción u omisión que sanciona la ley penal. Verbigracia, en el caso del incesto, una persona sabe que no debe tener relaciones sexuales con sus descendientes, no obstante, a pesar de ello lo lleva a cabo es decir, quiere realizar dicha conducta sancionada por la ley, lo que constituye un delito en

contra de la libertad sexual del menor y además de las sanciones establecidas para tal ilícito se sanciona con la pérdida de la patria potestad....

4.6.- FRACCION VIII DEL ARTICULO 444 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Artículo 444.- La patria Potestad se pierde por resolución judicial...

La fracción VIII establece: "Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave".

Esta causa constituye una medida preventiva, porque no necesariamente implica una actuación ilícita en contra del menor pero se sanciona como todas las anteriores con la pérdida de la patria potestad.

A manera de comentario, la palabra "grave" es imprecisa. La doctrina no es unánime al respecto, pues un mismo tipo de delito puede revestir mayor o menor gravedad según el criterio que se siga, sea el de la gravedad de la pena que se le impute, la conducta delictuosa o las circunstancias que concurren para calificar el grado del delito.

En el párrafo VII del artículo 268 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal se menciona: "Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la Fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito del que se trate y dividirlo entre dos".

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Históricamente la institución de la Patria Potestad, aparece en los pueblos primitivos, estando a cargo de sus inicios, en sus inicios sólo por el padre de familia como la máxima autoridad de los hijos y la mujer, de igual manera dicha Institución estaba vinculada con el culto doméstico y la religión.

SEGUNDA.- Antiguamente la patria potestad implicaba un poder pleno de disposiciones sobre los hijos, permitiéndose en diversas civilizaciones castigos crueles, mutilaciones ventas e incluso la muerte de las personas sometidas a dicha figura.

TERCERA.- La aparición del cristianismo suaviza los rigores de la patria potestad, pues anteriormente de esta institución sólo se derivan derechos y cargas, pero con el nacimiento del cristianismo aparecen obligaciones a cumplir.

CUARTA.- Con la Desaparición del Imperio Romano de Occidente las legislaciones visigodas contemplan un aspecto humanitario de la patria potestad, pues se prohíbe la exposición, venta o donación de los hijos .De igual manera ésta se ejerce por el padre y la madre.

QUINTA.- En Derecho Español esta institución se extingue por la muerte de cualquier cónyuge y el supérstite independiente se su sexo, sólo ejerce la tutoría .Por lo que respecta las siete partidas, la patria potestad al igual que el derecho romano se extiende a los descendientes en línea recta por legítimo matrimonio. En las Leyes del Toro los padres no tenían derecho sobre los bienes castrenses del hijo y en el proyecto del Código Civil de García Goyena el padre es el administrador legal de los

bienes de los hijos pero si éstos son adquiridos por el hijo en el caudal del padre, pertenecen al padre por propiedad.

SEXTA.- La revolución francesa establece la patria potestad en base al nivel de protección, diferenciando el poder de los padres sobre los hijos o sobre los bienes de éstos. Se establece el derecho de corrección con la intervención del estado y no se podía inferir maltrato a los hijos, mientras durase la patria potestad, el padre era usufructuario de los bienes de los hijos.

SEPTIMA- En nuestro derecho positivo, los códigos de 1870 y 1874 la patria potestad se regula en cuanto a sus efectos, bienes de los hijos, extinción y suspensión, igualmente se encuentran obligados de los hijos de respetar a sus padres y todos sus ascendientes. Los beneficiarios de esta institución serían los hijos legitimados, menores de edad no emancipado, la patria potestad se ejercía primero por el padre y en segundo lugar por la madre y en caso de muerte, interdicción o ausencia de esto sería ejercida limitativamente por el abuelo paterno, a falta de estos la abuela paterna y en último caso la abuela materna, en dichos ordenamientos se establece la facultad de corrección mesuradamente auxiliándose de las autoridades correspondientes.

OCTAVA.- En cuanto se hace la relación donde se establece la patria potestad la considero de Naturaleza Derecho, obligación, pues la ley otorga obligaciones al sujeto activo para interferir en la esfera jurídica de los menores protegiendo los intereses de los hijos, así como derechos en ejercicio en los cuales pueden inferir en la conducta y bienes del menor a su cuidado, por lo que los derechos se encuentran ligados con el cumplimiento de las obligaciones, de ahí deriva la irrenunciabilidad de la patria potestad.

BIBLIOGRAFIA

- BRAVO GONZALEZ AGUSTIN, Derecho Romano primer curso, 13°, ed. Porrúa México 1994.
- DE IBARROLA ANTONIO, Derecho de familia, ed. Porrúa México 1993
- DE PINA VARA RAFAEL, Derecho civil mexicano Introducción Personas y Familia, ed. Porrúa México 1995.
- DI PRIETO ALFREDO Y ANGEL LAPISA , Manual de Derecho Romano 2° ed. Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Alres 1977.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA , ed. 21° de Espasa calpe MADRID 1922.
- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO 5° DE México Porrúa, UNAM, 1992.
- ESPIN CANSUCO DIEGO, Manual de derecho civil Español ed. Revista de Derecho Privado Madrid 1975.
- ENNECERUS, Tratado de Derecho Civil 2° de Barcelona Bosch 1946
- GALINDO GARFIAS IGNACIO, Derecho civil primer curso parte general personas y familia 14° edición, editorial Porrúa Mexico 1995.
- CHAVEZ ASENCIO MANUEL, LA Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas, Paterno Filiales 2° ed. Editorial Porrúa México 1992.
- MAGALLÓN IBARRA JORGE MARIO, Instituciones de Derecho Civil Tomo III Derecho de Familia ed. Porrúa.

- MONTERO DUHALT SARA, Derecho de familia, ed. Porrúa MÉXICO 1992.
- PORRAS BENITEZ JORGE, Manual de derecho civil personas y familia 2ª edición editorial Temis colombia 1990.
- ROJINA VILLEGA RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, INTRODUCCIÓN PERSONAS Y FAMILIAS ed. Porrúa México 1995.
- SANCHEZ MEDAL RAMÓN, Los grandes cambios en el derecho de familia en México, ed. Porrúa 1991.
- TITULO XVII LEY DE LAS PARTIDAS, Código Civil Español 5ª edición, editorial Reus Madrid 1942.
- TITULO XVIII LEY 18 PARTIDA 4ª CÓDIGO CIVIL Español 5ª edición ed. Reus Madrid 1942.