

330509



UNIVERSIDAD ST. JOHN'S

INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO
ESCUELA DE DERECHO



NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO PARA
RECUPERAR EL EJERCICIO DE LA PATRIA
POTESTAD EN EL DISTRITO FEDERAL.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

CHORA DÍAZ BLANCA NELLY

DIRECTOR DE TESIS: LIC. LUIS MANUEL HERNANDEZ CAYON

MÉXICO 2005

m344720



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e Impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Chora Díaz Blanca

Nelly

FECHA: 31 mayo 05

FIRMA: 

Señor

Yo se que de tú poder y tú bondad depende y dependerá en gran parte la victoria, y aunque yo deseo hacer lo que me sea posible para triunfar, solamente si me envías tú poderosa ayuda podré esperar el obtener los mejores resultados.

A mi mamá

Gracias mami, por recorrer el camino conmigo, por levantarme cada vez que he tropezado, por luchar conmigo, por tú apoyo incondicional, por darme tú fe y por regalarme lo mejor LA VIDA.

A mi papá

Gracias pa, por enseñarme a ser fuerte a no rendirme ante nada y sobre todo por estar siempre a mi lado.

A mis hermanos

A ti Raúl, gracias por darme parte de tú espacio y por apoyarme siempre que te necesito.

A ti Alberto, por ser mi motor, por impulsarme a seguir adelante en esta lucha constante de la vida, porque se que por ti voy a llegar más alto.

A mi mamá Reyna

Gracias porque se que siempre haz confiado en mi.

A Yeymy

Yey gracias por enseñarme que SER EL MEJOR es lo maximo.

Mtro. Luis Manuel Hernández Cayón

Gracias por su tiempo, por su paciencia y mil gracias por ese espíritu de enseñanza que me ayudo a culminar este trabajo.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

El núcleo social de formación de valores éticos y morales que deben prevalecer en una sociedad es, sin duda, la familia.

La presente investigación se ha encaminado al estudio de una de las instituciones fundamentales del Derecho Familiar, la cual se encarga precisamente del ejercicio de aquellos derechos y deberes que integran la función tradicionalmente llamada Patria Potestad.

Por lo que consideramos necesario en nuestro primer capítulo referirnos al origen y constitución de la célula primaria, la familia; ya que la patria potestad se organiza según la estructura adoptada por el Derecho de Familia.

Abordamos también el hecho de la procreación, del cual surge la natural relación de paternidad y filiación, en donde encontramos que el derecho se apoya en este suceso para que de esta relación se desprendan una serie de deberes, derechos y obligaciones entre las dos partes o sea el padre y/o la madre con respecto al menor.

Uno de los principales derechos del menor son: "los alimentos" y comprenden de acuerdo con el artículo 308 del Código Civil vigente para el Distrito Federal: La comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de

enfermedad. Además de estos derechos, a los menores les corresponden gastos necesarios para la educación básica y la proporción de algún oficio, arte o profesión honestos. Estos derechos y obligaciones son consecuencia del parentesco.

Como veremos la regulación de la patria potestad en México no es nueva por lo que en nuestro segundo capítulo recorreremos los orígenes de la figura de la patria potestad, ubicándola en tiempo y espacio para analizar sus transformaciones que le han dado su forma actual.

Entraremos en el tercer capítulo al estudio de los conceptos de esta Institución en donde conoceremos como es que la ley concede al padre y a la madre derechos y poderes, sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus numerosas obligaciones tales como: la educación, alimentación, cariño, amor, respeto y apoyo moral.

Nuestra legislación ha mostrado, en los últimos años, cierto interés legal y humano que se ha encaminado a la protección e interés de los menores, en donde el Estado puede coaccionar a los padres que no cumplen con sus deberes paternos por medio de sanciones, que plantearemos en este mismo capítulo; las cuales van desde la limitación del derecho a ejercer la patria potestad hasta la pérdida de la misma, esta última con carácter definitivo.

Actualmente existen distintas opiniones doctrinarias, al igual que actitudes legales que permiten percibir que la patria potestad no puede ser separada de los progenitores como pretende nuestra legislación, porque esta institución tiene su origen en la naturaleza misma del hombre.

Consideramos que la pérdida de la patria potestad implica el desmembramiento de la familia, y acarrea graves consecuencias de índole psicológico y sociológico, muchas veces irreparables; además que una de las funciones más importantes de nuestro Estado es la protección del bien común y la familia, ya que es una de las líneas primordiales y de esta misma forma el niño al ser fruto de la familia tiene una especial importancia que debe ser considerada y protegida, por lo que finalmente en nuestro cuarto capítulo nos permitimos proponer la existencia de un medio legal que permita tramitar la recuperación de la patria potestad con tendencias a preservar la familia.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. LA FAMILIA.

1.1.2. Evolución de la Familia

Es necesario referirnos al origen y constitución de la célula primaria, la familia, ya que la patria potestad se organiza según la estructura adoptada por el Derecho de Familia.

El Maestro Rafael Rojina Villegas, señala que "La familia es el núcleo social y primordial, y el más natural y antiguo de todos, porque constituye el grupo natural e irreductible que tiene por especial misión asegurar la reproducción e integración de la humanidad por generaciones y siglos."¹

La familia como unidad social ha existido entre todos los pueblos y en todas las épocas de las que existen testimonios históricos. No es fácil determinar el modo como inicio la vida de familia; sin embargo varios autores se han pronunciado al respecto, mencionaremos algunos en forma breve.

Las corrientes doctrinales que atribuyen los orígenes de la vida son muy variadas. El Dr. en Derecho Jorge Magallón Ibarra, comenta que:

En la visión deísta de la existencia humana, ésta se concibe como obra de un Ser Superior que ha creado tanto a la naturaleza como al hombre de la cual forma parte. Es decir, el origen del hombre y todo lo creado se encuentra en el Génesis con las afirmaciones 'Hagamos al hombre a imagen y semejanza nuestra... y creó al hombre a semejanza suya... Entonces dijo Yahvé: No es bueno que el hombre este

¹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS., Derecho Civil Mexicano. p.25.

solo; le haré una ayuda semejante a él... Adán puso a su mujer el nombre de Eva, por ser ella la madre de todos los vivientes'.²

Por otro lado señala Charles Darwin, desde un punto de vista muy contrario o materialista que "mediante la observancia de leyes generales de selección y evolución de las especies, en las que se encuentra el hombre ha ascendido a un tipo de organización superior, ya que se afirma que desciende de un tipo de organización inferior."³ Es decir, que el hombre y su entorno, no son producidos por intervenciones del poder divino, sino mediante la transformación del mismo hombre.

En la enciclopedia Jurídica Omeba encontramos que la evolución familiar según Morgan, pasó por las siguientes etapas:

1.- Promiscuidad Absoluta.

2.- Familia Consanguínea: desaparece la promiscuidad entre ascendientes y descendientes y subsiste solo entre hermanos.

3.- La Familia Ponalúa: El ya referido Dr. en Derecho Magallón Ibarra, nos dice que "Esta palabra tiene su origen en las Islas Hawaii implicando la palabra compañero íntimo como quien dice 'socio', dado que un grupo de hermanas eran

² JORGE MARIO MAGALLON IBARRA., Instituciones de Derecho Civil. p. 1.

³ CHARLES DARWIN., El Origen del Hombre y la Selección en Relación al Sexo. p. 774.

mujeres comunes de sus maridos comunes, de los cuales quedaban excluidos sus propios hermanos que así quedaban asociados.”⁴

4.- Familia Sindiásmica: El autor citado en el párrafo que antecede, nos dice que en esta etapa “un hombre vive con una mujer pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional sigue siendo un derecho para los hombres; al mismo tiempo, se exige la más estricta fidelidad a las mujeres mientras dure la vida en común, y su adulterio se castiga cruelmente.”⁵

5.- Familia Patriarcal Poligámica: Nos dice el multicitado autor, que en esta familia existía “un relevante poder exclusivo del hombre –a quien le estaba sometida la mujer- con la procreación de los hijos que solo pudieran ser de él.”⁶

6.- Familia Monogámica: “nació de la concentración de grandes riquezas en las mismas manos –las de un hombre- y el deseo de transmitir esas riquezas por la herencia a los hijos de este hombre excluyendo a los de cualquier otro.”⁷

Hemos visto la transformación de la familia a través del tiempo hasta llegar a su forma actual, es decir, la familia monogámica, que busca ya la protección y cuidado de sus miembros.

⁴ J. MAGALLON IBARRA.: op. cit. p. 5

⁵ Ibid. p. 6

⁶ Ibid. p. 7

⁷ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA., Libros Científicos Bibliográficos. p. 792.

El hombre es parte fundamental de la sociedad, en la que se desarrollan diversas actividades, sin embargo para que ésta funcione óptimamente es fundamental contar con un sistema normativo, por lo que es necesario un Derecho de Familia bien establecido en donde los miembros de la familia encuentren seguridad para la misma, ya que como bien sabemos, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el estado.

1.1.3. Concepto de Derecho de Familia.

El jurista Julien Bonnecase define el Derecho de Familia expresando que "Por Derecho de Familia entendemos el conjunto de reglas de Derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia."⁸ Esto es, el Derecho de Familia tiene la especial misión de regular la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros así como el desenvolvimiento de sus integrantes.

Para el Maestro Chávez Asencio, el Derecho de Familia es:

El conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones familiares, personales y patrimoniales que existen

⁸ JULIEN BONNECASE., Introducción al Estudio de Derecho, p. 33.

entre sus miembros y entre estos con otras personas y el estado, que protegen a la familia y sus miembros, y protegen a ambos para que la familia pueda cumplir su fin.⁹

Bien sabemos, que la moral y la religión es un antecedente del derecho mismo, sin embargo no todo lo que existe en la moral y la religión es derecho, pero en especial el derecho de familia, como lo menciona acertadamente el autor citado, tiene un contenido altamente moral y religioso.

El doctrinario Guitrón Fuentevilla dice que el Derecho de Familia, "es un conjunto de normas jurídicas, que tienen por objeto regular las relaciones jurídicas existentes entre la familia y cada uno de sus miembros, así como de la familia con la de las demás personas no miembros de la familia."¹⁰ Vemos pues, que el Derecho de Familia no sólo regula a la familia como tal, sino que también su desarrollo dentro de la sociedad.

Podemos concluir este apartado diciendo que la Familia es una de las instituciones más importantes que tiene como consecuencia un sinfín de derechos y obligaciones y el Derecho de Familia es el que regula la conducta de los sujetos a ésta, lo cual es importante para el desarrollo y buen funcionamiento de otros derechos.

⁹ MANUEL CHÁVEZ ASENCIO., La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, p. 547.

¹⁰ GUITRÓN FUENTEVILLA., ¿Qué es el Derecho Familiar?, p 110.

1.1.4. Fuentes del Derecho de Familia.

El destacado jurista Marcel Planiol dice que "son fuentes constitutivas de la familia el matrimonio, la filiación y la adopción, por lo que los diferentes estados que una persona puede tener son igualmente tres que son: esposos, parientes por consanguinidad o parientes por afinidad."¹¹ Es decir, la filiación y la adopción crean el parentesco y el matrimonio crea el estado de esposos así como al parentesco por afinidad.

Para Baqueiro Rojas, las fuentes del Derecho de Familia son:

El matrimonio, concubinato y filiación, pero el derecho de familia no sólo se limita a estas instituciones debido a que existe un factor posible que es la ausencia de descendientes, es decir un hecho biológico y que el derecho también regula, o sea la adopción agregando también otras fuentes como son el patrimonio familiar, la sucesión y la tutela.¹²

El mismo autor divide las fuentes del derecho de familia en tres grandes grupos:

- Matrimonio y Concubinato.
- Filiación Matrimonial y Filiación Extramatrimonial.
- Adopción, Legítima adopción y Acogimiento.

¹¹ MARCEL PLANIOL, GEORGES RIPIERT., Derecho Civil. p. 104.

¹² EDGAR BAQUEIRO ROJAS., Derecho de Familia y Sucesiones. p. 10.

Definiremos de manera breve las fuentes a las que se refiere el autor:

1. Matrimonio

Chávez Asencio define el matrimonio como:

Un acto jurídico conyugal, (pacto conyugal) en el que intervine, además, la voluntad del juez del registro civil para constituir el vínculo conyugal, el que se traduce en matrimonio - estado, como comunidad íntima y permanente de vida, de un hombre y una mujer en orden al amor conyugal, la promoción humana de ambos y la procreación responsable.¹³

El licenciado José Castán Tobeñas dice que:

El matrimonio es indudable e importantísima institución en el orden social y civil, luego al ser una institución jurídica, como jurídico es también el contrato por que se actúa en todos los casos, y jurídicas igualmente las relaciones que del contrato dimana y la institución comprende, al Estado, superior órgano declarativo y ejecutivo del derecho a quien justamente ha de corresponder la regulación del matrimonio y la potestad de presidir su celebración.¹⁴

El estado del matrimonio es originado, desde luego, por la voluntad de los contrayentes, es un acuerdo de voluntades fijadas en un contrato y al celebrar el contrato trae consigo derechos y obligaciones.

2. Concubinato

Se dice que es "La unión de un hombre y una mujer que cohabitan como si estuvieran casados, es decir en forma más o menos permanente, se conoce como

¹³ M. CHÁVEZ ASENCIO.: op. cit. p. 627.

¹⁴ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS., La Crisis del Matrimonio, p. 463.

concubinato y el Derecho les reconoce ciertos efectos semejantes a los del matrimonio.”¹⁵

Para que el concubinato pueda producir efectos y ser lícito debe cumplir ciertos requisitos como son:

- La unión debe ser monogámica, o sea, debe ser un solo hombre y una sola mujer, esto es si existen varios varones en relación con una mujer o varias mujeres respecto a un hombre, ninguno tendría el carácter de concubino, como lo indica el artículo 291 BIS párrafo 3º del Código Civil vigente par el Distrito Federal.¹⁶
- “Ambos deben estar libres de matrimonio”¹⁷ como también lo menciona el artículo 291 BIS del mismo ordenamiento, es decir, si alguno está casado la unión es ilícita y constituye adulterio.
- “La unión debe ser duradera.”¹⁸ El citado artículo establece que tienen que haber vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años, a menos que tengan un hijo en común.

¹⁵ EDGAR BAQUEIRO ROJAS., Diccionarios Jurídicos Temáticos. p. 23.

¹⁶ Cfr. Art. 291 BIS de la Agenda Civil del Distrito Federal, México, 2005, p. 41.

¹⁷ Ibid. p. 42

¹⁸ Ibidem

Entre otras cosas el concubinato genera entre los concubinos, dice el artículo 291 QUARTER del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, derechos alimentarios, sucesorios y de parentesco.¹⁹

3. Filiación

Entenderemos a la filiación como una fuente de Derecho Civil tomando en cuenta, según la clasificación de Baqueiro, la procreación en la que se encuentra la filiación matrimonial y extramatrimonial.

Planiol define la filiación diciendo que "Es la descendencia en línea recta incluyendo a los intermediarios que unen a una persona determinada."²⁰ Es decir, es la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o madre respecto del hijo.

Existen distintos tipos de filiación de las cuales sólo las mencionaremos ya que las abordaremos de forma más amplia en un apartado especial.

- Filiación legítima.- Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo respecto de los padres, cuando es concebido dentro del matrimonio.
- Filiación ilegítima o natural.- Es el hijo concebido cuando sus padres aun no contraen matrimonio.

¹⁹ Ibidem

²⁰ M. PLANIOL.: op. cit. p. 195.

- Filiación legitimada.- Los hijos son concebidos antes del matrimonio y nacen durante este o bien cuando los padres los reconocen antes de la celebración del matrimonio, durante el mismo o posterior a su celebración.
- Filiación legitimada por ministerio de ley.- Como lo establece el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal, se da por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare.²¹

4. Adopción

Planiol define a la adopción como “un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima.”²²

En la antigua Roma esta institución fue creada para suplir la falta de descendientes y por lo tanto de herederos y conservadores del culto familiar, en cambio ahora es una forma de asistencia de menores e incapacitados.

El doctrinario Baqueiro Rojas dice que la adopción es “el vínculo jurídico creador del parentesco civil, entre adoptante y adoptado y que confiere los derechos y deberes establecidos entre padres e hijos.”²³

- Los sujetos que intervienen son: el adoptante, que es la persona que asume legalmente el carácter de padre; el adoptado, es la persona que va a ser recibida legalmente como el hijo del adoptante.

²¹ Art. 360 del C. C., México, 2005, p. 50.

²² M. PLANIOL.: op. cit. p. 240.

²³ E. BAQUEIRO ROJAS.: op. cit. p. 216.

Con la adopción el adoptante y el adoptado, tienen los mismos derechos y obligaciones análogas a la del padre respecto del hijo y viceversa,²⁴ tal y como lo establece el artículo 395 y 396 del Código Civil para el Distrito Federal.

➤ Los efectos que produce la adopción señalados en el Código Civil para el

Distrito Federal son:

Art. 410-A. El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante este casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea.

La adopción es irrevocable.²⁵

Para que la adopción pueda tener efectos, el artículo 397 de este ordenamiento legal señala que deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

- I. El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;
- II. El tutor del que se va a adoptar;
- III. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando este no tenga padres conocidos ni tutor;
- IV. El menor si tiene más de doce años;
- V. Derogada.²⁶

▪ Art. 410-C. El Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes del origen de la familia de origen del adoptado, excepto en los casos siguientes y contando con autorización judicial:

- I. Para efectos de impedimento para contraer matrimonio; y
- II. Cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, si fuere menor de edad se requerirá del consentimiento de los adoptantes.²⁷

²⁴ Arts. 395 y 396 del C.C., México, 2005, p. 54.

²⁵ Art. 410-A del C.C., México, 2005, p. 55

²⁶ Art. 397 del C.C., México, 2005, p. 54

²⁷ Art.410-C del C.C., México, 2005, p. 55.

▪ Art. 410-D. Para el caso de las personas que tengan vinculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitaran al adoptante y adoptado (adopción simple).²⁸

➤ El mismo ordenamiento señala a las personas que tienen derecho a adoptar que son:

- Art. 390. El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio en pleno ejercicio de sus derechos...²⁹
- Art. 391. Los cónyuges o concubinos...³⁰
- Art. 393. El tutor después de que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de tutela.³¹

El Código Civil no señala como impedimento para adoptar, que el adoptante sea soltero, sin embargo tomando en cuenta que la familia es base de la sociedad y punto esencial para el desarrollo de la persona; si es soltero (a) la persona que desee adoptar llega a ser difícil, ya que con la adopción se pretende un parentesco ficticio y una familia para el adoptado.

➤ El Código Civil para el Distrito federal señala también que los requisitos para adoptar son:

²⁸ Art. 410-D del C.C., México, 2005, p. 56

²⁹ Art. 390 del C.C., México, 2005, p. 53

³⁰ Art. 391 del C.C., México, 2005, p. 54

³¹ Art. 393 del C.C., México, 2005, p. 54.

- Art. 390. ...que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:
 - I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;
 - II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma; y
 - III. Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.³²

Como vimos el matrimonio, el concubinato, la filiación y la adopción son fuentes del Derecho de familia que crean Derechos y Obligaciones respecto a otras personas; creando estas mismas fuentes a su vez Hechos y Actos Jurídicos Familiares que trataremos en el siguiente apartado.

1.1.5. Hechos y Actos Jurídicos Familiares.

1.1.5.1 El Hecho Jurídico.

El Hecho Jurídico es "Todo acontecimiento de la vida natural o humano, voluntario o involuntario de cuya realización se actualizan efectos jurídicos, esto es derechos y deberes subjetivos."³³ De esta definición entendemos que los hechos jurídicos son sucesos de índole natural o bien derivados del mismo hombre

Entonces los hechos jurídicos son los acontecimientos de orden natural o del mismo hombre a los que el derecho atribuye consecuencias consistentes en el

³² Art. 390 del C. C., México, 2005, p. 53.

³³ E. BAQUEIRO ROJAS.: op. cit. p. 53

nacimiento, modificación, transmisión o la pérdida de derechos, o situaciones jurídicas de las personas.

Por lo que podemos clasificar a los hechos jurídicos en:

- **HECHOS NATURALES.** Estos contienen hechos puramente naturales y hechos naturales relacionados con el hombre, en los hechos puramente naturales encontramos al nacimiento de una isla, el aluvión, etc. Y en el segundo supuesto es en donde el hombre tiene cierta intervención, por ejemplo, la concepción, el nacimiento, muerte, etc.

- **HECHOS DEL HOMBRE.** Estos pueden ser voluntarios o involuntarios, en los hechos voluntarios encontramos que pueden ser lícitos o ilícitos. Dentro de los hechos voluntarios lícitos tenemos por ejemplo a la gestión de negocios enriquecimiento sin causa cuando no existe dolo o mala fe, y los hechos voluntarios ilícitos son por ejemplo, el incumplimiento de contratos, la responsabilidad de no cuidar las cosas ajenas, etc.

De la clasificación anterior podemos decir que los hechos jurídicos familiares son los siguientes:

1. *La Concepción del Ser*, este es un hecho natural que genera deberes, derechos y obligaciones, es decir a cargo de los padres y a favor del feto.

2. *El Nacimiento*, este es un hecho natural que crea derechos y obligaciones patrimoniales y deberes familiares.

3. *La Paternidad o la Filiación*, estos hechos jurídicos naturales derivados del nacimiento, crean derechos, obligaciones y deberes patrimoniales entre padres e hijos.

4. *El Parentesco*, es un hecho natural que crea deberes, derechos y obligaciones por ejemplo los que recaen sobre las personas que ejercen la patria potestad.

5. *El Concubinato*, es un hecho voluntario del hombre que engendra derechos, obligaciones y deberes familiares entre los concubinos y sus hijos.

6. *La Muerte*, es un hecho jurídico natural que provoca consecuencias patrimoniales por ejemplo: la herencia.

1.1.5.2. El Acto Jurídico Familiar.

El licenciado Rafel Rojina Villegas lo explica diciendo que el acto jurídico familiar "son aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de carácter

familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas.”³⁴

En la definición que antecede encontramos características muy importantes del acto jurídico familiar como son: La manifestación de la voluntad puede ser unilateral o plurilateral, por ejemplo en el reconocimiento de un hijo cuando se hace dentro del término que la ley señala para presentarlo ante el Juez del Registro Civil (seis meses a la fecha en que ocurrió el nacimiento), existe un acto jurídico unilateral, pues sólo se requiere de la manifestación de la voluntad del padre o de la madre para que se extienda su acto de nacimiento (artículo 55 del Código Civil para el Distrito Federal).

Es plurilateral, “pero éste a su vez puede dividirse en bilaterales y plurilaterales, los primeros suponen sólo la asistencia de dos voluntades”³⁵ como por ejemplo el matrimonio en donde sólo se requiere la voluntad de un hombre y una mujer (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal) y en los plurilaterales concurren tres o más voluntades, por ejemplo: la adopción en donde se requiere la voluntad del adoptante, adoptado (sólo si tiene más de doce años), el Ministerio Público, el Juez de lo Familiar, etc.

El Acto Jurídico tiene cuatro funciones que son: “crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones, los actos de creación de derechos y

³⁴ R. ROJINA VILLEGAS.: op. cit. p. 98.

³⁵ Ibidem

obligaciones o de situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas,³⁶ aquí encontramos: el matrimonio, la adopción el reconocimiento de hijos, etc. Los actos jurídicos que tienen por objeto extinguir los derechos, las obligaciones o determinados estados civiles son por ejemplo el divorcio voluntario.

Los elementos que encontramos en el acto jurídico familiar son: el sujeto, objeto y forma.

1. **Sujeto**.- es la persona que tiene la capacidad de actuar por si misma o a través de un representante y que tienen también derechos y obligaciones

2. **Objeto**.- este tiene a su vez objeto directo o indirecto, el objeto directo es crear transferir, modificar o extinguir, deberes, obligaciones y derechos y el indirecto consiste en dar, hacer o no hacer.

3. **Forma**.- las formalidades encuentran un apoyo y complemento en un sistema de publicidad a través del Registro Civil, en donde se encuentran inscritos los actos de familia y en el Registro Publico de la Propiedad en donde encontramos lo referente a las capitulaciones matrimoniales.³⁷

La intervención del hombre, ya sea de forma natural o por voluntad, trae consigo consecuencias jurídicas de orden familiar por lo que es necesario definir a los sujetos de familia; los que trataremos en nuestro siguiente tema.

³⁶ Ibid. p. 99

³⁷ Cfr. RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil Mexicano. p. 98-121

1.1.6. Sujetos del Derecho de Familia.

Podemos señalar que las personas que intervienen en el derecho de familia son: Los parientes por consanguinidad, afinidad o civil.

Los sujetos que intervienen son personas físicas, aunque en ocasiones tenemos la intervención del estado por ejemplo: en el matrimonio, en la adopción, en la patria potestad, tutela, y el reconocimiento de hijos, que son actos que requieren de la intervención del estado.

Mencionaremos cómo es que intervienen los sujetos a que nos referimos en el derecho de familia.

1. *Parientes.*- Por las consecuencias jurídicas que presentan, la condición de pariente es esencial en el derecho de familia, el parentesco consanguíneo se extiende no solo a la familia legítima sino también a la natural, en cuanto a la adopción es el parentesco civil, y la afinidad se crea por virtud del matrimonio entre los parientes de su mujer y los parientes de esta con aquel.

2. *Los cónyuges.*- Esta calidad es importante, ya que crea a los sujetos especiales del matrimonio, con el conjunto de derechos y obligaciones que les concede e impone la ley, especialmente en las relaciones paterno - filiales

3. *Las personas que ejercen la patria potestad.*- Aquí se originan relaciones específicas que impone la patria potestad entre padres e hijos o en su caso entre abuelos y nietos.

4. *Tutela e incapaces.*- la regulación de relaciones mediante la tutela, con derechos y obligaciones específicos se da dada la incapacidad de ciertos sujetos como son los menores no sujetos a la patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales, o con una discapacidad física que haga que no puedan valerse por si mismos como lo señala el artículo 450 Código Civil.

5. *Los concubenarios.*- Esta relación crea derechos y obligaciones y debido a que es una de las fuentes de derecho de familia produce consecuencias de derecho por la relación que existe entre los concubinos, que como ya mencionamos la ley les concede ciertos derechos y obligaciones análogos al matrimonio.³⁸

El Estado creó el Derecho de Familia para regular a esta misma, como grupo y por cada uno de sus miembros, obteniendo de esta regulación ciertas finalidades para la Familia.

³⁸ Cfr. RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*. p. 65-67

1.1.7. Fines del Derecho de Familia.

La intervención estatal es importante al considerar a la familia como núcleo esencial y su integración vital para la vida del país; para averiguar los fines del derecho de familia es necesario primeramente estudiar los fines de la familia.

Podemos decir que los fines de la familia son:

- Los fines de los miembros.- la familia busca formar a sus integrantes como personas y educarlos en la fe.
- Los fines de la familia como grupo.- su fin se concreta a participar como centro en el desarrollo integral de la sociedad.³⁹

Una vez entendidos los fines de la familia veremos los fines del derecho de familia.

En el derecho de familia, el interés se concreta en la familia, su constitución, su vida, su desarrollo y en su caso de la desintegración. La idea central está en cumplir los deberes, más que exigir los derechos, este derecho tiene por objeto *lograr la solidaridad doméstica*.

³⁹ Cfr. RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil Mexicano, p. 69-72

De lo anterior notamos que el fin del derecho de familia es la creación de normas, que puedan guiar a los sujetos de la familia, para que cumplan con sus deberes, obligaciones y ejerzan sus derechos.

1.2. FILIACIÓN Y PARENTESCO.

1.2.1. Conceptos de Filiación.

En el presente tema analizaremos primeramente qué es la filiación, Ignacio Galindo Garfias dice que es “la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de otra.”⁴⁰ Es decir, el derecho se apoya en el hecho de la procreación para que de esta relación se desprendan una serie de deberes, derechos y obligaciones entre las dos partes o sea el padre y/o la madre con respecto al menor.

Planiol dice que la filiación es “la descendencia en línea recta; comprende toda serie de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea.”⁴¹ En el lenguaje del derecho la palabra filiación ha tomado un sentido más estricto y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo.

⁴⁰ IGNACIO GALINDO GARFIAS., Derecho Civil. p. 618.

⁴¹ M. PLANIOL.: op. cit. p. 195

Rafael Rojina Villegas, dice que el término filiación tiene dos connotaciones una amplísima,

que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir entre personas que descienden unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc. Sino también en línea descendente par tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc.⁴²

En lo que se refiere a la connotación estricta la filiación se limita a "la relación que existe entre el progenitor y el hijo."⁴³ Por el simple hecho de engendrar se hacen acreedores a este derecho, deberes y obligaciones recíprocos.

El artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal dice que la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia.⁴⁴

1.2.1.1. Elementos Constitutivos de la Filiación.

Estos elementos se establecen de distinta manera, respecto de la madre o en relación con el padre.

⁴² R. ROJINA VILLEGAS.: op. cit. p. 591

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Art. 338 del C. C., México, 2005, p. 48.

Por lo que se refiere a la filiación con respecto de la madre esta se refiere a la maternidad “el parto es el hecho que permite conocer la filiación en forma directa e indirecta,”⁴⁵ es decir, el hecho de parir es un hecho que se puede constatar por medio de prueba directa.

Por lo que hace a la filiación en relación al padre “no puede ser conocida en forma inmediata, porque sólo a través de una presunción puede afirmarse verosímilmente que el embarazo de la mujer es obra de un determinado hombre.”⁴⁶

El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal establece que se presumen hijos de los cónyuges salvo prueba en contrario.

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido de divorcio, siempre y cuando no se haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge...⁴⁷

Como prueba a la presunción de la paternidad el artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal dice que:

Artículo 325. Se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.⁴⁸

⁴⁵ M. PLANIOL: *Derecho...* p. 195

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ Art. 324 del C. C., México, 2005, p. 47.

⁴⁸ Art. 325 del C. C., México, 2005, p. 47.

1.2.3. Clases de Filiación.

La filiación puede derivar de una relación de descendencia o de la voluntad declarada por la que una persona adquiere derechos y obligaciones que nacen de la paternidad o maternidad, respecto de otra. Tenemos entonces que, la filiación puede ser: Legítima, natural, o legitimada por ministerio de ley, analizaremos, cada una de ellas.

1.2.3.1. Filiación Legítima.

Esta es la filiación consanguínea la que se puede clasificar en matrimonial y extra matrimonial "Según exista vínculo del matrimonio entre al padre y la madre de la persona de que se trata, o por lo contrario que los progenitores no se encuentren ligados entre sí, por el vínculo conyugal."⁴⁹

Anteriormente la filiación era legitimada, es decir, los progenitores contraían matrimonio, ya una vez embarazada la mujer, o bien reconocen al hijo antes de celebrar el matrimonio, durante el mismo o posteriormente a su celebración; esto se encontraba regulada en los artículos 354 al 359 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁴⁹ I. GALINDO GARFIAS.: op. cit. p. 620

1.2.2.2. Filiación Natural.

Bonnetcase, define esta filiación de la siguiente manera: "La filiación natural es el lazo que une al hijo con su padre o con su madre, o con ambos, cuando estos no están casados entre si en el momento de su nacimiento."⁵⁰ Esta filiación tiene su origen en los hijos de la mujer soltera, es decir, provenientes de una relación fuera del matrimonio.

Rafael Rojina Villegas, distingue diferentes formas de filiación natural: Simple, adulterina e incestuosa.

- a) La filiación natural simple: Consiste en que el hijo es concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo celebrarlo legalmente, es decir no tenia ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio;
- b) La filiación natural se llama adulterina: Cuando el hijo es concebido por la madre estando esta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido o cuando el padre es casado y la mujer no es su esposa; y por ultimo
- c) La filiación natural puede ser incestuosa: Cuando el hijo es procreado por parientes en grado que la ley impida el matrimonio.⁵¹

1.2.2.3. Filiación Legitimada por Ministerio de Ley

"Comprende el caso especialísimo del hijo que nació dentro de esos ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero tampoco fue impugnado ejercitando el marido la acción contradictoria de paternidad."⁵²

⁵⁰ J. BONNETCASE: op. cit. p. 75

⁵¹ R. ROJINA VILLEGAS: op. cit. p. 594

⁵² Ibid. p. 598

Esto es el reconocimiento que el padre, madre o ambos hacen por sentencia ejecutoriada⁵³ que así lo declare tal y como lo señala el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal.

Este mismo ordenamiento señala los modos en que ha de hacerse el reconocimiento voluntario, los cuales se encuentran en el artículo 369 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal y son:

- I. En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo Juez;
- III. Por escritura pública;
- IV. Por testamento; y
- V. Por confesión judicial directa y expresa⁵⁴

1.2.3. Concepto de Parentesco.

El Maestro Ignacio Galindo Garfías dice que el parentesco es "el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado."⁵⁵ Es decir, que el parentesco al mismo tiempo que vincula a los miembros de la familia,

⁵³ Art. 360 del C. C., México, 2005, p. 50.

⁵⁴ Art. 369 del C. C., México, 2005, p. 51.

⁵⁵ I. GALINDO GARFIAS.: op. cit. p. 634

limita el círculo del grupo familiar, ya que los derechos y deberes que se originan parten de un supuesto previo que es la existencia del parentesco.

El Dr. Jorge Magallón Ibarra, señala que:

El parentesco es la relación humana que distingue y caracteriza al grupo familia, pues señala y reconoce el vínculo natural y legal que en una colectividad compone, unifica y distingue a los miembros que la constituyen; determinando los lazos que entre ellos se van formando, para constituir el núcleo fundamental de toda sociedad humana.⁵⁶

Para Rojina Villegas, el parentesco es:

La relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo o que desciende de un tutor común como dos hermanos, dos primos. Al lado de este parentesco la ley admite el parentesco ficticio, establecido por un contrato particular llamado adopción.⁵⁷

Podemos ver que en las definiciones anteriores el parentesco se genera por hechos humanos que tienen consecuencias jurídicas, ejemplo: el parentesco consanguíneo; pero también se genera por actos jurídicos como el parentesco por afinidad; y el parentesco civil como la adopción simple, también como acto jurídico.

1.2.5. Clases de Parentesco.

Tomando en cuenta las definiciones del parentesco notamos que las fuentes constitutivas del mismo son: parentesco consanguíneo, parentesco por afinidad y el parentesco civil a las que definiremos en seguida:

⁵⁶ J. M. MAGALLON IBARRA.: op. cit. p. 49

⁵⁷ R. ROJINA VILLEGAS.: op. cit. p. 155

- Parentesco consanguíneo.- "es aquel vinculo que existe entre personas que descienden unas de las otras o que reconocen un antecesor común."⁵⁸ Es decir, es el que se constituye por los lazos de sangre, en donde la transmisión de vida y consecuentemente de sangre va a determinar una comunidad de vida.

El artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que el parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.⁵⁹

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo, producto de reproducción asistida, y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En la adopción plena el parentesco confiere los mismos derechos y obligaciones que los derivados del parentesco consanguíneo, así como lo indica el artículo 293 párrafo 3º del Código Civil para el Distrito Federal.

- Parentesco por afinidad.- "es aquel que se establece en el matrimonio entre el marido y los parientes de la mujer y entre ésta y los parientes de aquel."⁶⁰ Lo que en el lenguaje común se denomina parentesco político.

⁵⁸ Ibid. p. 156

⁵⁹ Art. 293 del C. C., México, 2005, p. 42

- Parentesco consanguíneo.- "es aquel vinculo que existe entre personas que descienden unas de las otras o que reconocen un antecesor común."⁵⁸ Es decir, es el que se constituye por los lazos de sangre, en donde la transmisión de vida y consecuentemente de sangre va a determinar una comunidad de vida.

El artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que el parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.⁵⁹

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo, producto de reproducción asistida, y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En la adopción plena el parentesco confiere los mismos derechos y obligaciones que los derivados del parentesco consanguíneo, así como lo indica el artículo 293 párrafo 3º del Código Civil para el Distrito Federal.

- Parentesco por afinidad.- "es aquel que se establece en el matrimonio entre el marido y los parientes de la mujer y entre ésta y los parientes de aquel."⁶⁰ Lo que en el lenguaje común se denomina parentesco político.

⁵⁸ Ibid. p. 156

⁵⁹ Art. 293 del C. C., México, 2005, p. 42

⁶⁰ J. M. MAGALLON IBARRA.: op. cit. p. 58.

Planiol dice que "los afines no son parientes sino miembros de la familia y su fuente exclusiva la constituye el matrimonio"⁶¹

El artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal dice: "el parentesco de afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos, así mismo, entre los parientes del concubino y la concubina y viceversa."⁶²

- Parentesco civil.- "el parentesco por adopción resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y que constituye un contrato, por virtud del mismo se crean entre el adoptante y el adoptado derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo."⁶³

El artículo 295 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice que el parentesco civil es el que nace de la adopción simple, en los términos del artículo 410-D, que dispone:

"Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma se limitarán al adoptante y adoptado."⁶⁴

⁶¹ M. PALANIOL.: op. cit. p. 106

⁶² Art. 294 del C. C., México, 2005, p. 42.

⁶³ R. ROJINA VILLEGAS.: op. cit. p. 160.

⁶⁴ Art. 410-D del C. C., México, 2005, p. 56.

En la adopción plena el parentesco confiere los mismos derechos y obligaciones que los derivados del parentesco consanguíneo, así como lo indica el artículo 410- A del Código Civil para el Distrito Federal.

1.2.5. Líneas y Grados.

Para determinar la cercanía del parentesco, la ley establece líneas y grados del parentesco:

a) Grado de parentesco. El artículo 296 del Código Civil para el Distrito Federal dice que "cada generación forma un grado, la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco."⁶⁵

Edgar Baqueiro, dice que:

Todas las personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor o del ascendiente, ejemplo, todos los hijos de un padre, sin que importe si nacieron o no de la misma madre, o si nacieron antes o después, pertenecen a la misma generación y se encuentran en el mismo grado de parentesco, respecto a su progenitor.⁶⁶

b) Línea de parentesco. "la línea de parentesco se conforma por las series de grados de parentesco, o generaciones, por ejemplo cada uno de los hijos de un padre y los hijos de sus hijos, o sea sus nietos forman una línea."⁶⁷

⁶⁵ Art. 296 del C. C., México, 2005, p. 42.

⁶⁶ E. BAQUEIRO ROJAS: op. cit. p.19.

⁶⁷ *Ibid.* p. 20

La línea de parentesco puede ser:

➤ Recta o transversal: la recta se forma por parientes que descienden unos de otros ejemplo padres, hijos nietos, bisnietos; el artículo 298 del Código Civil para el Distrito Federal dice que la línea recta es ascendente o descendente.

- I. Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede; y
- II. Descendente es la que liga al progenitor con los que él proceden.⁶⁸

La misma línea recta es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.

El artículo 299 del Código Civil para el Distrito Federal dice que en la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor.

➤ Transversal o colateral éste parentesco se encuentra formado por dos líneas rectas que coinciden en un progenitor común, ejemplo hermanos, tíos, sobrinos y primos que reconocen como progenitor común a un abuelo aunque unos no sean descendientes de los otros.

⁶⁸ Art. 298 del C. C., México, 2005, p. 43.

El artículo 300 del Código Civil para el Distrito Federal dice que en la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común.⁶⁹

1.2.6. Consecuencias Jurídicas del Parentesco.

En lo que se refiere al parentesco consanguíneo podemos decir que las consecuencias jurídicas son las siguientes:

1. "Crea el derecho y la obligación de alimentos, como lo señalan los artículos 303 y 304"⁷⁰

2. "Origina el derecho a heredar en la sucesión legítima, o la facultad de exigir una pensión alimenticia; Artículo 1602"⁷¹

3. "Crea determinadas incapacidades en el matrimonio y en relación con otros actos o situaciones jurídicas artículo 156 fracción III"⁷²

⁶⁹ Art. 300 del C. C., México, 2005, p. 43.

⁷⁰ Art. 303 y 304 del C. C., México, 2005, p. 43

⁷¹ Art. 1602 del C. C., México, 2005, p. 171

⁷² Art. 156 del C. C., México, 2005, p. 21

4. "Origina los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que se contraen solo entre padres e hijos, abuelos y nietos, en su caso."⁷³

Por lo que hace a las consecuencias que tiene el parentesco por afinidad podemos mencionar las siguientes:

1. El artículo 156 fracción IV dice que no se puede celebrar el contrato de matrimonio, cuando existe parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna.⁷⁴

2. El artículo 1603. dice el parentesco por afinidad no da derecho a heredar.⁷⁵

3. El Código Civil Vigente para el Distrito Federal no señala que el parentesco por afinidad produzca el derecho ni la obligación de dar o recibir alimentos.

El parentesco civil o adopción provoca las siguientes consecuencias jurídicas:

1. El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes , artículo 157⁷⁶

⁷³ Art. 303 del C. C., México, 2005, p. 43

⁷⁴ Art. 156 del C. C., México, 2005, p. 21.

⁷⁵ Art. 1603 del C. C., México, 2005, p. 171.

⁷⁶ Art. 157 del C. C., México, 2005, p. 22.

2. El adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos en los casos en la que la tienen los padres y los hijos artículo 307.⁷⁷

3. El adoptado tiene derecho a heredar como el hijo, artículo 1612.⁷⁸

Como observamos de esta natural relación de filiación y parentesco se deriva la obligación de proporcionar alimentos, por lo que en nuestro siguiente apartado abordaremos esta obligación de forma más amplia.

1.3. Alimentos

1.3.1. Concepto de Alimentos.

Los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco y comprenden de acuerdo con el artículo 308 del Código Civil vigente para el Distrito Federal: La comida, el vestido, la habitación y la atención médica, la hospitalaria y en su caso los gastos de embarazo y parto⁷⁹. Además de estos a los menores les corresponden gastos necesarios para la educación básica y proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos adecuados a sus circunstancias personales.

⁷⁷ Art. 307 del C. C., México, 2005, p. 43.

⁷⁸ Art. 1612 del C. C., México, 2005, p. 171.

⁷⁹ Art. 308 del C. C., México, 2005, p. 44.

En el caso de las personas incapaces declaradas interdictas, se le debe proporcionar lo necesario para lograr en lo posible su rehabilitación y para los adultos mayores que carezcan de capacidad económica se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

Rojina Villegas, define el derecho de alimentos diciendo que “es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos.”⁸⁰

A este respecto el artículo 302 del C. C. dice “los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos, la ley determinara cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio separación, nulidad de matrimonio y otros que la misma ley señale.”⁸¹

El Licenciado Ignacio Galindo Garfias, entiende por alimentos “lo que el hombre necesita para su nutrición.”⁸² Este concepto se refiere a que los alimentos equivalen a la comida. En cambio en el Derecho el concepto de alimentos “en su origen semántico es aquello que una persona requiere para vivir como tal persona.”⁸³

⁸⁰ R. ROJINA VILLEGAS.: op. cit. p. 165

⁸¹ Art. 302 del C. C., México, 2005, p. 43.

⁸² I. GALINDO GARFIAS.: op. cit. p. 464.

⁸³ Ibidem

En nuestro derecho la obligación de dar alimentos se puede satisfacer de dos maneras:

- a) Mediante el pago de una pensión alimenticia;
- b) Incorporando el deudor en su casa al acreedor, para proporcionarle los elementos necesarios en cuanto a comida, vestido, habitación y asistencia en caso de enfermedad. (artículo 309 Código Civil vigente para el Distrito Federal)⁸⁴

El artículo 311 del C. C. denota que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las posibilidades del que deba recibirlos.⁸⁵

1.3.2. Características de la Obligación Alimentaria.

El objetivo de la obligación alimentaria es la subsistencia del acreedor, pero para eso es necesaria hacerla efectiva y que es necesario que éste bien descrita, por lo que mencionaremos sus características.

⁸⁴ Art. 309 del C. C., México, 2005, p. 44.

⁸⁵ Art. 311 del C. C., México, 2005, p. 44.

La Obligación Alimentaria es:

a) **Reciproca**.- Esto significa que el obligado a prestar alimentos a su vez tiene derecho de pedirlos, "cuando se reúnen los elementos de necesidad en el acreedor y la capacidad económica del deudor."⁸⁶ Como lo indica el artículo 301 del C. C.

b) **Personalísima**.- Ya implica que la obligación de dar alimentos debe darse de acuerdo a las posibilidades de quien deba darlos, es decir, si se requiere del aumento automático de los alimentos a que se refiere el artículo 311 del C. C. "éste se hará en proporción al incremento que tenga el deudor en sus ingresos."⁸⁷

c) **Intransferible**.- "quiere decir que solo tiene derecho a exigir su cumplimiento aquella persona que se encuentra en la situación jurídica de pariente dentro del cuarto grado colateral, y de ascendiente o descendiente del deudor alimentista."⁸⁸ Esto es que el pago de los alimentos no es exigible por un tercero, a menos de que este lo haga en representación del deudor alimentista.

d) **Incompensable**.- la obligación de dar alimentos no puede ser compensada por ninguna causa ya que en caso de que esto suceda la necesidad de la persona seguirá existiendo.⁸⁹

⁸⁶ Art. 301 del C. C., México, 2005, p. 43.

⁸⁷ Art. 311 del C. C., México, 2005, p. 44.

⁸⁸ I. GALINDO GARFIAS.: op. cit. p. 465.

⁸⁹ *Ibidem*

e) **Intransigible**.- No puede ser objeto de transacción porque como vimos en la característica anterior la obligación continuara existiendo. Artículo 321 del C. C.⁹⁰

f) **Imprescriptible**.- Es decir la obligación de dar alimentos no se termina con el paso del tiempo, siempre y cuando subsistan las causas, por lo tanto si la obligación de dar alimentos es Imprescriptible también lo será el derecho del acreedor para exigirlos. Artículo 1160 del C. C.⁹¹

g) **Divisible**.- quiere decir que puede ser satisfecha por varios parientes, a la vez en proporción a sus haberes, si todos ellos están obligados a dar alimentos al acreedor.⁹² Artículo 312 y 313 del C. C.

h) **Preferente**.- es decir que la obligación alimentaria debe ser cumplida antes que cualquier otra deuda. Artículo 311 QUARTER del C. C.⁹³

i) **Periódica**.- esta característica de la obligación alimentaria es la que normalmente puede pagarse a través de una pensión por cierto tiempo al acreedor.⁹⁴ Art. 309 del C. C.

⁹⁰ Art. 321 del C. C., México, 2005, p. 46.

⁹¹ Art. 1160 del C. C., México, 2005, p. 137.

⁹² I. GALINDO GARFIAS.: op. cit. p. 465.

⁹³ Art. 311 QUARTER del C. C., México, 2005, p. 44

⁹⁴ Art. 309 del C. C., México, 2005, p. 44

j) **Garantizable**.- es una obligación que mediante hipoteca, fianza, prenda o depósito en cantidad bastante pueda asegurarse los alimentos. Artículo 317 del C. C.⁹⁵

1.3.3. Acreedores y Deudores Alimentarios.

El artículo 301 del C. C. dice que la obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez derecho de pedirlos. Esta relación jurídica se da entre parientes consanguíneos dentro de los límites fijados por el Código Civil que van en línea recta sin limitación aunque existe la prelación, los obligados son los primeros en grado y sucesivamente. En los colaterales la obligación recae hasta los que están en cuarto grado.

De esta manera los sujetos alimentarios son los deudores y acreedores alimentarios siendo los siguientes:

1. *Padres*.- El artículo 303 del C. C. señala que "los padres están obligados a dar alimentos a los hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae sobre los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado."⁹⁶

⁹⁵ Art. 317 del C. C., México, 2005, p. 45.

⁹⁶ Art. 303 del C. C., México, 2005, P. 43.

Esta obligación de los padres también se encuentra regulada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4º el cual señala: "que es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades."⁹⁷

2. *Hijos*.- El artículo 304 indica que: "los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos están los descendientes más próximos en grado."⁹⁸

3. *Colaterales*.- Artículo 305 a falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre o los que fueren solamente padre o madre.

Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.⁹⁹

4. *Cónyuges*.- Estos tienen obligación de proporcionarse alimentos. La ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Artículo 302 del C. C.¹⁰⁰

5. *Concubinos*.- Con anterioridad se le daba el beneficio del pago de alimentos solo a la concubina, alegando que era prácticamente madre soltera, abandonada, porque es más difícil para una mujer con hijos obtener un trabajo

⁹⁷ Art. 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; México 2005, p. 3

⁹⁸ Art. 304 del C. C., México, 2005, p. 43.

⁹⁹ Art. 305 del C. C., México, 2005, p. 43.

¹⁰⁰ Art. 302 del C. C., México, 2005, p. 43.

remunerado. Pero ahora ese beneficio e reciproco para ambos. Artículos 301 y 302 del C. C.¹⁰¹

6. *Adopción.*- El artículo 307 dice que "el adoptante y el adoptado tienen obligación de darse alimentos en los casos en los que la tiene el padre y los hijos."¹⁰²

1.3.4. Clasificación de la Obligación Alimentaria.

El Maestro Chávez Asencio, clasifica a la obligación alimentaria de la siguiente manera: provisional y ordinaria, aunque estos puedan modificarse según las circunstancias de los acreedores y deudores alimenticios

a. Provisional.- es aquella que se fijan a través de un conflicto o provisionalmente mientras el juicio termina.

Un acreedor que demanda alimentos puede solicitar al Juez, o este de oficio puede declarar al deudor que cumpla con la obligación de alimentos provisionalmente a reserva que estos sean modificados, dependiendo de las circunstancias del acreedor y deudor, y se determinara en la sentencia.

¹⁰¹ Art. 301 y 302 del C. C., México, 2005, p. 43.

¹⁰² Art. 307 del C. C., México, 2005, p. 43.

b. Ordinaria.- a su vez estos se dividen en:

1) *Ordinarios*.- Son aquellos gastos necesarios y permanentes que se deben cubrir a reserva que también estos sean modificados por las causas que ya antes mencionamos, por ejemplo, comida, vestido, etc.

2) *Extraordinarios*.- Son aquellos gastos también necesarios, pero que el deudor no paga periódicamente pero si debe tomar en cuenta y también esta obligado a cumplir con ellos, por ejemplo, los gastos de enfermedades, cirugías, etcétera, o cualquier gasto imprevisto.¹⁰³

1.3.5. Formas de Ministrar y Garantizar la Obligación Alimentaria.

La obligación alimenticia debería establecerse en el hogar y a través de los padres y entre los mismos cónyuges, pero esto no es así por circunstancias como el divorcio, la muerte, la nulidad del matrimonio, etc. por lo que nuestra legislación contempla formas para cumplir con esta obligación.

El artículo 309 del C. C. expresa que: El obligado a proporcionar alimentos cumple su obligación, asignando una pensión al acreedor alimentista integrándolo a la familia. En caso de conflicto para la integración, corresponde al juez de lo familiar fijar la manera de ministrar los alimentos, según las circunstancias.¹⁰⁴

Por lo que la obligación alimentaria se puede ministrar de la siguiente manera:

¹⁰³ M. CHÁVEZ ASECIO.: op. cit. p. 485

¹⁰⁴ Art. 309 del C. C., México, 2005, p. 44.

- a) *Pensión alimenticia*.- Esta debe ser pagada al acreedor y en efectivo, nunca en especie, ni tampoco se dará en otro lugar que no sea el indicado;
- b) *Incorporando al deudor en su hogar*.- Esto generalmente ocurre cuando se trata de menores o incapacitados, ya que implica un tanto de independencia. Se pueden dar varios casos por los que no se lleve a cabo esta forma que son:

1. Cuando el acreedor alimentario se rehuse a ser incorporado por razones sentimentales y humanas;
2. Cuando el acreedor alimentista sea el cónyuge divorciado, el deudor podrá pedir que no se incorpore al acreedor, o
3. Cuando existe impedimento legal por lo que el deudor y acreedor vivan juntos.¹⁰⁵

Podemos decir de manera general que si no existiere un acuerdo entre el deudor y acreedor de la forma de cumplir con esta obligación, la resolución corresponderá al Juez de lo familiar.

Por otro lado el aseguramiento o garantía de los alimentos de acuerdo con el artículo 315 del C. C. lo pueden pedir:

¹⁰⁵ Art. 303 y 310 del C. C., México, 2005, p. 44.

- I. El acreedor alimentario
- II. El que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor;
- III. El tutor;
- IV. Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado;
- V. La persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario ;y
- VI. El Ministerio Público.¹⁰⁶

El artículo 317 apunta que el aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza, deposito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del Juez.

El jurista Chávez Asencio, dice que “también podrían los alimentos garantizarse por medio de un embargo precautorio, y pueden solicitarse antes de iniciar la demanda de alimentos, o bien puede igualmente lograrse cuando se exija el cumplimiento de los mismos una vez determinados.”¹⁰⁷

1.3.6. Suspensión o Cese de la Obligación Alimentaria.

Entendemos por suspensión la paralización temporal del pago de la obligación alimentaria y el cese es dejar de hacer algo que se este haciendo; es decir, dejar de continuar con el pago de las obligaciones alimentarias. Nuestra legislación civil utiliza estos términos, a que nos hemos referido, de manera indistinta.

¹⁰⁶ Art. 315 del C. C., México, 2005, p. 45.

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 515 - 516

La obligación de prestar alimentos cesa, en cualquiera de los casos, cuando desaparezca alguna de las condiciones a que se sujeta su existencia.

El artículo 320 dice que se suspende o cesa, según el caso la obligación de dar alimentos por cualquiera de las siguientes causas:

- I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III. En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos;
- IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad;
- V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables; y
- VI. Las demás que señale el Código u otras leyes.¹⁰⁸

El Doctrinario Baqueiro Rojas, dice que "también existe una recuperación al derecho de los alimentos siempre y cuando la causa por la que haya cesado la obligación alimentaria, haya desaparecido."¹⁰⁹

Para concluir este capítulo podemos decir que los alimentos fueron antes que una obligación civil, una obligación natural y moral, por lo que el legislador al transformar el deber de alimentar, se fundó en los lazos naturales para exigirlos por la vía judicial.

Durante el desarrollo de este capítulo hemos visto a la familia desde sus inicios y el largo camino que ha recorrido, a través del tiempo; así mismo todo lo

¹⁰⁸ Art. 320 del C. C., México, 2005, p. 45.

¹⁰⁹ E. BAQUEIRO ROJAS.: op. cit. p. 32

que implica la familia como conjunto; es decir, el parentesco, la filiación y uno de los más importantes derechos que genera la misma familia que son los alimentos, por lo que consideramos que después de realizar este marco teórico podemos entrar al estudio especial de una muy importante institución del Derecho de Familia que es la *Patria Potestad*. Para tener un amplio panorama de la referida institución empezaremos nuestro próximo capítulo con los inicios de la misma.

CAPITULO II
EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

2.1. EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

2.1.2. Antecedentes Históricos de la Patria Potestad.

Como vimos en el capítulo anterior de esta investigación, las sociedades primitivas atravesaron un largo periodo de filiación uterina, en el cual la determinación del parentesco se hacía partiendo de la madre ya que ésta constituía el centro de la familia y por lo tanto era ella quien ejercía prioritariamente la patria potestad.

Sin embargo, a través de diferentes culturas en el mundo antiguo y a lo largo de los años, notamos la marcada necesidad de definir la filiación de los hijos con respecto al padre.

Por lo que podemos decir que la institución de la Patria Potestad ha sufrido muy diversas y variadas transformaciones; a este respecto el Dr. En derecho José María Castan Vázquez dice que “La historia de la patria potestad constituye un conjunto, un proceso de debilitación de la autoridad paternal, ya que concebía antiguamente un poder sobre los hijos”¹¹⁰ es decir, que en la actualidad la concepción de esta obligación rebasa la concepción antigua que prevalecía respecto de esta institución.

¹¹⁰ JOSÉ MARÍA CASTAN VÁZQUEZ., La Patria Potestad, p. 16.

Algunos tratadistas han explicado esta transformación a través de los mismos cambios políticos de los pueblos, puesto que en los pueblos primitivos la familia era la única sociedad y autoridad, descansando sobre los hombros del padre. En algunas grandes civilizaciones esta autoridad paternal debía ser compartida con el Estado.

En la antigüedad la patria potestad se instituyó como: "un robusto poder del padre. La condición de éste es a la par, en cierto modo, de monarca y de sacerdote. De ahí la obediencia y la veneración que le son debidas."¹¹¹

En este periodo el padre no es únicamente el hombre fuerte que protege y que al mismo tiempo posee la facultad de hacerse obedecer, sino también es el sacerdote, el heredero del hogar, el continuador de los abuelos, la raíz de los descendientes, el depositario de los misteriosos ritos del culto y de las fórmulas secretas de la plegaria. La idea del poder que el padre ejerce en la familia lo da la misma palabra Pater con que en diversas lenguas (Griego, Latín, Sánscrito) se le designa. Originariamente no se asociaba esta palabra la idea de paternidad, idea que se traducía en palabra genitor sino en la de poder y autoridad.¹¹²

¹¹¹ Ibid. p. 19.

¹¹² Cfr. FUSTEL DE COULANGES., *La Ciudad Antigua*, p. 58-69

2.1.2. Roma. Origen de la Patria Potestad.

2.1.2.1. La familia Romana.

En la antigua Roma las personas integrantes de la familia se dividían en dos clases: alieni juris y sui juris. Se llaman alieni juris las personas sometidas a la autoridad de otro, las personas libres de toda autoridad, dependiendo de ellas mismas se llaman sui juris.

En el Derecho Clásico hay cuatro poderes que son:

1. "La autoridad del señor sobre el esclavo,
2. La patria potestas, autoridad paternal,
3. La manus, autoridad del marido y aveces de un tercero, sobre La mujer casada, y
4. El mancipium, autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre."¹¹³

El hombre sui juris es llamado paterfamilias o jefe de familia, este titulo implicaba el derecho a tener un patrimonio y a ejercer, sobre otro, las cuatro clases de poderes.

La familia en Roma era el conjunto de personas sujetas a la potestad de un mismo jefe

¹¹³ EUGENE PETIT., Tratado Elemental de Derecho Romano, p. 95.

Era la típica domus romana integrada por los siguientes miembros:

- a) El paterfamilias,
- b) La esposa in manu,
- c) Los hijos de ambos sexos,
- d) Los nietos nacidos de sus hijos varones y descendientes de ulterior grado, pues la potestad paterna no terminaba por la mayoría de edad o matrimonio de los descendientes y sólo por causas específicas, reguladas por la ley.
- e) Las personas que hubiere adoptado
- f) Las esposas de sus hijos o descendientes de ulterior grado casadas.¹¹⁴

En Roma el vínculo familiar no se determinaba por los lazos de sangre existía el parentesco civil o “agnación” y el parentesco natural o “cognación”

“La agnación era el parentesco civil fundado y determinado por la potestad del paterfamilias, es decir que se consideraban parientes a los ojos de la ley a aquellos que están, que han estado hasta su muerte, o que han podido estar bajo la patria potestad del mismo autor en común, suponiéndole una duración indefinida.”¹¹⁵

“La cognación es el parentesco natural que se funda en lazos de sangre y que, en consecuencia, se establece entre personas que descienden de un mismo tronco común en línea recta y colateral.”¹¹⁶

¹¹⁴ RAÚL LEMUS GARCÍA., Derecho Romano. p. 95

¹¹⁵ *Ibid.* p. 96

¹¹⁶ *Ibidem.*

Ya que contamos con los elementos constitutivos de la familia romana podemos iniciar con nuestro estudio en lo que respecta a la patria potestad.

En la antigua Roma la Patria Potestad estaba conformada por un conjunto de personas que se mantenían ligadas, ya sea por lazos de parentesco consanguíneo o no, bajo la autoridad de un mismo jefe. En el Derecho Romano la Patria Potestad se conoció como un principio absoluto, despótico y vitalicio, es decir, perpetuo y se fundó la potestad del "pater familias"; por lo que, la principal característica de esta potestad es que la protección del hijo quedaba relegada a un segundo grado, ya que siempre estaba muy por encima del interés de la familia, la cual se organizó como agrupación monogámica, patriarcal, con relaciones conyugales, paterno-filiales y de parentesco colateral. Los miembros con parentesco natural y civil constituyen familias que a la par del sistema patriarcal eran duraderas y estables, facilitando así la transmisión hereditaria, consecuentemente tenían fuertes bases religiosas y económicas.

El poder paternal era ilimitado y cruel, convirtiendo al padre en soberano absoluto de la persona y bienes de sus hijos, disponía libremente de ellos, podía exponerlos, venderlos y aún matarlos sin incurrir en ninguna responsabilidad; sus determinaciones debían cumplirse estrictamente y no eran apelables ante nadie por ningún ciudadano "sui juris."

A los hijos no les estaba permitido hacer nada, sus actos se supeditaban a la previa autorización del padre; no podían adquirir bienes, todo lo que tenían o

poseyeran era para acrecentar el patrimonio del padre. "La autoridad concedida por la patria potestad, institución de derecho civil y por consiguiente aplicable exclusivamente a los ciudadanos romanos y a sus hijos, era perpetua, ni la edad ni el matrimonio del "alieni juris" o sea el hijo de familia, eran causas para que la extinguiera."¹¹⁷

2.1.2.2. Fuentes de la Patria Potestad.

Las fuentes de la Patria Potestad fueron:

1. La *Justae Nuptiae*
2. La legitimación
3. La adopción
4. La adrogatio

1.- La *Justae Nuptiae*, Principal fuente de la patria potestad, ya que surge con el nacimiento de los hijos de *Justae Nuptiae*, hay que señalar que precisamente uno de los efectos jurídicos del matrimonio romano es que los descendientes de dicha unión caen *Ipso iure* bajo el poder de su padre, lo que no sucedía con los hijos del concubinato, a los que se les consideraba naturales *liberi*, que estaban exentos de la patria potestad.

¹¹⁷ E. PETIT.: op. cit. p. 114

El padre de los hijos nacidos en *Justae Nuptiae*, que no haya intentado o no haya logrado comprobar la imposibilidad caen bajo su poder, pudiendo reclamar alimentos y el padre tiene, a su vez, el deber de proporcionarlos. Un efecto de este nacimiento de matrimonio es que los hijos tendrán que contar con el consentimiento de sus pater familias si quieren contraer nuevas nupcias. La sociedad romana tenía especial interés en la conservación de sus cualidades políticas y creencias religiosas, por lo que era necesaria la continuación de la familia siendo la finalidad primordial del matrimonio la procreación de hijos, y la "*Justae Nuptiae*" su mejor protección. La mujer una vez casada pasaba a formar parte de la familia del marido, quedando sometida a la potestad de quien la ejercía de ella, como una hija a su padre.

2.- La legitimación, Procedimiento que se utilizaba para que el paterfamilias adquiriera la Patria Potestad sobre los hijos que tuviera fuera de matrimonio. Para que pudiera verificarse este medio, el hijo debía dar su consentimiento; ya que éste tenía la calidad de Sui Iuris, además de que el patrimonio con el que contaba se confundiría con el de su padre. Si era demasiado joven con el sólo hecho de no contradecir la petición del paterfamilias de legitimarlo era considerado más que suficiente para que se pudiera realizar.

Algunos de los procedimientos para llevar a cabo la legitimación eran:

que el padre contrajese *Justae Nuptiae* con la madre de sus hijos para que operase este medio era indispensable que ambos tuviesen el *Connubium* (privilegio para contraer matrimonio justo, sin el que era imposible llevar a cabo su celebración); además era indispensable que los hijos no fueran producto de adulterio o incesto, e incluso si era fruto de una relación de personas con prohibiciones temporales (como es el caso del procónsul que es el gobernador de las provincias romanas, a quien le

esta vedado el casarse con una mujer nativa del territorio que gobierna), no es posible utilizar este procedimiento, ya que como salta a la vista, únicamente esta disponible para las personas que pueden contraer matrimonio entre ellas; la *Oblatio Curiae*, o como se llama en todos los textos, obligación de la Curia, que fue un medio creado por el emperador Teodosio II y ratificado por su colega oriental Valentiniano II en el año 412 d. c., quienes autorizaron a los padres que no tuviesen hijos legítimos a quien donar o instituir como herederos o legatarios, dejarlos a sus descendientes naturales con la aceptación de que aceptasen el cargo de *Decurión*, o en caso de contraer matrimonio con uno de estos funcionarios.

Pareciese un sistema muy benévolo, ya que no solamente era legitimado el hijo, sino que además se le daba trabajo; sin embargo el *Decurión* era un funcionario municipal encargado de recaudar impuestos, no siendo esto lo grave, sino que en caso de existir un faltante en la cuenta pública, eran ellos quienes deberían cubrir dicha carencia con su propio patrimonio. Posteriormente también se permitió que los legitimados por este medio sucedieran a su padre Abintestato.¹¹⁸

Una rescriptio del Príncipe Justiniano decidió que estando muerta la madre, ausente o casada con otro, el padre podía dirigirse al emperador para que legitimase a sus hijos naturales. Este medio solamente procedía si el padre no tenía hijos legítimos. También tenía esta autorización el padre para solicitar esta legitimación en su testamento, y los hijos, legalizados de esta manera, también se hacían sus herederos.

3.- La Adopción, es una institución del *Ius Civile*, que produce el efecto de que el paterfamilias adquiera la patria potestad sobre un *Filius-familiae* de otra persona, quien debe dar su consentimiento para que se verifique esto. De esta forma se hace caer bajo la autoridad del padre y se inserta a la familia a individuos que, por lo general, no tiene parentesco consanguíneo con el jefe de familia.

La adopción, muchas veces era necesaria e indispensable en Roma, ya que la familia sólo podía continuar por medio de los hijos varones, por lo que si había

¹¹⁸ *Ibid.* p. 121.

descendencia femenina, la familia corría el peligro de extinguirse y la adopción proporcionaba la solución para que esto no aconteciera.

Para que la adopción tuviere verificativo, en los primeros tiempos, era necesario que se vendiera al individuo por tres veces; en las dos primeras, el pater familia original, recuperaba la patria potestad, pero la Ley de las XII Tablas señalaban que si había una tercera venta, se perdía ésta y el adoptante demandaba al antiguo jefe de familia ante el Magistrado, para que se le otorgara la patria potestad, y como el demandado no oponía defensas se consideraba fundada la pretensión del actor.

Esta forma de adopción se puede catalogar como bifásica, ya que primero deben verificarse las tres ventas y después llevar a cabo el procedimiento correspondiente ante el magistrado. El derecho Justiniano simplifica esta situación, ya que con la sola declaración ante el Magistrado de ambos paterfamilias de querer realizar la adopción y estar de acuerdo con ella basta que tenga verificativo.

4.- La Adrogación, es una figura que permite que el pater familias adquiriera la patria potestad sobre otros sui juris, la adrogación tiene en el fondo los mismos requisitos que la adopción, pero su procedimiento tiene más formalismos; también podía ser que la adrogación se diera por motivos ilícitos, ya que el patrimonio del adrogado pasaba a la del adrogante; por todo ello para que se verificara esta

figura era necesaria la aprobación de los comicios curiados, además de la intervención de los sacerdotes.

Para algunos autores dentro de las partes constitutivas el poder del paterfamilias se encontraba en la adrogación en la cual un paterfamilias se sujeta a la patria potestas de otro jefe o paterfamilias. El adrogado atrae a la familia del adrogante y su patrimonio. No podían ser adrogadas las mujeres ni los impúberes. Antonio Pio permitió la adrogación de impúberes y el Derecho *Justiniano* la adrogación de las mujeres. "La adrogación a partir de esta época perdió su función original y se realizó para crear un vínculo ficticio de parentela y permitir tener derechos sucesorios."¹¹⁹

Debido a que la adrogación implica la desaparición no solo de una familia, de un patrimonio, sino también de un culto y tiene por lo tanto implicaciones del orden público; su realización tomaba el carácter de un acto legislativo y debía solicitarse a través de una *rogatio*.

Los efectos de la adrogación son: que el adrogado entrara bajo la patria potestad del adrogante; los descendientes del adrogado, así como su esposa, si el matrimonio fue *Cum Manu*, corren su misma suerte; el adrogado entra como participante del culto privado del adrogante; también el adrogado cambia de nombre, tomando el de la familia del adrogante. Cabe señalar que el adrogado

¹¹⁹ SARA BIALOSTOSKY., *Panorama del Derecho Romano*. p. 65.

sufre una *Capitis Deminutio Mínima*, ya que pierde el *Status Familiae*, por lo que deja de ser una persona libre.

Los modos de extinción de la patria potestad fueron por acontecimientos fortuitos y por actos solemnes, dependiendo de la voluntad del paterfamilias; dichos acontecimientos fortuitos son la muerte del pater, su reducción al estado de esclavitud y la pérdida de la ciudadanía; de ocurrir cualquiera de las anteriores circunstancias los sometidos a su poder adquieren la calidad de sui juris, sin perder sus derecho de agnación.

En estos casos cabe señalar que si el paterfamilias tenía bajo su autoridad a su hijo y a su nieto, sólo el primero deja de ser *Filiusfamiliae*, debido a que el segundo caerá bajo la potestad de su padre. También la muerte del Alieni juris, su caída en la servidumbre y la pérdida de la ciudadanía, provocaban que se extinga la *patria potestas*.

Del mismo modo si el hijo era elevado a ciertas dignidades, como es el hecho de ser nombrado sacerdote de Júpiter, o en el caso de las mujer vestal escapaban del poder paterno estas medidas previstas del Derecho Antiguo. Bajo Justiniano se acaban estas mismas circunstancias cuando algún hijo de familia era designado patricio, obispo, cónsul, prefecto, pretorio o cuestor del palacio, aunque seguían conservando sus derechos de agnación.

Los actos solemnes son la entrega en adopción y emancipación. Ya hemos señalado que en la época clásica la adopción rompe con la autoridad del padre natural; sin embargo, ésta se anotó, bajo Justiniano, como hecho que sólo ocurre con la adopción plena, por lo que nos referimos únicamente a la emancipación; La emancipación es un acto solemne mediante el cual el paterfamilias hace salir a su hijo de su patria potestas, haciéndole sui juris. En su origen, el jefe de familia que estaba investido de la autoridad paterna tenía el poder de su domus a cualquiera que estuviese sujeto a él, lo que hacía generalmente para castigarlo como culpable de la comisión de un crimen o de resistencia hacia su persona.

Pero de esta situación no derivaba efecto jurídico alguno ya que el padre estaba facultado para romper la potestad paterna por su propia voluntad y por tanto, el derecho no le ofrecía manera alguna para alcanzar este propósito. 'La Ley de las XII Tablas' que establecían que se rompía el vínculo paterno si el hijo era mancipado tres veces, vino a dar la solución a este problema.¹²⁰

2.1.3. Pueblos Antiguos.

Dentro de la historia de los diferentes pueblos es importante resaltar la importancia de la institución de la patria potestad en el Derecho Francés, Español y Alemán.

a) **Francia:** Debemos decir que en las regiones de Francia donde regía el derecho escrito, se aceptó en casi todos sus lineamientos la patria

¹²⁰ R. LEMUS GARCÍA.: op. cit. p. 107

potestad, tal y como fue conocida en Roma, pero había ciertas diferencias, “ya que únicamente la patria potestad existía hasta que se cumpliera la mayoría de edad y también se podía obligar a los padres a emancipar al hijo, cuando estos lo trataran con crueldad, le negasen alimento al menor o lo indujesen al mal”.¹²¹

b) **España:** El Fuero Juzgo mantenía pocas disposiciones sobre la materia e hizo una gran reforma a la institución, puesto que consiguió el ejercicio de esta potestad a la madre, en caso de que el padre falleciera, facultad que correspondía a la madre hasta que los hijos cumplieran 15 años; siempre y cuando ella quisiera y no contrajera segundas nupcias; hay que hacer notar que el ejercicio era potestativo para la madre ya que la ley no obligaba a hacerlo.

Por impedimento o negativa de la madre, la patria potestad pasaba al hijo mayor cuya edad fluctuaba entre los 20 y 30 años. En su defecto al tío del menor o al hijo de aquél, y en supuesto de que ninguno de los mencionados se encontrara capacitado para ejercitar tal derecho el juez lo otorgaría a cualquier otra persona, ya sea pariente o extraño.¹²²

Así mismo el Fuero Real, el Fuero Viejo, los Fueros de Cuenca y Plasencia siguieron el mismo sistema del Fuero Juzgo, respecto a la patria potestad; posteriormente se operó un cambio radical en esta materia al adoptar las leyes

¹²¹ H. COLIN Y A. CAPITANT Derecho Civil, p. 19

¹²² Cfr. AGUSTÍN VERDUGO., Principios de Derecho Civil Mexicano, p. 17-18

de las siete partidas, la legislación romana con todas sus reformas realizadas por los emperadores cristianos hasta la época de Justiniano.

En este ordenamiento, "la autoridad de la patria potestad, se confirió al padre, así como el derecho de corrección y guarda; con exclusión de la madre y de cualquier otro pariente de ésta, tomando el carácter de vitalicia, con relación a todos los descendientes, siempre y cuando fueran legítimos."¹²³

El castigamiento dice una ley de las Siete Partidas, "Debe hacerse con mesura y con piedad; y otra expresa que el padre tiene derecho a demandar un juicio y tomar a su poder al hijo que viere vagando por la tierra no queriendo obedecerle."¹²⁴ Además se separan las disposiciones de las siete partidas, de las precedentes, en lo que atañe al ejercicio de la patria potestad, por parte de la madre, negándosele rotundamente, siendo exclusivo derecho del padre, limitándola a los hijos legítimos que son de casamiento, pues ni los naturales, ni los incestuosos son dignos de ser llamados hijos, por lo que son engendrados con gran pecado.

Al igual que en el Derecho Romano, las tres fuentes de adquisición de derechos de la patria potestad fueron: el matrimonio, la legitimación y la adopción, tomando con reserva la legitimación en consideración a que los hijos naturales, se estimaban como ya se señaló anteriormente, engendrados en pecado.

¹²³ V: ROMERO Y A: GIRON., Instituciones Jurídicas, Políticas y Sociales Españolas. p. 333.

¹²⁴ Ibid. p. 332

La Patria Potestad se perdía por:

Muerte natural, destierro perpetuo; dignidad del hijo; emancipación; castigos crueles impuestos al hijo por el padre; prostitución de las hijas; por posesión de lo que fue entregado al padre bajo condición de emancipar al hijo; malversación de los caudales pertenecientes al hijo y según una de las Leyes de Toro porque el hijo o hija que fuese casado y velado.¹²⁵

c) **Alemania:** La patria potestad adquirió el nombre de "Mud Mondio" que etimológicamente significa (mano). En un sentido amplio, entre los germanos, el "Mud Mondio" venía a representar los múltiples y diversos aspectos de la autoridad; desde la familia real y militar. Este concepto se modificó notablemente desde la caída del Imperio Romano de Occidente, pero prevaleciendo las ideas germánicas, por ejemplo la de la libertad individual, por la que no se aceptaba que un persona estuviese indefinidamente a la autoridad paterna. Estas aseveraciones fueron también apoyadas por el cristianismo, que vino a modificar noblemente la vida del hombre y a liberarlo de la sujeción completa a la que estaba sometido.

"A los germanos se debe que la patria potestad del padre tenga otro concepto; la existencia de la institución la justificaron no por ser benéfica al padre, sino por ser la base del espíritu de protección a los débiles."¹²⁶ La madre no ejercía la patria potestad por falta de habilidad la mujer para la guerra, pero se le permitía ejercerla a la muerte del padre.

¹²⁵ A. VERDUGO.: op. cit. p. 19.

¹²⁶ *Ibid.* p. 20.

Ahora bien, como podemos observar, se empieza a generalizar la idea de que la mujer está facultada para ejercitar la patria potestad, quedando en segundo término el principio de derecho romano, que establecía al hombre como el único que podía ejercer ese derecho.

Finalmente por lo que respecta al Derecho Germano, la patria potestad se extinguía de la siguiente manera: por la muerte del padre, en el matrimonio de los hijos, la emancipación del hijo, la cual ocurría cuando llegaba el desarrollo físico necesario para servir en el ejército, lo que se verificaba mediante la entrega del hijo en la asamblea pública, para el servicio de las armas, y cuando el hijo adquiría independencia económica ya no necesitaba de los cuidados de la madre, ni de la protección del padre.

2.1.4. Derecho Mexicano.

En el Derecho Mexicano la institución de la patria potestad toma su origen en otras legislaciones y la nuestra solamente la recoge, la modifica y adapta a nuestro medio y a nuestras costumbres.

En la legislación civil mexicana como en la española, la patria potestad ha sido y es una institución matizada por influjo moral, como se aprecia en el contenido de las diferentes legislaciones desde el Código Civil de 1870, como el

de 1884, la propia Ley de relaciones familiares estuvo vigente de 1917 a 1932. En consecuencia vamos a iniciar con el estudio del Código Civil de 1870 en relación a la presente investigación.

2.1.4.1 Código Civil de 1870.

Siguiendo con nuestras costumbres y el desarrollo de la investigación familiar mexicana, el legislador de 1870 dispuso que mientras el hijo estuviere bajo la patria potestad no podría dejar la casa del que ejerce sin permiso de éste o decreto de autoridad pública competente; pensamos que esta disposición tuvo como finalidad el lograr la cohesión familiar y el control, en su forma más completa, en el desarrollo de los menores; pues además, al potestante se le creó la obligación de educar al hijo que tuviere bajo su patria potestad en una forma conveniente, esto quiere decir, que la conveniencia estribaba en orientar y proporcionar al menor los medios morales y económicos para que pudiera desenvolverse en sociedad.

En igual forma se otorgó al padre la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente, como lo dice el numeral 396, que al parecer se encuentra complementado con los artículos 397 y 398 que establece: “en defecto del padre, el ascendiente a quien corresponda la patria potestad, ejercerá la

facultad de corregir y castigar.”¹²⁷ “Cuando por cualquier medio no sea posible o se imposibilite al potestante a hacer uso de esta facultad, las autoridades auxiliaran a los padres que ejerzan dicha facultad y siempre y cuando sean requeridos para ello.”¹²⁸

El artículo 397 consideramos que es limitativo, pues en su texto dice: “Las autoridades auxiliaran a los padres en el ejercicio de esta facultad de una manera prudente y moderada, cuando sean requeridas para ello.”¹²⁹ Como se desprende del mismo artículo se otorga el derecho de acudir en demanda de auxilio con las autoridades, para ejercer la autoridad de corregir y castigar a los demás ascendientes o, en su caso, a quien se encuentre ejerciendo la patria potestad sin limitarlo exclusivamente a los padres.

La forma de **perder** el ejercicio de la patria potestad se reducía a dos supuestos en este código, que son:

- a) Cuando el que la ejerce, es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho.
- b) En los casos señalados por el artículo 267 y 268 del mismo ordenamiento, que se refiere a los casos de divorcio que adelante comentaremos.¹³⁰

¹²⁷ Art. 397 del Código Civil., México, 1870, p. 229.

¹²⁸ Art. 398 del C. C., México, 1870, p. 229.

¹²⁹ Art. 397 del C. C., México, 1870, p. 229.

¹³⁰ Art. 416 del C. C., México, 1870, p. 230.

Antes de continuar, debemos decir que nuestra legislación mexicana utiliza en los diferentes casos los términos acabar, perder, privar, suspender, renunciar y recobrar, por lo que se crea a nuestro criterio en algunas ocasiones cierta confusión, como lo veremos en el artículo 471 del ordenamiento que analizamos y que dice: "Los tribunales pueden privar la patria potestad que la ejerce o modificar su ejercicio si se trata a los que están con ella, con excesiva severidad, no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptores."¹³¹ En este artículo se habla de un privación, por lo que se confunde o con una suspensión o con la pérdida, pues dentro de la confusión del artículo habla de la modificación del ejercicio de la patria potestad, lo que hace pensar que si se priva de la patria potestad y/o modifica su ejercicio, entonces se trata de una suspensión temporal; en cambio, de la lectura del artículo que estamos analizando, en su parte subsiguiente, se desprende una pérdida del ejercicio de la patria potestad, por las causas que en el mismo se señalan. Insistimos que el término de privar da lugar a cierta confusión en la forma en que la acabamos de exponer.

En el artículo 418 del Código en cita nos encontramos con la disposición que prevé la suspensión de la patria potestad y nos señala las causas:

a) *Por la Incapacidad, Declarada Judicialmente en los casos 2º. Y 3º. Del artículo 431* ("artículo 431: Tienen capacidad natural y legal: II.- los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo, imbecilidad, aún cuando

¹³¹ Art. 417 del C. C., México, 1870, p. 230.

tengan intervalos lucidos. III.- Los sordomudos que no sepan leer y escribir¹³²) En este caso no se especifica qué clase de suspensión se va aplicar concretamente, pues en el supuesto de la fracción II del artículo 431, puede suceder que desaparezca la incapacidad y, entonces, es obvio que opere la recuperación del ejercicio de la patria potestad, motivo por el cual opinamos que hubo una omisión legislativa, pues no se especificó si se trataría de una suspensión temporal parcial, es decir, sobre algunas facultades de la patria potestad, o de una suspensión definitiva que equivaldría a la pérdida o terminación del ejercicio de la patria potestad en forma definitiva, lo que equivale a una pérdida del ejercicio de la patria potestad, y con sobrada razón, pues en dicho supuesto se trata de personas que no llenarían el cometido con la diligencia y atingencia que se requiere el ejercicio de la patria potestad.

b) *En el caso 1º. Del artículo 432 en cuanto a la administración de los bienes.* (“artículo 432.- Tienen capacidad legal: I. Los pródigos declarados conforme a las leyes. II. Los menores de edad legalmente emancipados, para negocios judiciales¹³³) esta percepción legislativa es eminentemente proteccionista – económica, pues se trata de no darles injerencia en la administración de bienes de los menores que se encuentren sujetos a la patria potestad, a personas que por su incapacidad, negligencia o falta de tino, no han sabido elevar en forma normal su vida y que en esa virtud se les ha declarado pródigos y consecuentemente ineptos

¹³² Art. 431 del C. C., México, 1870, p. 231.

¹³³ Art. 432 del C. C., México, 1870, p. 231.

para manejar los bienes de otra persona, pues si lo hicieren sería en perjuicio de la propiedad ajena.

c) *Por Ausencia Declarada en Forma*: Esto es explicable a todas luces, pues si la persona que es la indicada o la designada legalmente para que ejerza la patria potestad no lo hace de hecho, porque se ha ausentado y posiblemente hasta abandonado al menor del que es responsable legalmente, lógico es también que de derecho se le suspenda en el ejercicio de la patria potestad; lo que el legislador omitió en nuestra opinión fue señalar qué clase de suspensión se aplicara a este caso, pues puede ser que el ausente regrese y en tal virtud trate de ejercitar la patria potestad del menor, si aun estuviese sujeto a ella y en dicho supuesto, nos encontraríamos frente a un caso de recuperación de la patria potestad.

d) *Por Sentencia Condenatoria que Imponga como Pena esta Suspensión*: Se vuelve a incurrir en el mismo error u omisión de no señalar que clase de suspensión se va a aplicar a no ser que en la misma sentencia se decrete.

Cuando los padres han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad por demencia, "tiene derecho a conservar el usufructo de los bienes del menor."¹³⁴ Esta disposición que se encuentra en el artículo 419 lleva implícita por una parte, una suspensión parcial en las facultades de la patria potestad, ya que le concede el derecho al usufructo de los bienes del hijo menor que se encuentra bajo la patria potestad y por otra parte, debe entenderse que se queda abierta la acción

¹³⁴ Art. 419 del C. C., México, 1870, p. 230.

para demandar la recuperación de las facultades que le fueron suspendidas, una vez que desaparezca la incapacidad por la que fue decretada la suspensión.

“El padre tiene la facultad de nombrar en su testamento a la madre y las abuelas y en su caso, uno o más consultores cuyo dictamen hayan de oír, para los actos que aquél determine expresamente.”¹³⁵ Sin embargo esta facultad le es negada “al padre que al tiempo de morir se hallare en el ejercicio de la patria potestad,”¹³⁶ aunque el nombramiento se haya hecho en el testamento anterior a la suspensión del derecho de ejercer la patria potestad, pero cuando el derecho de ejercer la patria potestad, pero cuando la suspensión se funde en ausencia o locura, valdrá el nombramiento, si se hizo, anterior a la declaración de ausencia o a la enajenación mental.

El artículo 423 del Código en cita nos señala otra causa de privación del ejercicio de la patria potestad, al decirnos que: “la madre o abuela que dejará de oír el dictamen del consultor o consultores, podrá ser privada, en un juicio contradictorio, con audiencia del ministerio publico de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos a instancia de aquéllos, pero el acto ejercido no se anulará por este sólo motivo.”¹³⁷ Nos volvemos a encontrar, en este precepto, con la falta de precisión respecto a la sanción, ya que en los términos referidos no se trata de una privación que puede ser temporal, sino de la pérdida de la patria potestad. Ahora bien, debe considerarse primeramente la causa generadora

¹³⁵ Art. 420 del C. C., México, 1870, p. 230.

¹³⁶ Art. 421 del C. C., México, 1870, p. 230.

¹³⁷ Art. 423 del C. C., México, 1870, p. 230.

de la sanción, y sólo se debió decretar ésta si dicha causa es de tal modo grave que repercuta y afecte a la persona y bienes del potestado; en este caso si sería procedente la privación de la patria potestad que como se ha comentado no sería tal, sino más bien una pérdida.

Los artículos 426 y 427 no señalan los casos de la "pérdida de la patria potestad" y al efecto nos dice el primero: "la madre o abuela viuda que da a luz a un hijo ilegítimo pierde los derechos que le concede el artículo 392."¹³⁸ Esto debe entenderse como: solamente operará cuando la madre o abuela se encuentren en pleno ejercicio de la patria potestad. El otro artículo nos dice: "la madre o abuela que pase a segundas nupcias, pierde la patria potestad. Si no hubiere persona en quien recaiga se proveerá a la tutela conforme a la ley."¹³⁹ En el presente caso al igual que el anterior solamente opera la pérdida cuando la madre o abuela hayan entrado en ejercicio de la patria potestad.

Otras formas que nos señala el Código de 1870 para la pérdida de la patria potestad se encuentran en los artículos 268 y 271 que respectivamente nos dicen: "Ejecutoriado el divorcio quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otros ascendiente en quien recaiga la patria potestad se proveerá a los hijos del tutor conforme a los artículos 546, 547, 555 y 556 en su respectivo caso."¹⁴⁰ El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de

¹³⁸ Art. 426 del C. C., México, 1870, p. 230.

¹³⁹ Art. 427 del C. C., México, 1870, p. 230.

¹⁴⁰ Art. 268 del C. C., México, 1870, p. 220.

su hijo, mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrara, muerto éste, si el divorcio no se ha declarado por las causas 3ª, 5ª y 6ª señaladas en el artículo 240.

Lo anterior es muy claro; ya que se trata, como varias veces hemos dicho, de la protección del menor, consecuentemente se le debe declarar perdido todo derecho a ejercer la patria potestad al cónyuge que ha sido condenado culpable en sentencia de divorcio.

En los casos de divorcio, el cónyuge culpable puede recuperar la patria potestad, si la causal de divorcio y la sentencia que se dictó fueron con motivo de la incitación o violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; el abandonado sin justa causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años y la sevicia del marido con su mujer o de ésta con aquél, pero siempre y cuando el cónyuge inocente que esté en ejercicio de la patria potestad muera. "Sin embargo aunque el padre y la madre pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, según nos dice el artículo 270,"¹⁴¹ De esto se desprende que no pierden por completo el ejercicio de la patria potestad, sino que únicamente pierden los derechos que tienen al ejercer esta institución más no las obligaciones que acarrea la misma.

¹⁴¹ Art. 270 del C. C., México, 1870, p. 220.

Con lo anterior queda analizado el Código civil de 1870 y enseguida continuaremos analizando la legislación de 1884 que nos rigió hasta que entró en vigor nuestra legislación civil actual, 1928.

2.1.4.2. Código Civil de 1884.

En el presente apartado analizaremos las disposiciones que se contiene en el Código Civil del Distrito Federal y de Baja California que entró en vigor el 31 de marzo de 1884.

En general todas las disposiciones que se encuentran contenidas en el Capítulo I del Título Octavo de este Código son iguales a las especificadas en los mismos Capítulo y Título del Código de 1870, por lo que no abundaremos en repetir dichas disposiciones.

Por ende el ordenamiento legal que comentamos y en cuanto a las modificaciones que tuvo fueron: de los bienes y mínimas modificaciones y adiciones que no tiene caso mencionar, por no ser de fondo para el objeto de estudio.

En el Código de 1884 aumentan las causales de divorcio y entre ellas las que originan la pérdida de la patria potestad para el cónyuge que resulte culpable

en la sentencia y el cual solamente podrá **recuperar la patria potestad** a la muerte del cónyuge inocente. Dichas causas de divorcio son: la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro, y la infracción de las capitulaciones matrimoniales.

En el artículo 399 del mismo ordenamiento encontramos una variación en la redacción del artículo correspondiente al Código de 1870, pues la nueva redacción dice que: "la madre o abuela viuda que vive en mancebía o da a luz a un hijo ilegítimo, pierde los derechos para ejercer la patria potestad."¹⁴² De la lectura de este artículo se desprende otra causal de la pérdida de la patria potestad.

Otra modificación que se encuentra en este código es la supresión que se hace a la disposición del código de 1870 que enunciaba la forma de **recuperar la Patria Potestad** por parte de la madre o abuela que enviudaron en segundas nupcias ya que a dicho artículo se le suprime la parte final que tenía que decía: salvo lo dispuesto respecto de bienes sujetos a reservas.

En el mismo ordenamiento legal y en el artículo 396 se habla de una privación de toda la autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos, "a la madre o abuela que dejare de oír el dictamen de consultor o consultores."¹⁴³ Se vuelve a caer en esta disposición en el mismo error que padecen la mayoría de los

¹⁴² Art. 399 del Código Civil, México, 1884, p. 346.

¹⁴³ Art. 396 del C. C., México, 1884, p. 346.

ordenamientos que se ocupan de la privación de la patria potestad; ya que nos encontraríamos frente a una pérdida de la patria potestad, y no una privación. Por otra parte la imprecisión de este artículo deja a la madre y a la abuela incapacitadas para ejercitar la acción de recuperación de la patria potestad, cuando purgaran la falta de desobediencia al consultor o consultores que se les hubieren designado.

Con lo anterior damos por concluido el estudio y análisis de los Códigos Civiles de 1870 y 1884; Enseguida nos referiremos a la ley sobre relaciones familiares que tuvo vigencia de 1917 a 1932 y que reguló el matrimonio, las sociedades conyugales, la tutela, la adopción y muy especialmente la patria potestad, entre otras.

2.1.4.3. La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

Antes de anotar las diferencias que encontramos en este ordenamiento con relación a los anteriores, transcribimos de su exposición de motivos uno de los considerandos por la comisión redactora y que tomó en cuenta para la promulgación del capítulo referente a la patria potestad:

En cuanto a la patria potestad no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce, y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se ha creído conveniente que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre, y en defecto de estos por el abuelo y la abuela, pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer, que por lo que respecta a los bienes del hijo, se ha creído oportuno suprimir la clasificación establecida por el Código Civil, lo cual no es sino reminiscencia de los

peculios que establecía el Derecho Romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre, por todo lo cual se a creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo con los ascendientes que ejerzan la patria potestad, quienes en cualquier caso disfrutarán como remuneración de sus trabajos la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que será divisible entre ambos ascendientes.¹⁴⁴

De esta exposición se desprende que en algunas disposiciones que vamos a examinar representaron verdaderas innovaciones, en lo relativo a la patria potestad.

Ahora bien, las causas de la pérdida de la patria potestad las señala el artículo 260 de la Ley de Relaciones Familiares que dice: "La patria potestad se pierde cuando a alguna pena que importe la pérdida de este derecho, y en los casos señalados por los artículos 94 y 99,"¹⁴⁵ que a su vez indican que, ejecutoriado el divorcio quedarán los hijos o se pondrán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fueren y no hubiese ascendientes a quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor, conforme a la ley. El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se que hubiere dado o prometido por su consorte, o por otra persona en consideración a este, el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

En realidad el único artículo que nos habla de la pérdida de la patria potestad es el artículo 94, indica las dos formas de pérdida, cuando solamente es culpable un cónyuge o cuando ambos son culpables, en cuyo caso ambos se hacen acreedores a la pérdida de la patria potestad y el Juez les nombra un tutor.

¹⁴⁴ Ley Sobre Relaciones Familiares, México, 1917. p. 9-10.

¹⁴⁵ Art. 260 de la L. S. R. F., México, 1917, p. 54.

El otro artículo, o sea el 99, sólo contempla situaciones anteriores al matrimonio, por lo que se considera que no debería figurar en el artículo 260.¹⁴⁶

Otras dos causas de la pérdida de la patria potestad se encuentran en los artículos 266 y 267 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, que mencionaban que: "La madre o abuela viuda que ejerza la patria potestad perderá el derecho a ella si vive en mancebía o da a luz a un hijo ilegítimo antes de que recaiga en ella ese derecho."¹⁴⁷ "La madre o abuela que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad, si no hubiere persona en quien recaiga se proveerá la tutela conforme a la Ley."¹⁴⁸

El primero de los dos preceptos transcritos, presenta dos aspectos de la pérdida de la patria potestad, uno que se refiere a la pérdida de la patria potestad sobre los menores cuando lo estén ejerciendo la madre o abuela y vivan en mancebía y el otro es el referente a la patria potestad que va a ejercer la madre o abuela que dan a luz un hijo ilegítimo.

El único caso que nos señala esta legislación y que estamos estudiando es el de **recuperación de la patria potestad** que se encuentra previsto en el artículo 269 que dice: "La madre o abuela que volviese a enviudar recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias."¹⁴⁹ Adviértase que en esta

¹⁴⁶ Cfr. Art. 94 y 99 de la L. S. R. F., México, 1917, p. 30-31

¹⁴⁷ Art. 266 de la L. S. R. F., México, 1917, p. 55.

¹⁴⁸ Art. 267 de la L. S. R. F., México, 1917, p. 55

¹⁴⁹ Art. 269 de la L. S. R. F., México, 1917, p. 55

legislación, como en las anteriores, se le sigue dando preferencia al varón; ya que, en las causas de pérdida de la patria potestad, solamente se refiere a la madre o abuela que pierden la patria potestad por haber contraído segundas nupcias, pero este supuesto, puede presentarse en el hombre, y nuestras leyes civiles, no sancionan el varón que después de haber enviudado contraiga segundas nupcias y que por ese motivo se haga acreedor a perder la patria potestad.

Finalmente nos abocaremos a estudiar el Código Civil actual de 1928.

2.1.4.4. El Código Civil Vigente de 1928.

A partir de que entró en vigor el Código Civil vigente el primero de octubre de 1932, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el primero de septiembre del mismo año, debemos decir que ha tenido muchas reformas las cuales tienen una superación palpable con mucha influencia de la legislación española, que se funda en la moral y buenas costumbres.

En el Código Civil vigente mexicano, la patria potestad puede perderse, suspenderse, limitarse, o excusarse según lo disponen los artículos 443, 444, 444BIS, 448 en sus diversas fracciones.

Nos percatamos que el Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, ha sufrido diversas modificaciones en las causas que ocasionan la pérdida de la patria potestad, las últimas reformas están señaladas en el Diario Oficial del día 29 de mayo de 2000, así como las publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, del 25 de mayo del mismo año; así mismo las reformas del 28 de abril de 2004 y las del 06 de septiembre de 2004 mismas que serán objeto de estudio en el tercer y cuarto capítulo del presente trabajo, dada la importancia de las consecuencias jurídicas de la pérdida de la patria potestad.

CAPITULO III
ANÁLISIS TEÓRICO DE LA PATRIA
POTESTAD.

3.1. ANÁLISIS TEORICO DE LA PATRIA POTESTAD.

3.1.1. Concepto de Patria Potestad.

La patria potestad viene del latín "patrius," lo relativo al padre y "potestas," potestad. Entonces podemos definir a la patria potestad como un conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus numerosas obligaciones a cargo del padre y de la madre tales como: la educación, alimentación, cariño, amor, respeto y apoyo moral y sobre todo la información integral para los hijos.

Baqueiro dice que la patria potestad es "el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para administrar sus bienes y los representen en tal periodo."¹⁵⁰ Esto es que la patria potestad se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio para cumplir los deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes.

¹⁵⁰ E. BAQUEIRO ROJAS.:op. cit. p. 486

El Licenciado Manuel Chávez Asencio, dice que debe entenderse por patria potestad "el conjunto de deberes obligaciones y derechos que la ley concede a quienes la ejercen (padres y abuelos) en orden a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes. El interés primordial es la asistencia y cuidado de los hijos."¹⁵¹

Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, nos indican que:

La patria potestad el conjunto de derechos de los padres respecto de las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados, para su protección y formación integral desde la concepción de estos. Los hijos menores están bajo la autoridad y cuidados de sus padres quienes tienen a su cargo cuidarlos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no solo con los bienes de los hijos sino con los suyos propios.¹⁵²

Como podemos ver en todas las definiciones se habla de derechos y obligaciones que ejercen los padres o uno de ellos, sin mencionar la finalidad de la institución.

3.1.1.1. Valoración Terminológica.

Al realizar la investigación del presente trabajo encontramos que existen algunos juristas que no están de acuerdo con el término "patria potestad", ya que

¹⁵¹ MANUEL CHÁVEZ ASENCIO., La Familia en el Derecho. p. 300.

¹⁵² GUSTAVO A. BOSSERT Y EDUARDO A. ZANNONI., Manual de Derecho de Familia. p. 523 -524

como indica el Dr. Castan Vázquez "hace tiempo que el nombre de la institución – patria potestad- no responde ya al contenido de la misma."¹⁵³

El Licenciado Julio López del Carril dice: "la terminología de patria potestad", no ha sufrido variación alguna hasta el presente jurídico, ya que en todo el derecho comparado se la acepta, pues su valoración jurídica actual comprende tanto el poder del padre como de la madre."¹⁵⁴

En el mismo sentido el licenciado Rafael de Pina, apunta que:

En la actualidad la denominación de patria potestad aplicada al conjunto de deberes y derechos propios de quienes la ejercen, es realmente inadecuada, pues dicha designación tomada del derecho romano, ha perdido en nuestro tiempo su significación original. Por ello se ha propuesto cambiar esta denominación por la de autoridad paternal.¹⁵⁵

Los intentos para darle otras denominaciones a la patria potestad se han hecho desde hace tiempo, como por ejemplo: En el Código Civil Napoleónico se habló de sustituir las palabras "patria potestad" por las de "autoridad de los padres y de las madres", sin embargo continuó la antigua denominación. En el Código de Familia Ruso de 1918 se cambió el nombre de patria potestad por el de "derechos y deberes respectivos de los hijos y de los padres."¹⁵⁶

¹⁵³ J. M. CASTÁN VÁZQUEZ: op. cit. p. 5

¹⁵⁴ JULIO J. LÓPEZ DEL CARRIL., Derecho de Familia. Buenos Aires (Argentina), 1996. p. 328.

¹⁵⁵ RAFAEL DE PINA., Derecho Civil Mexicano, México, 1998, p.376

¹⁵⁶ JULIO J. LÓPEZ DEL CARRIL.: op. cit. P. 330

3.1.2. Finalidad de la Institución.

Es importante destacar que existen definiciones de la patria potestad que omiten toda consideración sobre la finalidad de la institución, como nuestro propio Código Civil vigente para el Distrito Federal, no señala en un artículo expreso todas las finalidades que encierra la figura de la patria potestad. Concordamos que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos y su finalidad es la protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Es decir, es una institución de asistencia y representación de los menores de edad, ejercida por los progenitores o abuelos y cuya finalidad es la representación del menor, guarda, asistencia, educación, ejemplaridad, administración de los bienes, mitad del usufructo y el domicilio legal.

Dentro de la definición de patria potestad el Doctor en Derecho Magallón Ibarra señala que:

Se dispone que los que tienen hijos bajo su potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente, agregando la facultad de corregir y castigar en forma templada y mesuradamente, se agrega que quien este sujeto a ella no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejercen aquel derecho.¹⁵⁷

Al respecto el profesor Rafael de Pina, la define como "el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidos a quienes ejercen la relación

¹⁵⁷ J. M. MAGALLON IBARRA: Op Cit. P. 530

a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria.”¹⁵⁸

De lo anterior, podemos decir, más que un poder la patria potestad es una obligación; ya que en el transcurso de los tiempos ha ido evolucionando poco a poco, hasta que fue perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el Derecho Romano y el Germánico, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor, a la que no es extraña la intervención del Estado, la cual cada día se acentúa más. Pero su principal finalidad es la de *protección, guarda, dirección y educación del menor*.

3.1.4. Características de la Patria Potestad.

La actitud de proteger, velar, educar y mirar por el interés y el bienestar de los hijos es buena medida derivada de la naturaleza misma. La mayor parte de los progenitores, los padres y sobre todo las madres, asumen sus responsabilidades como tales, en forma no sólo espontánea, sino amorosamente entregado al bienestar del hijo. La protección a los críos es buena medida natural, forma parte del instinto de conservación, extendido ya no solo al individuo sino a la especie misma.¹⁵⁹

Dentro de la función propia de la Patria Potestad se desprenden las siguientes características:

- a) Cargo de interés público;
- b) Personal;

¹⁵⁸ R. DE PINA.: op cit. p. 375.

¹⁵⁹ SARA MONTERO DUHALT., Derecho de Familia p. 342.

- c) Participación de ambos;
- d) Irrenunciable;
- e) Intransferible;
- f) Imprescriptible;
- g) Tracto sucesivo;
- h) Temporal; y
- i) Excusable.

a) *Cargo de Interés Público*: La patria potestad es una institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras estos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse así mismos.

La licenciada Sara Montero Duhalt considera que la patria potestad tiene como característica el cargo de interés público, ya que es “el conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable”¹⁶⁰

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

¹⁶⁰ Ibidem.

El artículo 138 TER. del Código Civil Vigente para el Distrito Federal señala que las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros.¹⁶¹

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

b) *Personal*: El licenciado Chávez Asencio contempla que la patria potestad es de carácter personal, ya que considera que “es un conjunto de deberes, obligaciones, y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidos a través de terceros.”¹⁶²

“Atendiendo a que la patria potestad se origina con la maternidad y paternidad, es decir de la relación natural que el derecho concede a los progenitores (artículo 414 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal).”¹⁶³

c) *Participación de ambos*: En nuestro Derecho, como mencionamos en el punto anterior, participan el padre y la madre en el caso de matrimonio y

¹⁶¹ Art. 138 del C. C., México, 2005, p. 20.

¹⁶² M. CHÁVEZ ASENCIO.: op. cit. p. 302.

¹⁶³ Art. 414 del C. C., México, 2005, p. 56.

concubinato y en ausencia de ellos los abuelos paternos o maternos¹⁶⁴ (artículo 414 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal)

“Sólo en caso de que el padre o la madre legalmente o por muerte de uno no pudieran ejercer la patria potestad lo hará el que quede.”¹⁶⁵

d) *Irrenunciable*: El artículo 448 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal determina que la patria potestad no es renunciabile”, el artículo 6º del mismo ordenamiento dice que “sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público.”¹⁶⁶

“La patria potestad tiene un significado interés público, de ahí que textualmente se le considere irrenunciabile, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: Traer hijos al mundo.”¹⁶⁷ Imaginemos que la patria potestad pudiera renunciarse, habría más hijos sin padre o abandonados de los que diariamente observamos en nuestras calles.

e) *Intransferible*: “los derechos, los deberes y las obligaciones que integran esta relación están fuera del comercio. Es decir, no pueden ser materia de

¹⁶⁴ Art. 414 del C. C., México, 2005, p. 56.

¹⁶⁵ M. CHÁVEZ ASENCIO.: op. cit. p. 302.

¹⁶⁶ Art. 6 del C. C., México, 2005, p. 1.

¹⁶⁷ S. MONTERO DUHALT: op. cit. P. 342.

transferencia o enajenación. Corresponde a los padres y abuelos exclusivamente.”¹⁶⁸

La Patria Potestad es una institución jurídica que sólo permite una forma de transmisión derivada de la figura jurídica de la adopción. Fuera de este acto jurídico que tiene que revestir todas las formalidades exigidas por la ley y ser acordadas por el Juez de lo Familiar, no existe otra forma de transmitir la patria potestad. En caso de que muera quien deba ejercerla o se imposibilite para cumplirla ley señala expresamente que sujetos deben asumirla (artículo 414 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal).

Aunque se puede tomar como una forma de renuncia, la reforma del artículo 443 fracción V del Código Civil publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de abril del 2004 señala “el que ejerce la patria potestad de un menor puede entregar al menor a una Institución Pública o privada de asistencia social legalmente constituida para ser dado en adopción.”¹⁶⁹

f) *Imprescriptible*: La prescripción, según nuestra Legislación Civil, es un medio de adquirir un derecho, o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo.

¹⁶⁸ M. CHÁVEZ ASENCIO.: op. cit. p. 307.

¹⁶⁹ Art. 443 del C. C., México 2005, p. 60.

Esto es, que la patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción. Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace no pierde por ello, ni su obligación, ni su derecho para entrar en su ejercicio. Por lo que se refiere al sujeto que sin ser padre, madre o ascendiente protege y representa de hecho a un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo este cargo.

g) *Tracto sucesivo*: "El ejercicio de la patria potestad es continuado y por el tiempo requerido hasta que como institución se acaba."¹⁷⁰ Es decir, que implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación guarda y atención de los menores.

h) *Temporal*: El artículo 443 Código Civil Vigente para el Distrito Federal señala que a patria potestad se termina o acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayoría de edad del hijo;
- IV. Con la adopción del hijo;
- V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901BIS del Código de Procedimientos Civiles.¹⁷¹

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ Art. 443 del C. C., México, 2005, p. 60.

Entendemos que la Patria Potestad es un cargo que se ejerce sobre los menores de edad, no emancipados y que como lo señala el artículo 443 del C. C. sólo termina con la muerte de quien pueda ejercerla.¹⁷²

i) Excusable: La ley permite que, en ciertas circunstancias, los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar en ejercicio de la misma, se les pueda excusar de cumplirla.

El artículo 448 del C. C. dice que a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I. Cuando tengan sesenta años cumplidos; y
- II. Cuando por su estado de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.¹⁷³

Esta norma es totalmente justa, pues el ejercicio de la patria potestad implica el cumplimiento de una serie de deberes que pueden resultar totalmente agotadores para las personas que menciona el citado artículo.

¹⁷² Ibidem

¹⁷³ Art. 448 del C. C., México, 2005, p. 61.

3.1.4. Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad.

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

En el capítulo anterior expusimos cómo los poderes paternos en Roma eran ilimitados a pesar de la dulcificación de las costumbres operadas durante la República.

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

En el periodo medieval, por el cristianismo, se modificaron los preceptos regidos, haciendo ver que existían deberes que cumplir donde hasta entonces no se habían entendido más que derechos que ejercitar y cargas que poner.

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

Looke expresa que "el poder es más deber que autoridad, el padre debe hacer todo lo conducente al desenvolvimiento físico e intelectual del menor."¹⁷⁴

Para Josserand:

La evolución sufrida por la patria potestad durante la segunda mitad del siglo XIX y a partir del actual, consagra una suavización continua de la autoridad paterna que ha pasado de la categoría de derechos egoístas, a los derechos funciones, pues están condicionados por el fin para el que fueron creados, es decir, la protección y educación de los hijos.¹⁷⁵

Volviendo a la interrogante que nos ocupa, y con los elementos de que disponemos podemos concluir que: suponiendo la existencia de los llamados derechos naturales, la patria potestad pudo ser considerada uno de ellos en Roma, y aun en la Edad Media, derivando de este concepto su carácter absoluto e incausado, pero "la evolución que ha sufrido en deber y el nuevo interés jurídico tutelado "el hijo", nos permiten afirmar que en la actualidad, al menos doctrinalmente, la patria potestad debe ser considerada una institución, que tiene como finalidad la formación intelectual y moral del menor."¹⁷⁶

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

¹⁷⁴ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.: op. cit. p. 795.

¹⁷⁵ R. DE PINA: op. cit. p.377.

¹⁷⁶ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.: T XIX. op. cit. p. 798.

3.1.5. Sujetos de la Patria Potestad.

Los sujetos a la patria potestad pueden ser activos o pasivos, según corresponda al que ejerce o al que se encuentra bajo la autoridad paterna. Baqueiro señala que "Son sujetos activos de la patria potestad, los ascendientes: padre y madre, los abuelos en el orden en que determine la ley o el Juez de lo familiar atendiendo a la conveniencia del menor. Son sujetos pasivos los descendientes, menores de 18 años no emancipados."¹⁷⁷

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

Nuestra legislación, a diferencia de otra, no limita la patria potestad a los padres, sino que, en prevención, por la ausencia de ellos llama a ejercerla a los abuelos, tal y como lo establece el artículo 414 del C. C. que dice:

... "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."¹⁷⁸

¹⁷⁷ E. BAQUEIRO ROJAS.: op. cit. p. 284

¹⁷⁸ Art. 414 del C. C., México, 2005, p. 56.

3.1.5.2. Patria Potestad del Padre y la Madre.

El Diccionario Jurídico de Derecho Civil dice: "corresponde la patria potestad a ambos padres conjuntamente, para actuarla respecto de los hijos no emancipados (excepto que se le haya privado o suspendido arts. 444 y 447 del C.C.) Salvo que por circunstancias especiales la actúe o pueda actuarla uno solo de aquellos."¹⁷⁹

En cuanto a la patria potestad del padre y la madre nos referimos a padres legítimos y naturales.

3.1.5.3. Patria Potestad de Padres Legítimos.

Como habíamos indicado en el capítulo referente a la filiación: la filiación legítima o matrimonial es el vínculo que surge entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres

Planiol dice que:

El artículo 372 atribuye la patria potestad conjuntamente al padre y la madre: el hijo queda bajo su autoridad. Pero esta atribución es casi nominal en lo que se refiere a la madre mientras dure el matrimonio. En efecto, esta potestad es común a ambos padres, es alegada de una manera exclusiva al padre: solamente el padre ejerce esta autoridad durante el matrimonio (artículo 373). Tal preponderancia del padre es

¹⁷⁹ EDGAR BAQUEIRO ROJAS., Diccionarios Jurídicos Temáticos. p.79.

necesaria para resolver las cuestiones cotidianas. Mientras viva el padre y sea capaz de actuar el derecho de la madre duerme, por así decirlo."¹⁸⁰

Como lo indica el artículo 414 del C. C. "la patria potestad se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro."¹⁸¹

Así vemos que los padres ejercen en igual forma la patria potestad de sus hijos y tienen la obligación de cuidarlos, educarlos y corregirlos mesuradamente

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

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos conservan el ejercicio de la misma, por lo que deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes. El padre que no tenga la custodia, conserva el derecho de vigilar el cuidado y educación que se está dando a sus hijos, el derecho de visita con las modalidades que señale el tribunal, y el deber de colaborar con quien tiene la custodia.¹⁸²

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

¹⁸⁰ M. PLANIOL.: op. cit. P. 255

¹⁸¹ Art. 414 del C. C., México, 2005, p. 56

¹⁸² Arts. 416 y 417 del C. C., México, 2005, p. 56, 57.

3.1.5.3. La Patria Potestad de Padres Naturales.

La filiación natural es aquella en la cual el hijo es procreado y nacido fuera del matrimonio.

El artículo 415 del C. C. reglamentaba, antes de la reforma de diciembre de 1997, ¹⁸³“el ejercicio de la patria potestad, respecto a los hijos habidos fuera de matrimonio;” la reforma derogó dicho artículo, con lo que desapareció la distinción de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Sin embargo como el artículo no fue abrogado, sino sólo derogado, el texto mismo podrá explicar, en relación con el ejercicio de la patria potestad, lo que se opongá a la ley vigente.

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

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

Artículo 380: “Cuando el padre y la madre no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su guarda y custodia;

¹⁸³ Art. 415 del C. C., México, 1997, p. 57

y sino lo hicieren, el juez de lo Familiar resolverá lo más conveniente atendiendo el interés superior del menor.”¹⁸⁴

Artículo 381: Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero lo hubiere reconocido, salvo que los padres convinieran otra cosa y siempre que el juez de lo familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave con audiencia de los progenitores, el menor y el Ministerio Público.¹⁸⁵

3.1.6. Derechos y Obligaciones de los Padres.

Entre los derechos y obligaciones de los padres que ejercen la patria potestad encontramos que son: la educación, alimentación, administración legal de los bienes del hijo, el usufructo legal de los mismos, la guarda y custodia del menor, derecho de corregir y la representación legal del menor. A continuación analizaremos cada uno de los deberes y derechos que acabamos de mencionar:

3.1.6.1. La Guarda y Custodia del Menor.

Zannoni define a la guarda y custodia como “la facultad de tener consigo al menor.”¹⁸⁶ Otros autores afirman de que más allá de la guarda material propiamente dicha, esta el supuesto que posibilita las restantes funciones

¹⁸⁴ Art. 380 del C. C., México, 2005, p. 52.

¹⁸⁵ Art. 381 del C. C., México, 2005, p. 52.

¹⁸⁶ E. ZANNONI.: op. cit. p. 712.

paternas como son: la educación, la corrección, la asistencia y la representación del menor, así como la administración de sus bienes.

Planiol dice que:

La guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre guardián de su hijo, puede, por lo tanto obligarlo a que habite con él y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. El hijo menor no emancipado no tiene derecho para abandonar el domicilio paterno, salvo cuando haya cumplido 20 años (hoy 18 años) y se trata de dar de alta en el ejército".¹⁸⁷

El Maestro Chávez Asencio nos dice que "La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejerce, tales como la guarda y custodia de los menores".¹⁸⁸

Nuestra legislación emplea los términos cuidado y custodia, es decir, la custodia debe ser con cuidado, o sea que la custodia se debe dar en la relación paterno-filial, con atención, amor y respeto a la personalidad del menor.

En la custodia están comprendidos otros deberes y derechos correlativos de la relación paterno-filial, como son:

- La convivencia,
- Protección a la persona, y
- Vigilancia de sus actos

¹⁸⁷ M. PLANIOL.: op. cit. p. 259.

¹⁸⁸ M. CHÁVEZ ASENCIO.: op. cit. p. 319.

LA CONVIVENCIA.- La guarda consiste, creemos en la convivencia con los hijos, porque más allá de la inmediatez física con el menor, hay un contenido espiritual y afectivo en la vida en común que no se ve totalmente expresado en el término guarda.

La convivencia es la natural consecuencia de la guarda, la cual no es simplemente la facultad de los padres de tener consigo al menor, para cumplir con las funciones paternas, sino que implica un deber de convivencia afectiva y respetuosa entre padres e hijos.

“La convivencia tiene por objetivo lograr la estabilidad personal y emocional del menor, esto se logra a través del afecto, presencia personal y respaldo espiritual.”¹⁸⁹

Esta convivencia entre padres e hijos, que se da de forma natural en la relación familiar sufre un cambio cuando existe una crisis conyugal por ejemplo: el divorcio que como resultado tiene la separación de los padres, en este supuesto surge el derecho de visita.

LA PROTECCIÓN A LA PERSONA.- Dentro de la relación que existe entre el padre y el hijo, el deber de guarda de los padres, implica la protección de la

¹⁸⁹ Ibid. p. 321

persona del hijo, "frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física, intelectual y moral."¹⁹⁰

Este deber da al padre el derecho de prohibir al menor que concurra a determinados lugares o bien evitar la visita de personas que puedan provocarle algún daño, así como revisar su correspondencia.

LA VIGILANCIA DE SUS ACTOS.- El deber de guarda comprende vigilar los actos del menor, por lo cual los padres son responsables civiles de los daños y perjuicios causados por los actos de sus hijos, siempre que exista negligencia de los padres y que el menor bajo su potestad realice un daño, originando un hecho ilícito que el padre está obligado a reparar.

Al respecto el artículo 1919 del C. C. dice: "los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados de los que estén bajo su poder y que habiten con ellos."¹⁹¹

El artículo 1922 del C. C. Agrega que "ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos."¹⁹² Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Art. 1919 del C. C., México, 2005, p. 200.

¹⁹² Art. 1922 del C. C., México, 2005, p. 200.

sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

3.1.6.2. La Educación.

El deber de educación de los hijos implica el deber y el derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea paterna incluye la formación de carácter, de espíritu y de los sentimientos que tanto van a incidir sobre sus inclinaciones de vida.¹⁹³

Nuestra Legislación Civil concede a los padres, en el ejercicio de la patria potestad, el derecho y el deber de formar a los hijos y educarlos, es decir, los padres tienen el derecho de escoger el tipo de educación que habrá de impartirse en sus hijos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en el artículo 31, que: "es obligación de los mexicanos hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria y secundaria."¹⁹⁴

El Código Civil señala en su artículo 422 que las personas que tienen al menor bajo su patria potestad incumben en la obligación de educarlo convenientemente.

¹⁹³ M. CHÁVEZ ASENCIO: Op. Cit. P. 325.

¹⁹⁴ Art. 31 C. P. E. U. M.; México 2005, P. 23

Educar convenientemente significa que debe darse la educación según el sexo, según la vocación, comprende la educación física, moral y religiosa, y deben tomarse en cuenta las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores. Comprende también el término convenientemente, el buen ejemplo de los padres exigido por el artículo 423 del C. C.¹⁹⁵

La Ley Federal de Educación en el artículo 53 “impone a los que ejercen la patria potestad sobre los menores de quince años; la obligación de proporcionarles la educación primaria.”¹⁹⁶ O sea que los padres que no cumplan con dar a los menores la educación, no sólo tendrán la responsabilidad civil si no también administrativa.

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

1.- Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita al menos en lo concerniente a la instrucción elemental. La instrucción elemental será obligatoria.

2.- La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia, la amistad entre todas las naciones y grupos étnicos o religiosos.

3.- Los padres tendrán derecho preferente, por prioridad jurídica, a escoger el tipo de educación que habrá de impartirse a sus hijos.¹⁹⁷

También esta el derecho de los padres para garantizar que sus hijos reciban la educación religiosa y moral adecuada a sus propias convicciones.

¹⁹⁵ Art. 422 del C. C., México, 2005, p. 58.

¹⁹⁶ Art. 53 de la Ley Federal de Educación., México, 2005, p. 38.

¹⁹⁷ LEONEL PERZNIETO CASTRO., Derecho Internacional Privado. p. 66.

Por último, consideramos conveniente, precisar el término educación, para reservar a la escuela el término instrucción.

“Educar significa dirigir, encaminar, desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos.”¹⁹⁸ Es decir, comprende la formación física y espiritual del hijo.

En nuestra opinión, educar encierra no solamente preparar a los menores para subsistir materialmente, sino para la perfecta convivencia social, y en lo que se refiere al ámbito moral, ético, religioso y efectivo prepararlos de tal manera para que puedan desempeñarse de manera adecuada en la vida, ya sea como ciudadanos, gobernantes, profesionistas y, sobre todo como unos padres de familia ejemplares, para que así mismo estos tengan los elementos suficientes de educación para sus hijos.

3.1.6.3. Derecho de Corregir.

Planiol indica que:

La responsabilidad del hijo, de la que están encargados los padres, necesariamente les concede sobre su persona un derecho de corrección muy extenso. Sin embargo este derecho nunca ha sido definido ni reglamentado de manera clara por el legislador. ¿En que medida pueden los padres emplear los castigos corporales, los golpes, la detención? Todo en esta materia se reduce a una cuestión de medida, salvo en los casos extremos, las costumbres son las únicas que reglamentan el ejercicio de

¹⁹⁸ M. CHÁVEZ ASENCIO.: op. cit. p. 327.

este poder. Un punto estable es la dulcificación continúa de los castigos impuestos a los hijos.¹⁹⁹

El artículo 423 del C. C. otorga a los padres la facultad de corregir a sus hijos, y la obligación de observar una conducta digna y decorosa que sirva a éstos de buen ejemplo.²⁰⁰

El derecho de corregir no implica la facultad de los padres, para infringir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica o ambas, según lo dispuesto por el artículo 323 TER del C. C. el cual menciona “que los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y psíquica.”²⁰¹

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

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

¹⁹⁹ M. PLANIOL.: op. cit. p. 260.

²⁰⁰ Art. 423 del C. C., México, 2005, p. 58.

²⁰¹ Art. 323 del C. C., México, 2005, p. 46.

3.1.7. Representación Legal del Menor.

Los padres son representantes legales de sus hijos, la representación que ejercen comprende a las personas y sus bienes. En relación con la persona entendemos el cuidado de los menores y todo lo relativo a su formación y educación. La representación en cuanto a los bienes implica que tienen la administración legal de éstos.

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

El artículo 425 del C. C. dice: los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella. Por lo anterior, el que está sujeto a la patria potestad no puede celebrar actos ni comparecer en juicio, salvo expreso conocimiento de los que ejercen la patria potestad, ya que éstos los representaran también en juicio.²⁰²

Por último el Lic. Ignacio Galindo Grafias dice:

La representación legal del menor, corresponde a los padres, como una consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y la administración de los bienes del menor, por lo que es evidente que aquel que desempeña esa función protectora, y asume la responsabilidad de actuar en interés del hijo, tenga a su cargo la representación de éste.²⁰³

²⁰² Art. 425 del C. C., México, 2005, p. 58.

²⁰³ I. GALINDO GARFIAS.: op cit. p. 703

3.1.8. Efectos Respecto de los Bienes del Menor.

Es necesario atender al origen de los efectos de la patria potestad sobre los bienes del hijo. A este respecto, nuestro Código Civil los clasifica en bienes que el menor adquiere por su trabajo, y bienes que el menor adquiere por otro título. De esta clasificación resultan los derechos y obligaciones siguientes: administración, usufructo y disposición de los bienes del hijo, que poseen los padres que ejercen la patria potestad.

3.1.8.1. Administración.

El artículo 425 del C. C. señala que "los que ejercen la patria potestad son administradores legales;"²⁰⁴ esto significa que la ley confiere a los padres la facultad de administración, pues se trata de una administración en nombre e interés del menor.

Planiol, define a la administración legal como "la facultad de administrar los bienes del hijo, cuando los tiene, siendo facultada esta ley por la ley al padre."²⁰⁵

La obligación de administrar los bienes no comprende necesariamente la gestión de todos los bienes del hijo; mientras este se encuentre sujeto a la patria

²⁰⁴ Art. 425 del C. C., México, 2005, p. 58

²⁰⁵ M. PLANIOL.: op. cit. p. 264.

potestad se divide en dos clases: Bienes adquiridos por su trabajo y los adquiridos por cualquier otro título.

El artículo 429 del C. C. señala que los bienes que el menor adquiriera por su trabajo le pertenecen en propiedad, administración y usufructo. En cuanto a los bienes que el menor adquiere por cualquier causa distinta de su trabajo tiene la propiedad y sólo la mitad del usufructo y la administración de dichos bienes corresponde a los padres. Artículo 430 del C. C.²⁰⁶

El objetivo en la administración de los bienes del menor es la conservación de los mismos, por ello las facultades de administración no son absolutas, la ley las reglamenta y fija limitaciones.

Con relación a lo anterior el artículo 436 del C. C. dice:

La enajenación y el gravamen de bienes inmuebles y muebles preciosos que corresponden al hijo sólo pueden hacerse previa autorización del Juez competente y comprobando la absoluta necesidad o el evidente beneficio para el hijo. El Juez tomará las medidas necesarias para que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destino, por lo anterior la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de dicha cantidad sin orden judicial.²⁰⁷

Existen otros actos que no pueden realizarse ni con autorización judicial y son los consignados en el segundo párrafo del artículo 436 del C. C. el cual prohíbe celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, recibir renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que cotice en la plaza el

²⁰⁶ Arts. 429 y 430 del C. C., México, 2005, p. 58.

²⁰⁷ Art. 436 del C. C., México, 2005, p. 59.

día de la venta; hacer donaciones con los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, dar fianza en representación de los hijos.²⁰⁸

Es importante mencionar lo que indica el artículo 439 del C. C. las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos. Los Jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias, a instancia de las personas interesadas, (el menor cuando tenga catorce años o el Ministerio Público), para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo que derrochen o se disminuyan.

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

3.1.8.2. Usufructo.

“Se entiende por usufructo paterno el derecho que tienen los padres que ejercen la patria potestad a disfrutar los bienes de los hijos sometidos a ella.”²⁰⁹

²⁰⁸ Cfr. Art. 436 del C. C., México, 2005, p. 59.

²⁰⁹ M. CHÁVEZ ASENCIO.: op. cit. p.337.

El artículo 430 del C. C. dice: "corresponde a los que ejerzan la patria potestad, la administración y la mitad del usufructo de los bienes del hijo, excepto aquellos que adquiriera por su trabajo."²¹⁰

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

Podemos observar que los padres no pueden conservar, de los productos, más que aquello que exceda cuanto es necesario para la alimentación y educación del menor conforme a su fortuna. Además de la obligación alimenticia, el padre deberá cumplir las cargas impuestas a los usufructuarios, con la excepción de la obligación de dar fianza.

El usufructo se extingue, de acuerdo con el artículo 1038 del C. C.,

- I. Por la muerte del usufructuario;
- II. Por vencimiento del plazo por el cual se constituyó, por cumplirse la condición impuesta en el título constitutivo para la cesación de este derecho;
- III. Por la reunión del usufructo y la propiedad de una misma persona, más si la reunión se verifica en una sola cosa o parte de lo usufructuado en lo demás existirá el usufructo;
- IV. Por prescripción, conforme a lo prevenido respecto de los derechos reales;

²¹⁰ Art. 430 del C. C., México, 2005, p. 58.

- V. Por renuncia expresa del usufructuario, salvo lo dispuesto respecto de las renunciaciones hechas en fraude de los acreedores;
- VI. Por la pérdida total de la cosa que era objeto del usufructo. Si la destrucción no es total el usufructo continúa sobre lo que de la cosa haya quedado;
- VII. Por la cesación del derecho del que constituye el usufructo, cuando teniendo un dominio revocable, llega el caso de la revocación;
- VIII. Por no dar fianza el usufructuario por título gratuito, si el dueño no le ha eximido de esa obligación y ;
- IX. Por no dar fianza el usufructuario por título gratuito, si el dueño no le ha eximido de tal obligación.²¹¹

3.1.8.3. Responsabilidad Civil en la Administración de los Bienes.

Como ya mencionamos, los padres son legítimos representantes de los bienes del menor, lo que implica que tienen la administración legal de dichos bienes y, de acuerdo con nuestra legislación, deben cumplir con las obligaciones contenidas en los artículos 439 y 442 del C. C. que señalan: las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de dar cuenta de su administración al hijo y entregarle luego que se emancipe o llegue a la mayoría de edad todos los bienes y frutos que le pertenecen.²¹²

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

²¹¹ Art. 1038 del C. C., México, 2005, p. 125.

²¹² Arts. 439 y 432 del C. C., México, 2005, p. 60.

3.1.9. Deberes, Derechos y Obligaciones del Menor.

Hemos mencionado que la patria potestad es una relación jurídica familiar, que genera derechos, deberes y obligaciones.

Los hijos deben cumplir con deberes y obligaciones hacia sus padres, tales como respetarlos, obedecerlos, darles alimentos, vivir con ellos, etc.

Apoyándonos en la opinión del Lic. Manuel F. Chávez Asencio, creemos conveniente determinar responsabilidad filial, a este conjunto de deberes, derechos y obligaciones de los hijos.²¹³

3.1.9.1. Deber de Respeto.

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

²¹³ M. CHÁVEZ ASENCIO.: op. cit. p. 284

El deber de este respeto está implícito en el artículo 411 del C. C. que fue modificado para comprender que entre todos los miembros de la familia sean ascendientes o descendientes, "debe imperar el respeto y la consideración mutua, cualquiera que sea su estado, edad y condición."²¹⁴

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

3.1.9.2. Derecho a un Domicilio Legal.

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

En los términos del artículo 421 del C. C. "el hijo mientras este bajo la patria potestad, no podrá dejar la casa de sus padres sin la autorización de ellos o sin el permiso de la autoridad competente,"²¹⁵ *A contrario Sensu* concluye el derecho del menor de vivir con sus padres, en el domicilio que tengan éstos establecido el cual se reputa domicilio legal del menor emancipado.

²¹⁴ Art. 411 del C.C., México, 2005, P. 56.

²¹⁵ Art. 421 del C. C., México, 2005, p. 57.

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

I. Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.²¹⁶

La obligación del menor de vivir con sus padres es el presupuesto esencial de la patria potestad, dado que a través de este puede existir la posibilidad de la convivencia, así mismo el menor puede tener una guía en lo que se refiere al aspecto físico y espiritual, para así cumplir con los objetivos y la finalidad de la patria potestad.

Podemos decir que la patria potestad no son sólo los derechos y obligaciones que tienen de forma recíproca los padres e hijos, sino que es una institución creada por la naturaleza y actualizada por el derecho para poder dar cumplimiento a estos derechos y obligaciones mediante el apoyo moral así como la comprensión y el cariño que puede brindar el seno familiar.

El Derecho crea derivado de esta institución tan natural un tipo de sanción para que de alguna manera los padres o abuelos no abusen del poder que la misma naturaleza les ha encomendado por lo que a continuación analizaremos de manera detallada cada una de esas sanciones.

²¹⁶ Art. 31 del C. C., México, 2005, p. 5.

3.2. SUSPENSIÓN, LIMITACIÓN Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

3.2.1. Causas en las que se Suspende el Ejercicio de la Patria Potestad.

La suspensión de la patria potestad es una medida preventiva que no implica; necesariamente, una sanción al padre o a la madre, como en el caso de la pérdida, la suspensión no es una pena sino una sanción de carácter punitivo y de carácter social.

Manuel Chávez Asencio, supone que la suspensión de este ejercicio es “una privación temporal de las relaciones personales entre el titular y el menor.”²¹⁷

A diferencia de la pérdida que se refiere a la patria potestad, la suspensión hace referencia a su ejercicio.

El artículo 447 del Código Civil señala las causas por las que se suspende la patria potestad, siendo las siguientes:

- I. Por Incapacidad Declarada Judicialmente
- II. Por Ausencia Declarada en Forma;
- III. Cuando el consumo de alcohol, el habito del juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no

²¹⁷ M. CHÁVEZ ASECIO.: op. cit. p. 351

- 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;
 - V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado.
 - VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.²¹⁸

A continuación señalaremos lo que entendemos de cada una de estas fracciones.

I. Por Incapacidad Declarada Judicialmente.

Esta fracción hace referencia al estado de interdicción que se establece por medio de sentencia de un Juez de lo Familiar competente, como consecuencia de un proceso seguido ante él. “En este caso se trata, no de la suspensión de la patria potestad, que ejercerá el cónyuge sano, y si de la que ejercía el cónyuge incapaz que conservara todos sus deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad.”²¹⁹ Recordando las excepciones que marca la ley.

II. Por Ausencia Declarada en Forma;

En caso de ausencia declarada judicialmente la patria potestad debe entenderse en “suspense”²²⁰, respecto del ascendiente que ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de su paradero, aunque haya dejado persona

²¹⁸ Art. 447 del C. C., México, 2005, p. 61.

²¹⁹ *Ibid.* p. 352

²²⁰ *Ibidem*

que lo represente; porque la patria potestad como ya vimos por su naturaleza y fundamento es un cargo personalismo que no puede ser ejercido por medio de representante.

El derecho ha creado un procedimiento de ausencia para los casos en los que una persona desaparece y no se tiene noticia incluso sobre su existencia. Es decir, en el caso específico que estudiamos será el Juez Familiar competente quien declare formalmente la Ausencia; por lo tanto "la patria potestad se suspende respecto del padre o la madre que ha desaparecido como lo señala el Artículo 651 del C. C."²²¹

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

Esta fracción, establece cuatro causales por las que se sanciona a los padres con la suspensión de la patria potestad:

- El consumo de alcohol que amenace causar algún perjuicio al menor.
- El habito del juego que amenace causar algún perjuicio al menor.

²²¹ Art. 651 del C. C., México, 2005, p. 86.

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

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

IV. Por Sentencia Condenatoria que Imponga como Pena esta Suspensión

Esta última fracción presenta múltiples posibilidades de suspensión de la patria potestad, pues señala en general que ésta se suspende por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión. La pregunta es ¿Qué causas deben dar lugar a esta sanción?

Debemos distinguir que en el caso que se estudia se hace referencia a situaciones o actitudes del padre, de la madre o abuelos que sin ser de extrema gravedad, si exigen la suspensión de la patria potestad.

Para responder a nuestra interrogante el Maestro Chávez Asencio, dice: "las amonestaciones a que se refiere esta fracción pueden ser: conducta

- notoriamente negligente que comprometiera la salud, seguridad, honorabilidad de los hijos, etc.”²²²

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

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

Esta fracción establece tres supuestos para que pueda proceder la suspensión de la Patria Potestad que son poner en RIESGO:

- La salud,
- El estado emocional, y
- La vida de los descendientes menores

El menor puede estar bajo la patria potestad o custodia de algún ascendiente enfermo por ejemplo de V. I. H. lo cual podría causarle un daño emocional al menor, pues sabemos que esta enfermedad terminal provoca ciertos síntomas que el menor no podría entender.

²²² Ibidem

VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente²²³.

Ya en la práctica si el cónyuge a quien se le deja la patria potestad no permite que el otro tenga el acceso a su hijo como un medio de molestar al otro cónyuge incurriendo, con este acto, en un desacato al decreto del Juez Familiar competente. Por lo que es lógico, desde nuestro punto de vista, que también se le sancione.

3.2.2. Causas en las que se Acaba el Ejercicio de la Patria Potestad.

La forma en que se acaba el ejercicio de la patria potestad es, cuando sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir.

La patria potestad acaba en los casos señalados en el artículo 443 del Código Civil del Distrito Federal y a continuación enumeraremos estas causas:

La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;

²²³ Art. 447 del C. C., México, 2005, p. 61.

- III. Por la mayoría de edad del hijo;
- IV. Con la adopción del hijo; y
- V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901BIS del Código de Procedimientos Civiles.²²⁴

De estas fracciones entendemos lo siguiente:

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

Esta fracción supone que el que ejerce la patria potestad es el último sobreviviente de los que deben ejercerla, mencionados en el artículo 414 del C. C. (padre, madre, abuelo, abuela paternos o maternos)²²⁵. La muerte del último genera la necesidad de nombrar un **tutor** al menor no emancipado, resolución que tomará el Juez Familiar, oyendo a los hermanos, tíos y demás familiares, atendiendo siempre al interés del menor sujeto a ella.

En este caso expira la institución jurídica de la patria potestad, lo que da paso a otra institución jurídica llamada tutela de los menores o incapaces, que es la institución jurídica sustituta de la patria potestad.

- II. Con la emancipación derivada del matrimonio.

²²⁴ Art. 443 del C. C., México, 2005, p. 60.

²²⁵ Art. 414 del C. C., México, 2005, p. 56.

De acuerdo con el artículo 641 del C. C. "el matrimonio del menor de dieciocho años produce derecho a la emancipación."²²⁶

La emancipación se funda en el principio de que el matrimonio es opuesto con el estado de subordinación del menor sometido a patria potestad; además con el matrimonio, el contrayente adquiere el gobierno de su persona y la administración de sus bienes, con las respectivas restricciones que marca el artículo 643 del C. C.²²⁷

III. Por la mayoría de edad del hijo.

La patria potestad se acaba cuando el menor sujeto a ella alcanza la mayoría de edad. Momento desde el cual se presume que ya no necesita la función protectora del padre y la madre o abuelos por ambas líneas.

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

"La mayoría edad se alcanza en el momento en que una persona física cumple el número de años señalados por la ley, a partir de la cual tienen plenitud

²²⁶ Art. 641 del C. C., México, 2005, p. 85.

²²⁷ Art. 643 del C. C., México, 2005, p. 85.

de la capacidad de obrar, siempre que circunstancias especiales no impidan su ejercicio.²²⁸

IV. Con la adopción del hijo;

En este caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes. Es decir, como lo señala el artículo 410-A la adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de estos.²²⁹

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

Recordemos que una de las características que señalamos de la patria potestad es precisamente que no es renunciable; sin embargo esta fracción se puede tomar como una forma de renuncia.

²²⁸ R. DE PINA.: op. cit. p. 405.

²²⁹ Art. 410-A del C. C., México, 2005, p. 55.

3.2.3. Causas de la Limitación de la Patria Potestad.

El artículo 444BIS del Código Civil Vigente textualmente dice:” La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este ordenamiento legal”.²³⁰

Y conforme al artículo 283 del C. C. en la sentencia de divorcio se fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver sobre la pérdida, suspensión, limitación o **recuperación** de la patria potestad, según el caso.

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

3.2.4. La Excusa en el Ejercicio de la Patria Potestad.

En el presente capítulo mencionamos como característica de la patria potestad la Irrenunciabilidad; sin embargo, el Código Civil vigente para el Distrito Federal en el artículo 448 establece que:

²³⁰ Art. 444BIS del C. C., México, 2005, p. 61.

La patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quien corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I. Cuando tengan sesenta años cumplidos; y
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.²³¹

Sólo de estas dos maneras se puede excusar al sujeto para no adquirir o seguir ejerciendo la patria potestad.

Excusarse de esta obligación no es tan fácil, ya que es el Juez de lo Familiar quien decide sobre la petición del ascendiente, atendiendo sobre todo al interés del menor.

3.2.5. Causas de Pérdida de la Patria Potestad.

La naturaleza de las causales señaladas en el artículo 444 del C. C. es grave, ya que implica como sanción la pérdida de la patria potestad, quedando únicamente subsistentes las obligaciones alimenticias. Desde nuestro punto de vista algunas causales tienen efecto preventivo y otras son consecuencia directa de la acción ejecutada en contra del cónyuge o del menor.

El artículo 444 de la Ley sustantiva señala que:

La patria potestad se pierde por resolución judicial:

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

²³¹ Art. 448 del C. C., México, 2005, p. 61.

- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de éste código.
- III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que esta constituya una causa suficiente para su pérdida;
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada;
- V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;
- VI. Cuando el que la ejerza hubiere cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y
- VII. Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delitos graves.²³²

En este apartado daremos una breve explicación de cada una de las fracciones del citado artículo, ya que por su importancia para el presente trabajo, en el próximo capítulo se realizara el análisis jurídico de cada una de ellas.

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

Esta primera fracción se refiere a la condena expresa de la pérdida de la patria potestad, es decir, queda al arbitrio judicial decidir, siempre tomando en cuenta, el interés superior del menor.

Podemos recordar que también por sentencia se puede imponer la suspensión de este derecho.

²³² Art. 444 del C. C., México, 2005, p. 60.

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

En esta fracción la pérdida de este derecho es consecuencia de la disolución del vínculo jurídico denominado matrimonio o nulidad del matrimonio. El artículo 283 del C. C. señala que “La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación, o recuperación según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos.”²³³

Desde luego suponemos que el cónyuge culpable de una causal que afecta a los hijos pierde la patria potestad y si afecta al otro consorte debe quedar a juicio del Juez también perderla o suspenderla.

- III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que esta constituya una causa suficiente para su pérdida;

El artículo 323 QUARTER del C. C. menciona que:

Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra la integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.²³⁴

²³³ Art. 283 del C. C., México, 2005, p. 39.

²³⁴ Art. 323 QUARTER del C. C., México, 2005, p. 46-47.

IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada;

Esta fracción se refiere a una conducta de suma irresponsabilidad ya que el o los progenitores no están cumpliendo con la obligación de proveer a la subsistencia cuidado y educación del menor.

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

Por abandono entendemos “el desamparo a una persona o cosa que se tiene la obligación de atender o cuidar.”²³⁵

La doctrina hace alusión a dos tipos de abandono como son: el de *deberes* y el de *persona*, el primero implica “una actitud pasiva del padre o la madre que se abdica o desatiende totalmente de los deberes esenciales que la patria potestad le impone.”²³⁶ El segundo se configura cuando se deja al menor sin posibilidad de subsistencia, privándolo de vivienda y alimentación; y es, precisamente, éste último al que se refiere la fracción en comento.

²³⁵ MARTA BUENO., Diccionario Enciclopédico. p. 25.

²³⁶ E. ZANNONI.: op. cit. p. 782.

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

En esta fracción quedan comprendidos los delitos en contra de la persona o de los bienes del menor, apuntando que debe tratarse de delitos dolosos, ya que los delitos culposos, aun cuando pueden obedecer a la negligencia o culpa, no indican peligrosidad en la conducta paterna o materna que justifique una sanción como la pérdida de la patria potestad.

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

En este supuesto no se requiere que los delitos sean cometidos en contra del menor o del otro progenitor. Es una medida de carácter meramente preventivo, es decir, que no afecta directamente al menor por lo que se requiere que sea condenado dos o más veces por la comisión de algún delito grave.

Para evitar el abuso de poder de los progenitores o abuelos el derecho crea un tipo de sanción; sin embargo observamos que las sanciones impuestas como la pérdida de la patria potestad implica el desmembramiento de la familia, y acarrea graves consecuencias de índole psicológico y sociológico, muchas veces irreparables. Por lo que en nuestro siguiente capítulo abordaremos de forma más amplia, y en interés de nuestra investigación, algunas opiniones y legislaciones que permiten la **Recuperación de la Patria Potestad**.

CAPITULO IV
ANÁLISIS JURÍDICO PARA LA
RECUPERACIÓN DEL EJERCICIO DE LA
PATRIA POTESTAD EN EL DISTRITO
FEDERAL.

4.1. ANALISIS JURIDICO PARA LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DISTRITO FEDERAL.

4.1.1. Posiciones Doctrinarias Respecto de la Pérdida de la Patria Potestad.

Hay distintas opiniones doctrinarias, al igual que diferentes actitudes legales que permiten percibir que la patria potestad no puede ser separada de los progenitores como pretende nuestra legislación, porque esta institución tiene su origen en la naturaleza misma del hombre.

El Licenciado Julio López de Carril nos indica que:

La patria potestad es de tal naturaleza, que no puede ser extinguida ni absorbida por el Estado, como derivada que es la vida misma de los hombres. Los hijos son como algo del padre, una extensión, en cierto modo, de su persona, y si queremos hablar con propiedad, los hijos no entran a formar parte de la sociedad civil de si mismos, sino a través de la familia dentro de la cual han nacido.²³⁷

Aquí podemos observar que la familia es esencial, o mejor dicho la unión de la familia, a través de ella empezamos a desenvolvemos en la sociedad, a formarnos y a adquirir nuestra personalidad.

Continuando con los comentarios del autor, nos menciona también que:

²³⁷ J. LOPEZ DEL CARRIL.: op.cit. p.364.

Eminentes juristas de la doctrina francesa se han pronunciado dentro de las tesis que propugno; Savatier quien afirma que: Hay que guardarse de reducir los derechos del padre sea con un espíritu individualista, de disociación familiar, sea en provecho del Estado y bajo el pretexto de que el hijo pertenezca a éste. Luego el hijo educado sin autoridad está mal educado, y para su dirección, el Estado es incapaz de reemplazar a la familia".²³⁸

Realmente el Estado es incapaz de reemplazar a una familia, pues como tal no tiene los valores humanos como el amor el, cariño, la comprensión que puede dar una familia así como tampoco las facultades de orientar y dirigir la educación del menor, lo que es básico para la formación integral de éste.

Observamos también que para la Doctrina Española la patria potestad es una capacidad para los padres, ya que a partir de ellos empieza a nacer una familia y es una obligación para ellos y nadie más.

El menor llega a la vida, necesitado de amor, cariño, protección, orientación y educación. Y por naturaleza los padres son llamados a formarlos correctamente, disponiendo de la necesaria autoridad. La familia es la esencia para la crianza y educación para que el pequeño empiece a realizar y crear su propia personalidad.

Ignacio Galindo Garfias dice que "el cuidado y protección de los menores, que corresponde desempeñar de manera original y, por decirlo así natural al padre y a la madre, atribuye un complejo de facultades y derechos a los progenitores"²³⁹

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ I. GALINDO GARFIAS.: op. cit. p. 670

Indiscutiblemente la patria potestad tiene que ser en beneficio de los hijos, y no sólo corresponden al padre dichos deberes y obligaciones sino que es una responsabilidad para ambos padres, creada para el adecuado desarrollo del menor.

Estos juristas opinan que el hijo debe ser criado dentro del seno familiar, lo cual llega a ser imposible con la sanción de pérdida del ejercicio de la patria potestad que establece el artículo 444 del C. C. Sin embargo existen algunas legislaciones extranjeras y de nuestro propio país que permiten la recuperación de este ejercicio, que mencionaremos enseguida.

4.1.2. Derecho Comparado.

La recuperación de la patria potestad se encuentra regulada en ciertos países que han tenido gran influencia jurídica para México, como son Francia y España.

4.1.2.1. Legislación Civil Francesa.

El multicitado autor francés Marcel Planiol en su tratado elemental de Derecho Civil en el apartado referente a la pérdida de la patria potestad menciona

la existencia de un procedimiento para la restitución de la misma diciendo que “la caducidad de la patria potestad no es irremediable y definitiva los padres privados de ella tienen derecho para demandar a los tribunales la restitución de su ejercicio.”²⁴⁰

Este procedimiento se encontraba regulado en la ley de 1889 en el artículo 16 que perceptuaba:

En adelante el tutor de los pupilos de la asistencia es en los departamentos el Prefecto... El prefecto es auxiliado por un consejo de familia que más valdría llamar consejo de tutela formado por una comisión de siete miembros, nombrados cada cuatro años por el consejo general. El tutor no se ocupa más que de la persona del menor, en cuanto a sus bienes, si los tiene, la gestión es confiada al tesorero-pagador general. El usufructo de los bienes hasta los dieciocho años corresponde al departamento para cubrir los gastos de manutención.²⁴¹

El artículo 17 de la misma ley regula la devolución del hijo diciendo que “puede ser entregado si el tutor estima, según la opinión del Consejo de Familia que la entrega beneficia al hijo.”²⁴²

“La ley autoriza al tutor, sin que haya devolución de la patria potestad a los padres, a confiárselo a los mismos con la anuencia del Consejo de Familia. Hasta

²⁴⁰ M. PLANIOL.: op. cit. p.273

²⁴¹ AMBROSIO COLIN Y H. CAPITANT., Derecho Civil, p. 61.

²⁴² *Ibidem*

establecer entregas a prueba durante un año, entregas que pueden transformarse en devolución definitiva.²⁴³

Como podemos observar ya en esta legislación se consideraba el hecho de la restitución del derecho que había sido privado a alguno de los progenitores. A continuación veremos el Código Civil Francés actual en lo que se refiere también a la restitución de la patria potestad.

La restitución de la patria potestad se encuentra regulada en el artículo 381 que establece:

Los padres que hubieran sido objeto de una privación total de la patria potestad o de una privación de derechos por alguna de las causas previstas en los artículos 378 y 378-1, podrán, mediante requerimiento, obtener del "*Tribunal de Grande Instance*", justificando circunstancias nuevas, que les sean devueltos, en todo o en parte, los derechos de los que fueron privados.

La petición de restitución sólo podrá presentarse un año después de que la sentencia que dictó la privación total o parcial de la patria potestad sea irrevocable; en caso de inadmisión, sólo podrá ser renovada después de un nuevo periodo de un año. No será admisible ninguna petición cuando, antes de la entrega del requerimiento, el hijo quede colocado con vistas de adopción.

²⁴³ Ibidem.

Si la restitución fuera concedida, el Ministerio Público solicitará, en su caso, medidas de asistencia educativa.

Por lo que analizamos, la restitución de la patria potestad en Francia actualmente es válida, y existe un medio procesal para recuperarla.

4.1.2.2. Legislación Civil Española.

Mencionamos en el segundo capítulo de esta investigación que la Patria Potestad en España sólo era conferida a la madre si llegaba a faltar el padre.

En la legislación española actual encontramos que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y la madre.

Así mismo, en este país existe la posibilidad de restituir el ejercicio de la patria potestad, por lo cual, la ley lo regula de la siguiente manera:

El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivo la privación. (Artículo 170)²⁴⁴

²⁴⁴ Art. 170 del Código Civil Español, Madrid, 2005, p. 177.

Estas legislaciones que acabamos de anotar nos muestran claramente que la sanción de privar a los padres del ejercicio de la patria potestad no es necesariamente irrevocable, al cambio de las circunstancias que dieron origen a tal sanción o privación.

4.1.2.3. Legislación Civil Mexicana.

Después de un análisis y revisión del Código Civil de cada uno de los Estados que componen nuestro país encontramos que en Hidalgo, Aguascalientes, Tabasco y Baja California Sur la figura jurídica de la patria potestad es regulada de forma distinta a los demás, por lo que nos parece de gran interés comentar cada uno de los Códigos de los Estados mencionados.

4.1.2.3.1 Estado de Hidalgo.

En lo que se refiere al Código Familiar para el Estado de Hidalgo vemos que en el Capítulo Vigésimo Segundo se encuentra regulada la patria potestad; una de las principales diferencias que encontramos es que esta ley en su artículo 232 comienza dando una definición de esta figura la cual transcribiremos a continuación:

"La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos y otorgados por la ley, a los padres y abuelos en relación a sus hijos o nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como sus bienes."²⁴⁵

Ningún otro Código Civil precisa algún artículo para saber lo que podemos entender por Patria Potestad.

Otra clara diferencia es que además del Juez de lo familiar existe otro órgano que se denomina Consejo de Familia, el cual actúa como auxiliar administrador de la justicia y su competencia es obviamente sólo familiar.

Las atribuciones de este órgano están reguladas en el artículo 332, y el artículo 330 nos señala que personas integran este órgano y son:

- I. Un Licenciado en Derecho quien será el Presidente del Consejo
- II. Un Psicólogo con dos años de ejercicio en su especialidad, contados a partir del día siguiente de su examen profesional, y fungirá como secretario del consejo.
- III. Un Trabajador Social
- IV. Un Médico General
- V. Un Pedagogo.²⁴⁶

Ya que determinamos estas diferencias con relación a los demás códigos, es de gran importancia destacar que este ordenamiento no regula la pérdida de la patria potestad y sólo nos remite a la suspensión como nos los señala el artículo 265 que a la letra dice:

²⁴⁵ Art. 232 del Código Familiar para el Estado de Hidalgo, México, 1983, p.58

²⁴⁶ Art. 330 del C. F. Edo. H., México, 1983, p. 67-68

ARTÍCULO 265 La patria potestad se suspende:

- I. Por malos tratos del menor.
- II. Por poner al menor en peligro de perder la vida
- III. Por causarle daños físicos o morales
- IV. Por afectar la moralidad del menor
- V. Por abandono del menor
- VI. Por condenar por delito grave al que la ejerce
- VII. Por incapacidad del titular, declarada judicialmente
- VIII. Por ausencia declarada en forma
- IX. Por sentencia condenatoria, imponiendo como pena esta suspensión.²⁴⁷

Vemos, que en las fracciones I, II, III, V, y VI que acabamos de transcribir se encuentran causales de pérdida de la patria potestad, si lo comparamos con el Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Esta ley en el artículo 267 nos dice que:

“En los casos de suspensión de la patria potestad, el Juez Familiar determinará el plazo de la misma, así como su **restitución** cuando el motivo haya cesado.”²⁴⁸

En Hidalgo la patria potestad es un derecho que puede ser restituido a los progenitores o abuelos en su caso, que hayan sido suspendidos de este ejercicio, independientemente de la circunstancia que hayan motivado tal suspensión.

²⁴⁷ Art. 265 del C. F. Edo. H., México, 1983, p.61.

²⁴⁸ Art. 267 del C. F. Edo. H., México, 1983, p.61.

4.1.2.3.2. Estado de Aguascalientes.

El capítulo III del Código Civil del Estado de Aguascalientes titulado: "de los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad,"²⁴⁹ nos enumera cada una de las causas por las que se limita, suspende y se pierde la patria potestad; las que podemos encontrar a partir del artículo 465 hasta el artículo 469, que señalan básicamente, las mismas causales que nos menciona el Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

Una situación que llamó nuestra atención, es que en este capítulo se contemplan las causas en las que **se puede renunciar a la patria potestad** y que nos especifica el artículo 470 que a la letra dice:

Artículo 470 la patria potestad solo es renunciable en los casos siguientes:

- I. Al contraer segundas nupcias; y
- II. Cuando se entregue al menor a una institución de asistencia social pública o privada para darlo en adopción.

Los abuelos pueden excusarse de ejercerla, cuando tengan sesenta años cumplidos, y cuando por el mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño. El ascendiente que renuncie a la patria potestad o se excuse de desempeñarla, no puede recobrarla, **a excepción** de la madre cuando quede libre del matrimonio que motivo su renuncia.²⁵⁰

Como recordamos en el Capítulo III de esta investigación mencionamos las características de la Patria Potestad y precisamente una de ellas es la irrenunciabilidad este derecho, sin embargo, lo que llama más nuestra atención es

²⁴⁹ Código Civil para el Estado de Aguascalientes., México, 2004, p.59.

²⁵⁰ Art. 470 del C. C. Edo. Aguascalientes., México, 2004, p.59.

que una vez que la madre ha renunciado a el ejercicio de la patria potestad por contraer segundas nupcias al desvanecerse este segundo vínculo matrimonial puede la madre recobrar el ejercicio de la patria potestad, lo que en nuestra opinión no debería de ser posible.

4.1.2.3.3. Estado de Tabasco.

En el Código Civil del Estado de Tabasco encontramos en el Capítulo Tercero denominado "De los modos de acabarse, perderse y suspenderse la patria potestad." Las siguientes causales de pérdida de la patria potestad.

ARTÍCULO 452.- Pérdida de la patria potestad

La patria potestad se pierde:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado por sentencia ejecutoriada expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado por delito de acción u omisión dolosa con una pena de dos o más años de prisión;
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 281;
- III. Cuando por violencia familiar, las costumbres depravadas de quienes la ejerzan, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la seguridad o la salud física o mental de los menores, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;
- IV. Por la exposición que el padre o la madre o el abuelo o la abuela hicieren de sus hijos o nietos; o porque los dejen abandonados por más de seis meses, si quedaron a cargo de alguna persona, y por más de un día si al abandonar a los hijos no hubieren quedado a cargo de persona alguna y éste sea intencional; y
- V. Por incumplimiento injustificado de dar alimentos.
- VI. 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

Para los efectos de la fracción III de este artículo, se entiende por violencia familiar el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, respecto de un menor, por sus padres o por cualquier otra persona, que en términos de lo dispuesto por este título ejerce la patria potestad y que atenten contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo.²⁵¹

Del artículo que acabamos de transcribir, las causales de pérdida de la patria potestad son las mismas que señala el Código Civil Vigente del Distrito Federal, excepto la fracción VI de este último ordenamiento que dice que se perderá el ejercicio de ese derecho “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.”

A pesar de que es casi idéntico al Código del Distrito Federal, el Código Civil de Tabasco dentro de este mismo capítulo regula la **recuperación** de la patria potestad específicamente en el artículo 456 que textualmente dice:

Artículo 456 de las restricciones:

“Los jueces pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificar su ejercicio si se trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa o les imponen preceptos que dañen su salud física o mental o les de ejemplo o consejos corruptores, en beneficio e interés de los hijos. **Los jueces podrán también acordar la recuperación de la patria potestad** cuando hubiesen cesado las causas que motivo la privación, la suspensión o restricción”²⁵²

²⁵¹ Art. 452 del Código Civil del Estado de Tabasco., 2004, p. 359

²⁵² Art. 456 del C. C. Edo. Tabasco., 2004, p. 361

La vía procesal para recuperar la patria potestad la señala el artículo 203 al 236 del Código de Procedimientos Civiles para este Estado que se refiere al Juicio Ordinario que a continuación se desarrolla su trámite:

TITULO SEGUNDO JUICIO ORDINARIO
CAPITULO I DEMANDA

ARTICULO 203.-Procedencia del juicio ordinario Todas las contiendas entre partes para las que este Código no señale una tramitación especial, se substanciarán en juicio ordinario.

ARTICULO 204.-Requisitos de la demanda salvo los casos en que la ley disponga otra cosa, la demanda deberá formularse por escrito, en el que se expresará:

- I. El tribunal ante quien se promueve;
- II. El nombre y domicilio del actor;
- III. El nombre y domicilio del apoderado o representante legal y el carácter en el que promueve, en su caso;
- IV. El nombre y domicilio del demandado, o la expresión de que la persona es incierta o desconocida o bien que su domicilio se ignora;
- V. La vía procesal en que se promueve;
- VI. La enumeración precisa y concreta de las peticiones que se someten a la decisión del tribunal, indicando, en su caso, los datos que permitan la identificación y ubicación de los bienes que sean objeto de las peticiones;
- VII. Una relación clara y sucinta de los hechos en que el actor funde su demanda, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa, y quede establecido cuál es el título o la causa de la acción que se ejerza;
- VIII. Los fundamentos de derecho en que se base la reclamación, y
- IX. El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juzgador.

ARTICULO 205.-Documentos que deben acompañarse a la demanda

A toda demanda deberán acompañarse:

- I. Los documentos que acrediten la legitimación procesal o la representación de quien comparece a nombre de otro;

II. Los documentos en que el actor funde su acción. Si no los tuviere a su disposición, designará el archivo o lugar en que se encuentren los originales para que, a su costa, se mande expedir copia de ellos, en la forma que prevenga la ley antes de admitirse la demanda. Se entiende que el actor tiene a su disposición los documentos, siempre que legalmente pueda pedir copia autorizada de los originales; y

III. Tantas copias del escrito de demanda y de los documentos que acompañe, cuantas fueren las personas demandadas.

ARTÍCULO 206.-Presentación de documentos A la demanda se acompañarán todos los documentos que el actor tenga a su disposición en los plazos señalados en la fracción II del artículo anterior, y que hayan de servir como prueba de su parte. Después de presentada la demanda, al actor no se le admitirá ningún documento, salvo los que proponga como prueba contra las excepciones aducidas por el demandado; los que fueren de fecha posterior a la presentación de la demanda; aquellos que, aunque fueren anteriores, el actor asevere, bajo protesta de decir verdad, que no tenía conocimiento de ellos, y los que expresamente autorice la ley.

ARTICULO 207.-Retiro y modificación de la demanda El actor podrá modificar o retirar la demanda antes de que haya sido emplazado el demandado.

ARTICULO 208.-Acumulación de acciones El actor podrá acumular en una misma demanda todas las acciones que tuviere contra una misma parte, siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

I. Que no sean incompatibles entre sí;

II. Que correspondan a la competencia del mismo juzgador, y

III. Que puedan substanciarse en la misma vía.

ARTICULO 209.-Medidas de conservación El actor podrá pedir en la demanda, y el juzgador deberá acordar, según el caso, las siguientes medidas de conservación del bien materia del litigio:

I. Si se tratare de bien mueble o inmueble no registrados, prevendrá al demandado que se abstenga de enajenarlo, a menos de que declare la circunstancia de que se trata de bien litigioso en los plazos del Código Civil y que dé cuenta por escrito de la venta al tribunal.

La infracción de esta disposición será considerada y sancionada como fraude, conforme a lo que dispone el Código Penal;

II. El depósito del bien litigioso cuando hubiere el peligro de que se desaparezca, previa caución que fijará el juzgador;

III. Si se tratare de un bien mueble o inmueble registrados, se mandará hacer anotación en el Registro Público de la Propiedad que el bien se encuentra sujeto a litigio, para que se conozca esta circunstancia y perjudique a cualquier tercero adquirente, y

IV. Si se tratare de posesión, se prevendrá al demandado que durante la tramitación del juicio se abstenga de transmitirla, si el cesionario no se obliga estar a las resultados del juicio, bajo las sanciones que establece el Código Penal para el delito de fraude y pago de su estimación si la sentencia fuere condenatoria.

ARTICULO 210.-Prevención y desechamiento de la demanda Si el juzgador encuentra que la demanda no satisface los requisitos que establece el artículo 204 o que no se ha hecho acompañar de todos los documentos previstos en el artículo 205, prevendrá por escrito a la parte actora para que subsane dentro de los cinco días las irregularidades de que se trate, las que señalará con toda precisión en el mismo auto. En la prevención el juzgador no podrá, bajo ningún motivo, referirse a los elementos que funden la acción ni a hechos que no hayan sido expresados en la demanda. En caso de que el promovente no desahogue la prevención dentro del plazo señalado, el juzgador desechará la demanda y ordenará devolver al interesado todos los documentos originales y copias que haya exhibido, con excepción de la demanda que deberá conservarse en el expediente. Si el juzgador estima que las deficiencias de la demanda no se podrán subsanar mediante la prevención, desechará la demanda en los plazos indicados en el párrafo anterior. El auto que desecha la demanda será impugnabile a través del recurso de queja.

ARTICULO 211.-Admisión de la demanda Cuando la demanda satisfaga los requisitos establecidos en el artículo 204 y se acompañe con los documentos previstos en el artículo 205, o cuando el actor haya desahogado oportunamente la prevención, el juzgador ordenará su admisión y el emplazamiento del demandado. El auto que admite la demanda es apelable en el efecto devolutivo.

ARTICULO 212.-Efectos de la presentación de la demanda Los efectos de la presentación de la demanda serán los siguientes:

- I. Señalar el principio de la instancia;
- II. Determinar el valor de las prestaciones exigidas, cuando no pueda referirse a otro tiempo;
- III. Establecer el momento procesal con base en el cual se deberá determinar la competencia del tribunal, bajo los criterios que se señalan en el Título Tercero del Libro Primero, y
- IV. Interrumpir la prescripción si no lo está por otros medios.

CAPITULO II EMPLAZAMIENTO

ARTICULO 213.-Emplazamiento El emplazamiento se hará a la persona o personas contra quienes se entable la demanda, con los requisitos señalados en los artículos 133 y 134, corriéndoles traslado mediante la entrega de la copia de la demanda y demás documentos, otorgándoles el plazo de nueve días para que la contesten. El plazo para contestar la demanda se aumentará cuando el demandado resida fuera del lugar del juicio, conforme a lo previsto en el artículo 119. La omisión o alteración en las formas del emplazamiento trae la nulidad del mismo y de los actos posteriores, de acuerdo con lo que establece el artículo 142. No existirá la nulidad si la forma seguida ofreciera al demandado las mismas o mayores garantías que las que este Código establece.

ARTICULO 214.-Efectos del emplazamiento Los efectos del emplazamiento son:

- I. Constituir la relación jurídica procesal;
- II. Imponer al demandado la carga de contestar la demanda ante el órgano jurisdiccional que lo emplazó, salvo siempre el derecho de impugnar la competencia;

III. Producir todas las consecuencias de la interpelación judicial, si por otras causas no se hubiere constituido en mora el obligado;

IV. Determinar que el poseedor, aunque sea de buena fe, no adquiera los frutos percibidos, quedando éstos a las resultas del juicio, y

V. Dar lugar a que el contrato cuyo objeto sea la enajenación de los derechos o bien litigioso, se pueda nulificar, si se hubiere celebrado sin conocimiento y aprobación del juzgador o de las partes litigantes.

CAPITULO III CONTESTACIÓN

ARTICULO 215.-Contestación de la demanda El demandado formulará la contestación refiriéndose a las peticiones y a cada uno de los hechos aducidos por el actor en la demanda, confesándolos o negándolos y expresando los que ignore por no ser propios. Cuando el demandado aduzca hechos incompatibles con los referidos por el actor, se tendrá como negativa de estos últimos. El silencio y las evasivas harán que se tengan por admitidos los hechos sobre los que no se suscitó controversia. Las excepciones y defensas que tenga, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer en la contestación y nunca después, a menos de que fueran supervenientes. El demandado expondrá en forma clara y sucinta los hechos en que funde sus excepciones y defensas. En la misma contestación el demandado podrá hacer valer la compensación y la reconvencción. Si el demandado pretende que se llame al proceso a un tercero en los casos del artículo 82, deberá manifestarlo en el mismo escrito de contestación. La petición posterior no será tramitada.

ARTICULO 216.-Consignación al contestar la demanda El demandado podrá, al contestar la demanda, consignar la suma que estime deber. Si el actor manifiesta que acepta la suma consignada como pago del adeudo en los plazos propuestos por el demandado, éste quedará liberado de responsabilidades por la suma aceptada. En caso de que el actor no acepte parcial o totalmente la suma consignada, el juzgador deberá pronunciarse sobre la consignación al dictar sentencia definitiva. En este último caso, el demandado podrá desistir de la consignación hasta antes de que se cite para sentencia.

ARTICULO 217.-Documentos que deberán acompañarse a la contestación Con el escrito de contestación se acompañarán:

I. Los documentos que acrediten la legitimación procesal o la representación de quien comparece a nombre de otro. Podrá el demandado no acompañar estos documentos, siempre que proteste presentarlos y que designe el lugar o archivo en que se encuentren; en este caso, se le fijará un plazo de cinco días para que lo haga o recabe copia de ellos; y de no hacerlo en este plazo, sin más trámite se tendrá por no contestada la demanda, declarándose al demandado en rebeldía;

II. Los documentos que funden las excepciones y defensas del demandado y la compensación o reconvencción; así los que vaya a utilizar como prueba, observándose en lo conducente las reglas de los artículos 204 y 205; y

III. Una copia del escrito de contestación y de los demás documentos que acompañe, para que se corra traslado al actor.

ARTICULO 218.-Allanamiento Si el demandado se allana a la demanda, el juzgador podrá ordenar la ratificación del escrito, cuando lo juzgue conveniente; y sin más trámites, citará a las partes para oír sentencia definitiva. No procederá citar para

sentencia en caso de allanamiento de la demanda, cuando se trate de juicios del orden familiar y del estado civil, cuando se controviertan derechos irrenunciables o cuando manifiestamente la sentencia por dictarse deba surtir efectos frente a terceros que no han litigado, y en los demás casos en que la ley lo disponga.

ARTICULO 219.- Reconvención

Si al contestarse la demanda se opone compensación o reconvención, se deberán satisfacer los mismos requisitos previstos para la demanda, y se correrá traslado al actor para que la conteste en el plazo de nueve días, observándose lo dispuesto en los artículos anteriores. La reconvención y la compensación, lo mismo que las excepciones de fondo opuestas en relación con aquéllas, se discutirán al mismo tiempo que el negocio principal.

ARTICULO 220.-Incompetencia por declinatoria Si entre las excepciones opuestas estuviere la de incompetencia por declinatoria, se substanciará sin suspensión del procedimiento, en los términos previstos en el artículo 37.

ARTICULO 221.-Litispendencia La excepción de litispendencia procederá cuando un juzgador conoce ya del mismo litigio. Se considerará que se trata del mismo litigio, cuando haya identidad en las partes, las acciones deducidas y los objetos reclamados. El que oponga la excepción de litispendencia deberá señalar precisamente el juzgador donde se tramita el primer proceso, así como los datos que permitan la identificación de éste. Si se declara procedente la excepción, el proceso posterior se dará por concluido.

ARTICULO 222.- Conexidad

Hay conexidad entre dos procesos y procede la acumulación de expedientes, en los siguientes casos:

I. Cuando las acciones respectivas provengan de una misma causa, aún cuando sean diferentes las personas que litigan y los bienes que sean objeto de las demandas;

II. Cuando las personas y los bienes sean los mismos, aunque las acciones sean diferentes;

III. Cuando las personas y las acciones sean las mismas, aunque los bienes sean distintos;

IV. Cuando las acciones y los bienes sean los mismos, aunque las personas sean distintas; y

V. Siempre que la sentencia que haya de pronunciarse en un proceso, deba tener efectos de cosa juzgada en otro. La excepción de conexidad tiene por objeto la remisión del expediente en que se opone, al juzgado que previno en el conocimiento de la causa conexa. No será procedente ni se admitirá la excepción de conexidad:

a) Cuando los procesos estén en diversas instancias;

b) Cuando el juzgador ante quien se sigue el proceso sobre el cual deba hacerse la acumulación no sea competente, en razón de la materia, para conocer del que se pretende acumular;

c) Cuando ambos procesos tengan trámites incompatibles;

d) Cuando los juzgados que conozcan respectivamente de los procesos pertenezcan a tribunales de alzada; y

e) Cuando se trate de un proceso que se ventile en el extranjero. Si se declara procedente la excepción de conexidad, se mandará hacer la correspondiente acumulación de expedientes.

ARTICULO 223.-Cosa juzgada La cosa juzgada excluye la posibilidad de volver a tratar en cualquier otro proceso o medio de impugnación la cuestión ya resuelta por sentencia firme. El juzgador podrá tomar en cuenta la cosa juzgada de oficio si tuviere conocimiento de su existencia.

ARTICULO 224.-Prueba de las excepciones de litispendencia conexidad y cosa juzgada Para que se pueda dar trámite a las excepciones de litispendencia, conexidad y cosa juzgada, el demandado deberá acompañar a su escrito de contestación a la demanda copia certificada de las constancias procesales que las acrediten o solicitar la inspección judicial del expediente respectivo, para lo cual deberá precisar todos los datos indispensables para identificar dicho expediente. Si los datos proporcionados resultan falsos o no correspondan a un proceso del que pueda deducirse la litispendencia, la conexidad o la cosa juzgada, se impondrá al demandado una multa conforme a lo que establece el artículo 107.

ARTICULO 225.-Excepción de falta de legitimación procesal o cualquier otro defecto subsanable Cuando las excepciones se funden en la falta de legitimación procesal o en cualquier otro defecto procesal que pueda subsanarse para encauzar legalmente el desarrollo del proceso, podrá el interesado solucionarlo en cualquier estado del juicio hasta antes de que dicte la resolución en la audiencia previa y de conciliación, y ésta tomará en cuenta tales circunstancias.

ARTICULO 226.-Resolución de excepciones previas Las excepciones previas se deberán tramitar conforme a lo prevenido en el artículo 68 y deberán ser resueltas en la audiencia previa y de conciliación.

CAPITULO IV FIJACIÓN DEL DEBATE

ARTICULO 227.-Escritos que fijan el debate Los escritos de demanda y contestación, así como, en su caso, aquellos en que se haga valer la reconvencción o la compensación y en los que se conteste a éstas, fijarán normalmente el debate. En caso de rebeldía, se entenderá fijado por el auto en que se haga la declaración correspondiente.

ARTICULO 228.-Declaración de rebeldía Transcurrido el plazo fijado en el emplazamiento sin haber sido contestada la demanda, se hará declaración de rebeldía, sin que medie petición de parte. Para hacer la declaración de rebeldía, el juzgador examinará escrupulosamente, y bajo su más estricta responsabilidad, si el demandado fue emplazado en forma legal; sólo hará tal declaración cuando compruebe que se cumplió debidamente con este requisito.

ARTICULO 229.-Consecuencias de la declaración de rebeldía En los casos de declaración de rebeldía del demandado por falta de contestación, tendrán aplicación las siguientes reglas:

I. Se presumirán admitidos los hechos de la demanda que se dejó de contestar. Sin embargo, se tendrá por contestada en sentido negativo cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares, el estado civil de las personas; de juicios que

versen sobre contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a habitación, cuando el demandado sea el inquilino, y en los casos en que el emplazamiento se hubiere hecho por edictos;

II. Todas las ulteriores notificaciones que tengan que hacerse al rebelde, aun las personales, se harán por medio de lista fijada en los tableros del juzgado;

III. A petición del actor, podrá decretarse embargo precautorio para garantizar el pago de lo demandado y de las costas o, en su caso, ponerse en depósito el bien objeto del litigio. El embargo se practicará de acuerdo con las reglas de la ejecución forzosa, con las siguientes modalidades:

a) Si se tratare de bienes muebles, el depositario deberá garantizar su manejo, prefiriéndose para el cargo a la persona que tenga a su disposición o bajo su custodia los bienes de que se trata;

b) Si se tratare de bienes inmuebles y no se embargaren las rentas, bastará que se expida mandamiento por duplicado para el registrador de la propiedad a quien corresponda, para que inscriba el embargo. Una de las copias, después de cumplimentada la inscripción, se agregará al expediente.

c) Si se embargaren también las rentas que produzca el inmueble, el depositario deberá otorgar caución para garantizar su manejo, siguiéndose las reglas del inciso a). El embargo practicado a consecuencia de la declaración de rebeldía continuará hasta la conclusión del juicio.

IV. La sentencia definitiva se notificará personalmente al rebelde, si fuere conocido su domicilio, o, en caso contrario, mediante publicación por una sola vez de los puntos resolutivos en un periódico entre los de mayor circulación del lugar del proceso. Si la notificación se hiciere al rebelde por edicto, el plazo para interponer la apelación será de 30 días, a partir de la fecha en que se haga la publicación.

ARTICULO 230.-Comparecencia del rebelde En caso de que el declarado en rebeldía comparezca al proceso, se observarán las siguientes reglas:

I. En cualquier estado del proceso en que el litigante rebelde comparezca, será admitido como parte, y se entenderá con él la substanciación, debiendo tomar el procedimiento en el estado en que se encuentre, el cual no podrá retroceder;

II. Si el rebelde se presenta dentro del periodo probatorio, tendrá derecho a que se le reciban pruebas sobre alguna excepción perentoria, siempre que incidentalmente acredite que estuvo durante todo el tiempo transcurrido desde el emplazamiento, impedido de comparecer al proceso por una fuerza mayor no interrumpida;

III. Podrá dejarse sin efecto la declaración de rebeldía y levantarse el embargo, si el demandado prueba que no tuvo oportunidad de llegar a conocer el emplazamiento, o que no compareció por una causa de fuerza mayor insuperable. La petición se substanciará en la vía incidental, y la resolución que se dicte será apelable en el efecto devolutivo.

ARTICULO 231.-Auto sobre la contestación de la demanda El auto que provea sobre la contestación a la demanda, deberá contener precisamente lo siguiente:

I. El resultado del examen que haga el juzgador respecto a la legitimación procesal del demandado y al acreditamiento de la representación de quien comparezca a su nombre;

II. Las defensas y excepciones que se admitan y, en su caso, la declaración sobre la admisión de hechos o el allanamiento;

III. El señalamiento del día y hora para la celebración de la audiencia previa y de conciliación;

IV. Ordenará dar vista al actor con las excepciones previas que oponga el demandado, por un plazo de seis días; y

V. Proveerá lo que pida el demandado respecto de documentos que no tenga a su disposición y que deban allegarse al proceso como prueba.

ARTICULO 232.-Improcedencia de la etapa probatoria No procederá que el proceso se abra a prueba:

I. Cuando el demandado se allane a la demanda o admita que son ciertos los hechos afirmados en la misma, y no se haga valer compensación o reconvencción; y

II. Cuando las cuestiones controvertidas fueren puramente de derecho y no de hecho, salvo lo dispuesto para el derecho extranjero. En los casos a que se refiere la fracción I, el juzgador mandará citar a las partes para oír sentencia definitiva, haciendo esta citación precisamente en el auto a que se refiere el artículo anterior, excepto si se trata de alguno de los supuestos previstos en el párrafo segundo del artículo 218, pues en estos casos deberá, no obstante, mandarse abrir el proceso a prueba. En el caso a que se refiere la fracción II de este artículo, el juzgador otorgará a las partes un plazo común de cinco días para que aleguen.

ARTICULO 233.-Acciones y excepciones supervenientes hasta antes de que se dicte la sentencia, el actor podrá presentarse dentro del mismo proceso, haciendo valer acciones que se relacionen directamente con el mismo negocio y que hayan surgido de causas supervenientes posteriores a la fecha de la presentación de la demanda, o cambiar las peticiones contenidas en el escrito inicial, ya sea porque el bien objeto de litigio haya sido destruido, porque se reclamen daños y perjuicios en lugar de devolución o por cualquier otra causa similar. Por su parte, el demandado podrá también hasta antes de que se dicte la sentencia, hacer valer excepciones supervenientes, aseverando, bajo protesta de decir verdad, que no tuvo conocimiento anterior de ellas. Las acciones y excepciones supervenientes a que se refiere este artículo se substanciarán en la vía incidental, concediéndose una dilación probatoria máxima de diez días, que podrá correr simultáneamente o en adición al plazo de prueba en el proceso principal. Las acciones y excepciones supervenientes se decidirán en la sentencia definitiva. Si por causa que sea imputable a alguna de las partes se retrasa la resolución del negocio, con motivo de la tramitación de acciones o excepciones supervenientes, se le condenará al pago de las costas o parte de ellas, aunque resulte vencedor, si se prueba que estuvo en condiciones de ejercer con anterioridad la acción o excepción de que se trate.

CAPITULO V AUDIENCIA PREVIA Y DE CONCILIACIÓN

ARTICULO 234.-Audiencia previa y de conciliación Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción, el juzgador señalará fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los treinta días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones previas que se hubieren opuesto en su contra, por un plazo igual al de la contestación a la demanda. En el día y hora fijados para la celebración de la audiencia, el juzgador hará constar la presencia de las partes. Si una de las partes o ambas no concurren sin causa justificada, se les

sancionará con multa hasta por el monto señalado en el artículo 107, fracción II. En todo caso, el juzgador procederá a examinar las excepciones previas y a pronunciar su resolución sobre estas cuestiones, con base en las pruebas aportadas. Si asistieren las dos partes, el juzgador examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación, que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. Con base en las constancias del expediente, el conciliador preparará y propondrá a las partes alternativas de solución al litigio. Si los interesados celebran un convenio, el juzgador lo aprobará si lo encuentra apegado a derecho. El convenio aprobado tendrá la autoridad de cosa juzgada. En caso de desacuerdo entre las partes, la audiencia proseguirá y el juzgador, que dispondrá de amplias facultades de dirección procesal, examinará y resolverá las excepciones previas, con base en las pruebas que se hubieren aportado. Antes de declarar cerrada la audiencia, el juzgador deberá decidir sobre la procedencia de la apertura de la etapa probatoria. La resolución que dicte el juzgador en la audiencia previa y de conciliación, será apelable en el efecto devolutivo.

ARTICULO 235.-Legitimación procesal Cuando se declare la falta de legitimación procesal, y esta deficiencia fuere subsanable, el juzgador concederá un plazo de diez días para que el interesado la subsane. Si dentro de ese plazo la parte actora no subsana la deficiencia, el juzgador declarará terminado el procedimiento; si quien omite subsanarla es el demandado, el juzgador lo declarará en rebeldía y continuará su curso el procedimiento.

ARTICULO 236.-Regularización del procedimiento Los jueces y magistrados podrán ordenar, aún fuera de la audiencia previa y de conciliación, que se subsane toda omisión que notaren en la substanciación para el solo efecto de que se regularice el procedimiento.²⁵³

Como podemos observar este código señala un procedimiento con términos muy amplios para tramitar la recuperación de la patria potestad; lo que en determinado momento podría dar lugar a que el hijo cumpla la mayoría de edad y ya no sería necesario realizar este trámite.

²⁵³ Art. 203-236 del Código de procedimientos Civiles del Estado de Tabasco., 2004, p. 233-265

4.1.2.3.4. Estado de Baja California Sur

El capítulo III del Código Civil para el Estado de Baja California Sur nominado De la terminación, pérdida y suspensión de la patria potestad en su artículo 507 nos dice que:

Artículo 507 La patria potestad se pierde :

- I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II. En los casos de divorcio necesario que leven aparejada esta sanción
- III. Cuando las costumbres depravadas de los padres, los malos tratamientos o el abandono de sus deberes, pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos aun cuando esos hechos no constituyan delitos;
- IV. Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, siempre que se prolongue por más de seis meses
- V. Por la entrega en adopción plena que hagan los padres biológicos; y
- VI. Por revocación o impugnación de la adopción simple.²⁵⁴

Podemos señalar que este Código también contiene disposiciones similares a las que contiene el Código Civil Vigente para el Distrito Federal; pero este ordenamiento señala un Capítulo IV denominado “**De la recuperación de la patria potestad**” procedimiento que a continuación señalaremos:

Artículo 511. En los casos en que el progenitor haya perdido la patria potestad, podrá solicitar al Juez, transcurridos al menos **tres años** de la resolución ejecutoriada, que *mande hacer un estudio de sus situación económica y de su*

²⁵⁴ Art. 557 del Código Civil del Estado de Baja California Sur., 2004, p. 230

comportamiento actual, incluyendo un diagnóstico psicológico de su personalidad para que le restituya, a prueba, la patria potestad de sus hijos.

Artículo 512 En el procedimiento de restitución de la patria potestad, serán oídos el ascendiente que ejerza este derecho, el Ministerio Público y el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, los que podrán oponerse fundadamente, al igual que el hijo cuando haya cumplido doce años, pero en forma separada e individual.

➤ **Casos en los que no procede:**

Artículo 513 No procede la recuperación de la patria potestad cuando el menor incapacitado haya sido dado en adopción plena, o cuando exista fundada duda sobre la rehabilitación del progenitor respecto de sus hijos.

Artículo 514 En los casos en los que se ordena la restitución de la patria potestad al ascendiente que la ejercía en forma exclusiva mantendrá en todo tiempo la **custodia** de sus descendientes.

Artículo 515 La restitución de la patria potestad, devuelve el derecho a una correcta comunicación del progenitor con sus hijos, pero será de tipo provisional, durante un periodo de **dos años**, al final del cual el Juez decretara la recuperación definitiva o la negará, atendiendo al comportamiento del solicitante y al cumplimiento de las obligaciones derivadas del vínculo paterno filial.

Artículo 516 En los casos de suspensión de la patria potestad una vez concluido el plazo fijado a esta sanción, deberá recurrirse al Juez que la decreto para que ordene el levantamiento de la medida, lo que ocurrirá si el progenitor ha cumplido con sus obligaciones respecto de los hijos. En caso contrario, puede prolongarse la suspensión hasta por un término igual.²⁵⁵

Como se desprende de estos artículos que acabamos de mencionar la Patria Potestad puede ser recuperada por los padres o ascendientes que hayan perdido ese derecho sea cual fuese la causal que hubiere dado origen a tal sanción a excepción del artículo 513 que nos señala que cuando el menor incapacitado haya sido dado en adopción plena o cuando exista fundada duda sobre la rehabilitación del menor no procederá la recuperación de la Patria Potestad.

²⁵⁵ Art. 511-516 del Código Civil para el Estado de Baja California Sur., 2004, p. 231-237

4.1.2.3.5. El Distrito Federal.

El 6 de septiembre de 2004 fueron publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal; reformas al Código Civil Vigente del Distrito Federal, en donde encontramos que el artículo 283 señala:

La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijara la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la Patria Potestad, su pérdida, suspensión limitación o **recuperación**, según sea el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y las niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendiente tenga la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquéllos, así como no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

*La recuperación de la Patria Potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación.*²⁵⁶

Esto es, que nuestra ley sustantiva ya contempla la figura jurídica de Recuperación de la Patria Potestad, aunque solo es procedente en el caso de que se haya perdido por la falta de ministrar alimentos; aunque es un gran avance y apoyo para esta investigación consideramos que debería contemplar dentro de la recuperación de esta institución otras de las fracciones señaladas en el artículo 444 del C. C.; que más adelante se comentan.

²⁵⁶ Art. 283 del C. C., México, 2005, p. 39.

4.1.3. Análisis al Artículo 444 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

En nuestra opinión las vicisitudes de la patria potestad que van desde la extinción hasta la pérdida de la misma deberían tener como resultado del derecho una mínima o temporal sanción, hasta en tanto se pueda recuperar la conducta normal requerida para el buen funcionamiento de esta institución.

Como ya mencionamos para nuestra consideración el artículo 444 del C. C. presenta graves problemas en virtud de que se excede en el señalamiento que hace de los motivos o causales que provocan la pérdida de la patria potestad, porque los supuestos que prevé para tal determinación son muy imprecisos y algunos con muy bajo perjuicio moral para el menor.

Si reflexionamos lo que debería sancionar nuestra legislación es el perjuicio que efectivamente se causa al menor, para que el Juez de lo Familiar a su vez pudiese decretar la pérdida de la patria potestad sin posibles equivocaciones.

Entremos entonces al análisis del citado artículo y comentamos al respecto sus ventajas y desventajas, a lo cual nos dice que se pierde:

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

Podemos observar que esta fracción concede muy amplias e imprecisas facultades al Juez para que decida sobre la pérdida de la patria potestad, ya que no señala una causa expresa para su determinación, dejando al Juez la decisión sobre la pérdida de la patria potestad, lo que a nuestro parecer deja en un estado de indefensión al demandado o ascendiente afectado.

Si ponemos, como ejemplo, una desavenencia matrimonial en la que cualquiera de los cónyuges puede hacer uso de engaños para hacer creer al Juzgador ciertas circunstancias y éste a su vez teniendo la facultad de libre decisión se excede en la apreciación de los hechos puestos a su consideración; puede bien decretar la pérdida de la patria potestad.

A este respecto Sara Montero Duhalt dice:

El legislador debió limitar, pensamos, las amplísimas facultades que el juzgador en razón de las disposiciones del propio Código en esa materia. No dudamos que existan Jueces de lo Familiar al mismo tiempo que sabios y peritos en materia familiar, sean de gran calidad humana, honestos, buenos psicólogos, etc. Pero, lamentablemente esta conjunción de virtudes no es la regla general en los seres humanos, así sean jueces de lo familiar. Estos funcionarios deben tener indudablemente, un margen de arbitrio discrecional al tomar sus decisiones, pero es preferible, cuando hay norma establecida en una materia, atenerse en principio a ella.²⁵⁷

²⁵⁷ S. MONTERO DUHALT: op. cit. p. 381

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

Como mencionamos en el capítulo anterior al artículo 283 señala que *en la sentencia de divorcio será la que fijará la situación de los hijos*, para lo cual el Juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o **recuperación** según sea el caso.

Nuestro Código Civil Vigente en el Distrito Federal señala en el artículo 266 que

El divorcio se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita en común acuerdo por los cónyuges y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267.²⁵⁸

Es decir, para que proceda el divorcio voluntario los cónyuges, de común acuerdo, solicitan su separación, según el Código Civil Vigente para el Distrito Federal el divorcio voluntario puede tramitarse por la Vía Administrativa y por la Vía Judicial.

El Artículo 272 del Código Civil nos señala que:

Procede *el divorcio administrativo* cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a

²⁵⁸ Art. 266 del C. C., México, 2005, P. 34

éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.²⁵⁹

En este tipo de divorcio se requiere que los cónyuges no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges, es decir no existe ningún problema para la separación ya que las obligaciones que trae consigo la patria potestad como son los alimentos no son ya una necesidad para el descendiente.

El artículo 273 dice que:

Procede el divorcio voluntario por *vía judicial* cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

I. *Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;*

II. *El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;*

III. *Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;*

IV. *La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;*

V. *La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;*

VI. *La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y*

²⁵⁹ Art. 272 del C. C., México, 2005, p. 36

VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el *derecho de visitas*, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.²⁶⁰

Los cónyuges al solicitar este divorcio deben presentar un convenio que deberá contener las cláusulas establecidas en el artículo en cita y el Juez de lo Familiar competente acordará lo mejor siempre en beneficio del menor, es decir tampoco afecta el ejercicio de la Patria Potestad.

En el caso del *Divorcio necesario* se requiere que haya alguna causa reconocida por la Ley, que se invoque por el cónyuge inocente, para demandar el divorcio, el artículo 267 de la Ley sustantiva nos señala las causas por las que puede solicitar el cónyuge inocente dicho divorcio siendo las siguientes:

Artículo 267

Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;
- III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;
- V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;

²⁶⁰ Art. 273 del C. C., México, 2005, p. 36-37

VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;

VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;

IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;

XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;

XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;

XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.²⁶¹

²⁶¹ Art. 267 del C. C., México, 2005, p. 34.

En seguida analizaremos cada una de las causas señaladas en el artículo en comento, tomando a nuestra consideración y con base en nuestra investigación si el Juez Familiar deberá imponer como sanción la pérdida de la patria potestad.

Son causas de divorcio:

I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

El adulterio consiste "en la relación sexual, acceso carnal o cópula fornicaria de alguno de los esposos con persona distinta de su cónyuge, esto incluye la relación homosexual."²⁶²

Como se desprende de esta definición el adulterio comprende solo a los cónyuges, por lo que consideramos que no afecta al menor, en lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad; no siendo causa grave que amerite su pérdida.

II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;

²⁶² E. BAQUEIRO ROJAS: Op. Cit. P. 6

En esta causal de divorcio encontramos que se tiene que cumplir con el requisito del *engaño*, es decir, se tiene que probar que el descendiente no tiene filiación directa con el supuesto progenitor.

Como ya explicamos con anterioridad, la filiación respecto del padre no puede ser conocida en forma inmediata y por eso el artículo 324 del C. C. señala quienes se presumen hijos de los cónyuges salvo prueba en contrario.

Para que el cónyuge pueda probar la presunción de paternidad el artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal dice que:

“Artículo 325. Se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.”²⁶³

Consideramos que esta prueba de paternidad puede afectar emocionalmente al menor, por ejemplo si se practica la prueba de ADN, sin embargo, no es necesario que el Juez de lo Familiar competente decrete la pérdida de la Patria Potestad a menos de que resulte positiva dicha prueba.

²⁶³ Art. 305 del C. C., México, 2005, P. 43.

III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;

En esta causal encontramos un elemento muy importante que es la *prostitución* del cónyuge o de él mismo a cambio de una remuneración, es decir, que el progenitor del menor o de los menores tenga algún trastorno mental o psicológico, porque sólo así podríamos concebir este acto de prostitución, por lo que consideramos que en este caso sí se debería suspender o perder el ejercicio de la patria potestad, ya que no se prostituye al menor sino al cónyuge.

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;

La violencia implica tanto la fuerza física como la violencia moral que puede consistir en un mal grave, es decir, puede consistir en amenazas, por ejemplo amenazar al cónyuge con el suicidio para que cometa un robo, en este caso el Juez de lo Familiar debería suspender el ejercicio de la Patria Potestad hasta que el incitador a la comisión del delito cambie de actitud, y en los casos de delitos graves podría incluso perderse la Patria Potestad.

V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

La palabra “corromper” viene del latín *corruptio*, que significa corrupción, depravar, podrir y dañar; es decir, en este caso la corrupción de los hijos respecto de los padres son actos inmorales de alguno de los esposos. En este caso el Juez de lo Familiar si debe decretar la pérdida de la patria potestad ya que por las costumbres depravadas de los padres se compromete la moralidad de los hijos.

VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;

El cónyuge sano puede solicitar que se suspenda la obligación de cohabitar con el enfermo dejando subsistentes las otras obligaciones como los alimentos, la administración de la sociedad conyugal, los derechos sucesorios, etc. Es decir puede quedar subsistente el ejercicio de la Patria Potestad, ya que no perjudica al menor la impotencia o alguna enfermedad incurable, aunque en el caso de alguna enfermedad contagiosa sí se debería *limitar* la patria potestad.

VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;

La interdicción “es un estado de incapacidad que impide al sujeto la realización de actos jurídicos por si mismo necesitando para ello un representante,²⁶⁴ es decir, que una persona que se encuentra limitada en sus capacidades no puede ejercer la Patria Potestad, sin embargo no implica necesariamente que por su estado deba perder el ejercicio de la patria potestad, lo que si es que se debe suspender mientras no recupere su estado normal para que pueda realizar sus actividades.

VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;

El término “separación injustificada” de esta causal es desde nuestro punto de vista ambiguo, ya que podría entenderse como separación de la casa conyugal el hecho de extraviarse por la pérdida de las facultades mentales, esto no implica necesariamente la voluntad de separación, por lo que deberá entenderse por patria potestad en suspenso; pero en el caso de que exista una separación para no cumplir con sus obligaciones alimentarias, podría darse el supuesto de perder la patria potestad.

²⁶⁴ E. BAQUEIRO ROJAS.: op. cit. p. 62.

IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;

Al igual que la causal anterior podemos entender, la ausencia, la desaparición, o bien la migración a otro país para conseguir empleo, por lo que consideramos que en todo caso debería suspenderse la patria potestad.

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;

Como ya lo mencionamos en los casos de suspensión del ejercicio de la patria potestad deberá primeramente llevarse a cabo un procedimiento de ausencia, por lo que sólo podrá suspenderse el ejercicio de esta institución; y posteriormente la presunción de muerte.

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;

Por "sevicia" entendemos crueldad o malos tratos y en el derecho civil es entendido dentro de este término el sadismo, definitivamente en este caso el Juez Familiar deberá dictar la pérdida del derecho a ejercer la patria potestad al cónyuge que cometa sevicia o injurias en contra de la persona del menor o del

otro cónyuge; siempre y cuando pongan en peligro la salud o integridad física del menor o de la familia.

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;

Las obligaciones que señala el artículo 164 son de orden económico, es decir,

De las aportaciones económicas que deben hacer los cónyuges para el sostenimiento del hogar de su alimentación y la de los hijos así como la educación de estos, y el artículo 168 hace alusión a la autoridad que tienen de forma igualitaria ambos cónyuges para resolver lo relativo al hogar a la formación y educación, así como la administración de los bienes de los hijos,²⁶⁵

Entendemos aquí que se trata meramente de problemas relativos a la pareja de cónyuges y que en determinado caso implicaría que el Juez Familiar decreta algún tipo de sanción relativa a la patria potestad; si es que la falta del cumplimiento de esta obligación se encuentra en los supuestos de suspensión o pérdida de la patria potestad.

²⁶⁵ Arts. 164,168 del C. C., México, 2005, p. 23

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

La calumnia "es toda imputación de un hecho delictuoso a una persona inocente de él,"²⁶⁶ para que proceda esta causal de divorcio es necesario que el calumniador acuse a su cónyuge de un delito que merezca pena de prisión por más de dos años, ya que la simple expresión o imputación sin acusación no es suficiente para constituir la causal de divorcio por ejemplo: si un cónyuge acusa al otro de cometer abuso de confianza. Consideramos que esta causal no tiene ninguna injerencia en lo que se refiere al ejercicio de la Patria Potestad.

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;

El Jurista Baqueiro Rojas define al Dolo diciendo que es "Toda conducta intencionalmente mala y desleal que produce un daño ilícito"²⁶⁷, es decir, que por medio de una maquinación o mentira se pueda sorprender engañar o defraudar a otro.

Por otro lado apunta el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 18 que "obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta

²⁶⁶ E. BAQUEIRO ROJAS.: op. cit. p. 17.

²⁶⁷ *Ibid.* p. 39.

su realización.²⁶⁸ esta causal la podemos ejemplificar con el delito de robo; ya que, obviamente, quien ejecuta este delito tiene pleno conocimiento del resultado, es decir, el que roba actúa dolosamente consideramos, en este caso, que el ejercicio de la patria potestad debe ser suspendido hasta que se logre un verdadero cambio en el progenitor y no sancionarlo con la pérdida del ejercicio de la patria potestad, ya que el delito no lo esta cometiendo en contra de la persona del menor.

XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;

En esta causal se requiere que exista el alcoholismo o bien el habito del juego para que proceda el divorcio, pero por lo que hace al ejercicio de la patria potestad el artículo 247 del Código Civil, señala a estos requisitos como una forma de suspender el ejercicio de la misma.

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

Consideramos atinada la sanción de pérdida del ejercicio de la patria potestad que impone el legislador en esta causal, ya que se trata de un delito doloso y requiere que sea cometido en contra de la integridad del menor, así como de sus bienes o bien en contra del otro cónyuge.

²⁶⁸ Art. 18 de la Agenda Penal para el Distrito Federal, México, 2005, p. 4.

XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;

La violencia familiar implica el uso de la violencia física o moral, así como la omisión grave en contra de un miembro de la familia, es decir, que se puede atentar en contra de la persona del menor o del otro cónyuge tanto física como psíquicamente. El Código Civil para el Distrito Federal señala, asertivamente, a la violencia familiar como una causa de pérdida del ejercicio de la patria potestad, sabemos ya que los progenitores tienen el derecho de corrección; sin embargo, consideramos que el legislador para frenar el abuso de este derecho sancionó de forma definitiva el abuso de este *poder*.

XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;

En esta causal podemos pensar que el cónyuge que ejerció la violencia familiar tiene prohibido acercarse a los agraviados a determinada distancia, por mandato del Juez de lo Familiar, y éste no acata lo ordenado, aquí podemos poner el ejemplo de las lesiones, en donde por obvias razones el cónyuge o el menor agraviado no permitirían el acercamiento de éste. Por lo que consideramos que sí se debe perder el ejercicio de la patria potestad.

XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;

Esta causal se encuentra señalada en el artículo 447²⁶⁹ del Código Civil Vigente para el Distrito Federal como una causa de suspensión del ejercicio de la patria potestad.

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y

Entendemos que una de las funciones primordiales del matrimonio es la procreación, podemos pensar que el hecho de la reproducción asistida es para beneficio del matrimonio, sin embargo se requiere del consentimiento de ambos cónyuges para llevar a acabo este procedimiento de procreación. En esta causal consideramos que el Juez de lo Familiar debe atender las razones que tuvo la cónyuge para realizar este método de procreación y si es verdad que el otro no dio su consentimiento.

²⁶⁹ Art. 447 del C. C., México, 2005, p. 61.

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

El artículo 169 del C. C. señala que “los cónyuges pueden desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita,”²⁷⁰ podemos ejemplificar esta fracción con el hecho del marcado machismo que existe en nuestro país, que entre otras cosas no permite muchas de las veces que las mujeres trabajen, sin embargo consideramos que esta causal debería dar origen a la limitación de la patria potestad, ya que si existe una separación el cónyuge que sea limitado no perderá el derecho de las visitas así como de la convivencia con su o sus descendientes.

La anterior enumeración de las causales de divorcio es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.

Evidente es que la patria potestad por su elevada importancia está, por naturaleza, unida a la relación entre los progenitores; sin embargo esto no quiere decir que por no ser buen cónyuge, necesariamente, sea un mal padre o madre; Por lo que consideramos que se debe atender a la causal que da origen a la separación de los cónyuges.

²⁷⁰ Art. 169 del C. C., México, 2005, p. 23.

III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que esta constituya una causa suficiente para su pérdida;

La agresión hacia el menor debe ser a tal grado que cause un perjuicio físico, mental o moral, entendiendo a este último como maltrato emocional: insultos humillaciones verbales, negación de alimentos, impedir los juegos recreativos, el entretenimiento.

En este supuesto podríamos entender hasta cierto punto el derecho que los padres tienen para corregir al menor, la disciplina que pueden imponer para que los menores se apeguen a la autoridad del progenitor, aunque de antemano sabemos que esta corrección debe ser en interés del menor y de la familia.

IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada.

En los últimos años se han tratado de reglamentar las situaciones que afectan gravemente a la familia y a la sociedad; y precisamente el incumplimiento de la obligación alimentaria es una de estas situaciones. Podemos comprender que la situación económica del país no es buena y correspondería en cierto modo a la negativa de esta obligación; aunque en la mayor parte de los casos como ejemplo el divorcio, esta situación del incumplimiento se ve de manera más reiterada por parte del progenitor.

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

En nuestro país es muy frecuente el abandono de la familia por más de tres meses, mas esto no implica que el abandono sea doloso con el ánimo de dejar en desamparo total al menor. Tomando, nuevamente, en cuenta la situación económica del país sabemos que la migración a otros países en busca de mejores oportunidades es inevitable; por lo que existe la posibilidad de que este abandono no sea siempre doloso y mucho menos con la intención de que el menor sufra el perjuicio.

En nuestra opinión debería ser tomada en cuenta esta situación, para que estos no se transformen en una sanción: la pérdida de la Patria Potestad.

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

Consideramos de extrema gravedad este supuesto; ya que el delito **doloso** cometido en contra de la integridad del menor así como de sus bienes es inaceptable, por lo que consideramos atinada la sanción que el legislador impone: La pérdida de la patria potestad.

VII. Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave.

Respecto a esta fracción consideramos que la gravedad del delito debe valorarse en función del daño que se hiciera al menor por la comisión del delito, por lo que se tendría que ver la afectación o no afectación en la relación paterno-filial; pues ¿Qué pasaría si fuese por delitos imprudenciales?

4.1.4. Propuesta.

La problemática llamada: descomposición social en que vivimos, actualmente, conduce a nuestros niños a un enorme sufrimiento; si partimos del supuesto de que todo niño tiene derecho a una familia, para su buen desarrollo psicosocial y emocional, por lo que es necesario adecuar nuestro marco legal para brindar, en la medida de lo posible, atención inmediata y seguridad jurídica.

Es cierto que en materia de patria potestad nuestra legislación civil ha tenido reformas muy significativas, éstas no han logrado establecer un marco legal claro, sencillo y de fácil aplicación, ya que ponen en manos de el Juez de lo Familiar la autoridad para sancionar a los padres o ascendientes, pero ¿será realmente una sanción para los padres privar de la convivencia y sana comunicación a los progenitores con respecto a sus hijos?

En nuestra opinión consideramos que los hijos son los sancionados y afectados, estamos de acuerdo que algunas de las causales señaladas en el artículo 444 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal son graves, pero nada que no podamos solucionar con una guía adecuada como bien nos señala el Código Civil para el Estado de Baja California Sur.

Si tomamos en cuenta que el ser humano ha evolucionado con el paso de los años, podemos también verificar que a lo largo de estos años ha cometido errores y los ha superado con esta misma evolución; con esto podemos decir que el ser humano no es perfecto, sino perfectible. Por eso proponemos que el Código Civil Vigente para el Distrito Federal sea reformado y permita la recuperación del ejercicio de la patria potestad.

En consecuencia a este análisis; nuestra investigación propone agregar a la legislación civil ciertos requisitos para *restituir el ejercicio de la patria potestad*, es decir, no pretendemos avalar las malas conductas de los padres, lo que queremos es que exista en nuestra sociedad, debido a la importancia e implicaciones de la institución de la patria potestad, un procedimiento que permita restituirla porque como bien mencionamos el ser humano no es perfecto, sin embargo podemos ayudarlo a que cambie algunas actitudes.

Por lo que se refiere a las adiciones que propuestas para el Código Civil Vigente del Distrito Federal consideramos que deberían contemplarse dentro del Título Octavo capítulo III las siguientes:

Primeramente debemos renovar el título como sigue: **“Capítulo III de la pérdida; suspensión, limitación y recuperación de la patria potestad.”**

Por lo que se refiere a las adiciones consideramos que deberán contemplarse las siguientes:

Artículo 444 TER.- En beneficio e interés de los hijos los jueces podrán también acordar *la Restitución de la Patria Potestad* cuando hubiere cesado la causa que motivo la privación.

Artículo 444 QUARTER.- Es procedente solicitar la restitución a que se refiere el artículo anterior con los siguientes casos:

- I. Cuando el padre o la madre haya sido condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;
- II. En los casos de divorcio en los siguientes términos:
 - Cuando exista la separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación; y
 - En el caso de la utilización de métodos de fecundación asistida.

- III. Cuando sea condenado a la pérdida de este derecho por el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días siempre y cuando se haya cumplido con dicha obligación; y
- IV. Cuando se haya perdido el ejercicio de este derecho por el abandono que el padre o la madre hiciere de los hijos.

Artículo 448BIS.- El progenitor que haya perdido la patria potestad podrá solicitar al Juez, transcurrido un año de la resolución ejecutoriada, que mande hacer un estudio de su situación económica y de su comportamiento actual, incluyendo un diagnóstico psicológico de su personalidad para que le restituya, a prueba, la patria potestad de sus hijos.

Los estudios socioeconómicos y psicológicos a que se refiere este artículo los podrán realizar en el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, o bien en la Secretaría de Salud, El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y La Procuraduría General de Justicia para el Distrito Federal.

Artículo 448 TER.- Una vez iniciado el proceso de recuperación de la patria potestad se dará vista al Ministerio Público Familiar para que intervenga cuidando el beneficio del menor, el ascendiente que ejercía en forma exclusiva la custodia de sus descendientes, al igual que el hijo cuando haya cumplido doce años, pero en forma separada e individual.

Artículo 448 QUARTER. La restitución de la patria potestad, devuelve el derecho a una correcta comunicación del progenitor con sus hijos, pero será de tipo provisional, durante un periodo de dos años, al final del cual el Juez Familiar decretará la recuperación definitiva o la negará, atendiendo al comportamiento del solicitante y al cumplimiento de las obligaciones derivadas del vínculo paterno filial.

Una vez concedida la recuperación de la patria potestad por el Juez Familiar, estará el padre o madre reivindicada (o) condicionado (a) a revisión y rendición de cuentas, cada seis meses ante el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, previa intervención del Ministerio Público Familiar.

Artículo 448 QUINTUS.- La recuperación de la patria potestad se hará conforme a lo establecido en el Título Séptimo del Código de Procedimientos Civiles Vigente. (de acuerdo con la reforma propuesta).

Por lo que hace al Código de Procedimientos Civiles Vigente para el Distrito Federal debe reformarse el Título Séptimo y el capítulo I para quedar como sigue:

**TITULO SÉPTIMO
DE LOS JUICIOS ESPECIALES Y DE LAS VIAS DE APREMIO**

**CAPITULO I
DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE MENORES ACOGIDOS POR
UNA INSTITUCIÓN PÚBLICA O PRIVADA DE ASISTENCIA SOCIAL; ASÍ COMO
DE LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.**

Artículo 430.- Se tramitará el procedimiento a que se refiere este Capítulo tratándose de menores recibidos por una institución pública o privada de asistencia social para el efecto de que se decrete la pérdida de la patria potestad, solo en los casos previstos en el artículo 444 fracciones III, V, VI y VII del código Civil, correspondiéndole la acción al representante legal de la institución o al Ministerio Público.

En lo que se refiere a la recuperación de la patria potestad se tramitará este procedimiento sólo en los casos previstos en el artículo 444 QUARTER del Código Civil.

Artículo 431.- Admitida la demanda se correrá traslado de ella a las personas a que se refiere el artículo 414 del Código Civil, a fin de que en el plazo de cinco días presenten su contestación.

Artículo 432.- Las notificaciones se sujetarán a lo dispuesto por el Título Segundo, Capítulo Quinto de este Código.

Artículo 433.- Todas las excepciones deberán hacerse valer en la contestación.

Los incidentes no suspenden el procedimiento y todas las excepciones que se opongan y recursos que se interpongan se resolverá en la sentencia definitiva.

Si la parte demandada no formula su contestación, se tendrá por contestada en sentido negativo.

En este juicio no es admisible la reconvencción.

Artículo 434.- Transcurrido el periodo de emplazamiento, dentro de los diez días siguientes, se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos, citándose a las partes conforme a las reglas de las notificaciones personales, con las prevenciones y apercibimientos que legalmente se requieran.

Las pruebas deberán ofrecerse en los escritos de demanda y contestación. Las pruebas supervenientes se registrarán por las reglas generales previstas en este Código.

Si no fuere posible desahogar todas las pruebas, la audiencia podrá diferirse por una sola vez por un término no mayor de cinco días. Desahogadas las pruebas y concluida la fase de alegatos, se dictará Sentencia dentro de los cinco días siguientes.

Artículo 435.- Contra la Sentencia que se dicte procede la apelación en ambos efectos.

Artículos 436 al 442. Derogados

El proyecto de reformas aquí propuesto y descrito contempla los siguientes aspectos:

- 1.- Intenta proporcionar a los menores seguridad y certeza jurídica
- 2.- Procura que el proceso de restitución de la patria potestad sea un procedimiento ágil y expedito.
- 3.- Establece requisitos mínimos requeridos para garantizar que el menor conviva con un progenitor reivindicado.
- 4.- Otorga en nuestra legislación una nueva figura jurídica en beneficio de la sociedad en general y en especial del menor.

CONCLUSIONES.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Familia es una de las instituciones más importantes que tiene como consecuencia un sin fin de derechos y obligaciones.

SEGUNDA.- El Derecho de Familia es el que regula la conducta de los sujetos a esta, lo cual es importante para el desarrollo y buen funcionamiento de otros derechos, entendemos como sujetos del Derecho de Familia a los parientes por consanguinidad, afinidad y civil o adopción.

TERCERA.- Son fuentes constitutivas del Derecho de Familia el matrimonio, la filiación y la adopción, mismos que dan origen a los diferentes tipos de parentesco que son parientes por consanguinidad, afinidad y el parentesco civil o adopción.

CUARTA.- Concebimos a la adopción como el parentesco creado a través de un vínculo jurídico que tiene como consecuencias derechos y deberes iguales a los del padre e hijo.

QUINTA.- Los hechos jurídicos son acontecimientos de orden natural o del mismo hombre a los que el derecho atribuye consecuencias consistentes en el nacimiento, modificación, transmisión o pérdida de derechos o situaciones jurídicas de las personas, como son: la concepción del ser, el nacimiento, la paternidad o filiación, el concubinato y la muerte.

SEXTA.- El acto jurídico familiar tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación al estado civil de las personas, por ejemplo el registro civil de un hijo o el matrimonio.

SEPTIMA.- La familia busca formar a sus integrantes como personas y educarlos en la fe, teniendo como fin su participación como centro de desarrollo integral de la sociedad.

OCTAVA.- La relación que existe entre el padre o la madre y el hijo se llama filiación, formando esta a su vez el núcleo social primario de la familia.

NOVENA.- La filiación puede derivar de una relación de descendencia o la voluntad declarada por la que una persona adquiere derechos y obligaciones que nacen de la paternidad o maternidad, respecto de otra, por lo que la filiación puede ser legítima o natural.

DECIMA.- Las consecuencias jurídicas del parentesco: Crea el derecho y la obligación de alimentos, origina el derecho a heredar en la sucesión legítima, o la facultad de exigir una pensión alimenticia, crea determinadas incapacidades en el matrimonio y en relación con otros actos o situaciones jurídicas y origina los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que se contraen solo entre padres e hijos, abuelos y nietos, en su caso. Excepto en el parentesco por afinidad.

DECIMO PRIMERA.- Entendemos como alimentos la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad.

DECIMO SEGUNDA.- Entendemos a la patria potestad como un conjunto de derechos y obligaciones que la Ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus menores hijos en donde la función primordial de aquellos es la asistencia y cuidado de los hijos.

DECIMO TERCERA.- Consideramos que la esencia jurídica de la patria potestad, es que, es una institución protectora de los menores, con el fin de lograr una mejor sociedad.

DECIMO CUARTA.- La patria potestad no significa un poder o potestad sobre el hijo, pues este tiene dignidad y libertad características propias de la persona y tampoco significa potestad sobre los bienes del mismo, pues la administración y dominio de los bienes se encuentran limitados por la Ley.

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

DECIMO SEXTA.- En los últimos años, nuestra legislación ha mostrado cierto interés legal y humano que ha sido encaminado a la protección e interés de los menores. En donde el Estado puede coaccionar a los padres que no cumplen con sus deberes paternos por medio de sanciones como son la suspensión, pérdida y limitación de la patria potestad.

DECIMO SEPTIMA.- El artículo 444 de nuestro Código Civil Vigente para el Distrito Federal dispone la pérdida de la patria potestad en beneficio del menor; creemos que esta finalidad no es alcanzada debido a que los legisladores no contemplan dentro de la recuperación de la misma, la posibilidad de que el padre o la madre que fueron sentenciados a la pérdida de ese derecho por las causales ahí señaladas, quedarán sin efecto por circunstancias nuevas.

DECIMO OCTAVA.- Es necesario para el correcto e integral desarrollo del menor que su formación y educación se realice por ambos padres, dando la oportunidad al progenitor que caiga en los supuestos de pérdida de la patria potestad, que en el caso de que haya quedado sin efecto la causal que dio motivo a dicha pérdida; pueda recuperar la patria potestad, ya que de lo contrario implicaría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos, perjudicando los

derechos del menor que se encuentre sujeto a ella en su formación física, intelectual y espiritual.

DECIMO NOVENA.- Del estudio de la legislación Civil Vigente y análisis de la institución jurídica de la Patria Potestad nuestra investigación propone agregar a nuestra legislación civil ciertos requisitos para restituir el ejercicio de la patria potestad, es decir, no pretendemos avalar las malas conductas de los padres, lo que queremos es que exista en nuestra sociedad debido a la importancia e implicaciones de la institución de la patria potestad; un procedimiento que permita restituirla, porque como bien sabemos el ser humano no es perfecto; más sin embargo podemos ayudarlo a que cambie algunas actitudes.

VIGESIMA.- Por lo que se refiere a las adiciones que proponemos para el Código Civil Vigente del Distrito Federal consideramos que deberá contemplar dentro del Título Octavo capítulo III las siguientes:

“Capítulo III de la pérdida; suspensión, limitación y recuperación de la patria potestad.”

Así como la propuesta de los siguientes artículos:

Artículo 444 TER.- En beneficio e interés de los hijos los jueces podrán también acordar *la Restitución de la Patria Potestad* cuando hubiere cesado la causa que motivo la privación.

Artículo 444 QUARTER.- Es procedente solicitar la restitución a que se refiere el artículo anterior en los siguientes casos:

- I. Cuando el padre o la madre haya sido condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;
- II. En los casos de divorcio en los siguientes términos:
 - Cuando exista la separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación; y
 - En el caso de la utilización de métodos de fecundación asistida.
- III. Cuando sea condenado a la pérdida de este derecho por el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días siempre y cuando se haya cumplido con dicha obligación; y
- IV. Cuando se haya perdido el ejercicio de este derecho por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos.

Artículo 448BIS.- El progenitor que haya perdido la patria potestad podrá solicitar al Juez, transcurrido un año de la resolución ejecutoriada, que mande hacer un estudio de su situación económica y de su comportamiento actual, incluyendo un diagnóstico psicológico de su personalidad para que le restituya, a prueba, la patria potestad de sus hijos.

Los estudios socioeconómicos y psicológicos a que se refiere este artículo los podrán realizar por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, también los podrán realizar la Secretaría de Salud, El sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y La Procuraduría General de Justicia para el Distrito Federal.

Artículo 448 TER.- Una vez iniciado el proceso de recuperación de la patria potestad se dará vista al Ministerio Público para que intervenga cuidando el beneficio del menor, el ascendiente que ejercía en forma exclusiva la custodia de sus descendientes, al igual que el hijo cuando haya cumplido doce años, pero en forma separada e individual.

Artículo 448 QUARTER. La restitución de la patria potestad, devuelve el derecho a una correcta comunicación del progenitor con sus hijos, pero será de tipo provisional, durante un periodo de dos años, al final del cual el Juez Familiar decretara la recuperación definitiva o la negará, atendiendo al comportamiento del solicitante y al cumplimiento de las obligaciones derivadas del vínculo paterno filial.

Una vez concedida la recuperación de la patria potestad por el Juez Familiar, estará el padre o madre reivindicada (o) condicionado (a) a revisión y rendición de cuentas, cada seis meses ante el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, previa intervención del Ministerio Público.

Artículo 448 QUINTUS.- La recuperación de la patria potestad se hará conforme a lo establecido en el Título Séptimo del Código de Procedimientos Civiles Vigente.

VIGESIMO PRIMERA.- Por lo que hace al Código de Procedimientos Civiles Vigente para el Distrito Federal proponemos las siguientes reformas:

TITULO SÉPTIMO DE LOS JUICIOS ESPECIALES Y DE LAS VIAS DE APREMIO

CAPITULO I DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE MENORES ACOGIDOS POR UNA INSTITUCIÓN PÚBLICA O PRIVADA DE ASISTENCIA SOCIAL; ASÍ COMO DE LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Artículo 430.- Se tramitará el procedimiento a que se refiere este Capítulo tratándose de menores recibidos por una institución pública o privada de asistencia social para el efecto de que se decrete la pérdida de la patria potestad, solo en los casos previstos en el artículo 444 fracciones III, V, VI y VII del código Civil, correspondiéndole la acción al representante legal de la institución o al Ministerio Público.

En lo que se refiere a la recuperación de la patria potestad se tramitará este procedimiento solo en los casos previstos en el artículo 444 QUARTER del Código Civil.

VIGESIMO SEGUNDA.- Intentamos con el proyecto de reformas que proponemos; dar a los menores, seguridad y certeza jurídica. Así mismo procuramos dentro de la misma propuesta, que el proceso de restitución de la patria potestad sea un procedimiento ágil y expedito Instalando los requisitos mínimos requeridos para garantizar que el menor conviva con un progenitor reivindicado y Otorgando en nuestra legislación una nueva figura jurídica en beneficio de la sociedad en general y en especial del menor.

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

BIBLIOGRAFÍA.

BIBLIOGRAFÍA

I CÓDIGOS Y LEYES

Código Civil de 1870, Legislación Mexicana, T. XI, 1870, Colección Manuel Dublan y José Ma. Lozano.

Código Civil de 1884, Legislación Mexicana, T. XVII, 1884, Colección Manuel Dublan y José Ma. Lozano

Código Civil para el Estado de Aguascalientes, Ed. SISTA, México, 2004

Código Civil para el Estado de Baja California Sur, Ed. SISTA, México, 2004

Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Ediciones Fiscales isef, México, 2005

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Ed. Ediciones Fiscales isef, México, 2005

Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Ediciones Fiscales isef, México, 2005

Código Civil para el Estado de Hidalgo, Ed. SISTA, México, 2004

Código Familiar para el Estado de Hidalgo, 7ª ed. Julian Guitron Fuentevilla, México, 1984

Código Civil para el Estado de Tabasco, 2ª ed. Ed. Cajica 2004

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco, 2ª ed. Ed. Cajica 2004

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 7ª ed. Ed. Ediciones Fiscales isef, México, 2004

Ley Sobre Relaciones Familiares, Diario Oficial de la Federación. 1º. de febrero de 1918.

II. LIBROS

BAQUEIRO ROJAS, EDGAR: *Derecho de Familia y Sucesiones*. Ed. Harla, México, 1990.

BIALOSTOSKY, SARA: *Panorama del Derecho Romano*. 2ª ed., Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.

BONNECASE, JULIEN: *Introducción al Estudio del Derecho*. 2ª ed., Ed. TEMIS, México, 1982

BOSSERT, Gustavo A. Y ZANNONI, Eduardo A: *Manual de Derecho de Familia*. 3ª. ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *La Crisis del Matrimonio*. Ed. Reus, Madrid, 1998.

CASTAN VAZQUEZ, JOSÉ MARÍA: *La Patria Potestad*. 2ª ed., Ed. Revista de Derecho Comparado. Madrid. 1960.

COLIN, AMBROSIO Y H. CAPITANT: *Derecho Civil*. T. 2 Vol. 9, Trad. Demofilo del Buen, Ed. Reus, Madrid, 1923.

COULANGES DE, FUSTÉL: *La Ciudad Antigua*. 10ª ed., Ed. Porrúa, México, 1996

CHAVEZ, ASECIO MANUEL: *La Familia en el Derecho*. 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997.

Convenios Conyugales y Familiares. Ed. Porrúa, México, 1991.

DARWIN, CHARLES: *El Origen del Hombre y la Selección en Relación al Sexo*. 7ª ed., Ed. Diana, México, 1964.

- DE PINA, RAFAEL: *Derecho Civil Mexicano Elementos de Derecho Civil*. 20ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998.
- FUENTEVILLA GUITRÓN, JULIÁN: *¿Qué es el Derecho Familiar?*. 3ª ed., Ed. Promociones Jurídicas y culturales S. C., México, 1987.
- GALINDO GARFIAS, IGNACIO: *Derecho Civil*. 1er. Curso, 17ª ed., Ed. Porrúa. México 1998.
- LOPEZ DEL CARRIL, JULIO J: *Derecho de Familia*. Ed. Abeledo-Perot, Buenos Aires (Argentina), 1996.
- LEMUS GARCÍA, RAÚL: *Derecho Romano*. 4ª ed., Ed. Limsa, México, 1979.
- MAGALLON IBARRA, JORGE M: *Instituciones de Derecho Civil*. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001
- MONTERO, DUHALT SARA: *Derecho de Familia*. Ed. Porrúa, México, 1992.
- PETIT, EUGENE: *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 16ª. ed., Ed. Porrúa, México, 2000,
- PLANIOL, MARCEL Y RIPIERT GEORGES: *Derecho Civil*. T. 8, Trad. Leonel Pereznieto Castro, Ed. Harla, México, 1997.
- PEREZNIETO CASTRO, LEONEL: *Derecho Internacional Privado*. parte general, 7ª. Ed, Ed. Oxford, 2000
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL: *Derecho Civil Mexicano*. 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998.
- ROMERO V. Y A: GIRON: *Instituciones Jurídicas, Políticas y Sociales Españolas*. 2ª ed., Ed. Madrid.
- VERDUGO, AGUSTÍN: *Principios de Derecho Civil Mexicano*. T. VI 3º ed., Ed. Harla, México, 1998.

OTRAS FUENTES

BAQUEIRO, Rojas Edgar: Diccionarios Jurídicos Temáticos, 2ª ed. Ed. Harla, México. 1998.

ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba: Libros Científicos Bibliográficos, T. XXI, Ed. Griskil S. A., Buenos Aires 1982.

BUENO, Marta: Diccionario Enciclopédico, 6ª ed. Ed. Larousse, México 2000.

NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO PARA RECUPERAR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DISTRITO FEDERAL.

	Página
INTRODUCCIÓN	1
 CAPITULO I MARCO TEÓRICO 	
1.1. LA FAMILIA	
1.1.2. Evolución de la Familia	4
1.1.3. Conceptos de Derecho de Familia	7
1.1.4. Fuentes del Derecho de Familia	9
1.1.5. Hechos y Actos Jurídicos Familiares	16
1.1.5.1. Hecho Jurídico Familiar.....	16
1.1.5.2. Acto Jurídico Familiar.....	18
1.1.6. Sujetos del Derecho de Familia	21
1.1.7. Fines del Derecho de Familia	23
 1.2. FILIACIÓN Y PARENTESCO	
 1.2.1. Conceptos de Filiación	 24
1.2.1.1. Elementos Constitutivos de la Familia.....	25
1.2.2. Clases de Filiación	27
	195

1.2.2.1.	Filiación Legítima	27
1.2.2.2.	Filiación Natural	28
1.2.2.3.	Filiación Legitimada por Ministerio de Ley	28
1.2.3.	Concepto de Parentesco	29
1.2.4.	Clases de Parentesco	30
1.2.5.	Líneas y Grados	33
1.2.6.	Consecuencias Jurídicas del Parentesco	35

1.3. ALIMENTOS

1.3.1.	Concepto de Derecho de Alimentos	37
1.3.2.	Características de la Obligación Alimentaria	39
1.3.3.	Acreedores y Deudores Alimentarios	42
1.3.4.	Clasificación de la Obligación Alimentaria	44
1.3.5.	Formas de Dar y Garantizar la Obligación Alimentaria	45
1.3.6.	Suspensión de la Obligación Alimentaria	47

CAPITULO II

2.1. EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

2.1.1	Antecedentes Históricos de la Patria potestad	50
2.1.2	Roma Origen de la Patria Potestad	52
2.1.2.1	La Familia Romana	52
2.1.2.2	Fuentes de la Patria Potestad	55
2.1.3	Pueblos Antiguos	61

2.1.4	Derecho Mexicano	65
2.1.4.1.	Código Civil de 1870	66
2.1.4.2.	Código Civil de 1884	74
2.1.4.3.	Ley Sobre Relaciones Familiares	76
2.1.4.4.	Código Civil de 1928	79

CAPITULO III

3.1. ANÁLISIS TEÓRICO DE LA PATRIA POTESTAD

3.1.1	Concepto de Patria Potestad	81
3.1.1.1	Valoración Terminológica	82
3.1.2	Finalidad de la Institución	84
3.1.3	Características de la Patria Potestad	85
3.1.4.	Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad	92
3.1.5	Sujetos de la Patria Potestad	94
3.1.5.1	Patria Potestad del Padre y la Madre	95
3.1.5.2	Patria Potestad de Padres Legítimos	95
3.1.5.3	Patria Potestad de Padres Naturales	97
3.1.6	Derechos y Obligaciones de los Padres	98
3.1.6.1	La Guarda y Custodia del Menor	98
3.1.6.2	Educación	101
3.1.6.3	Derecho de Corregir.....	104
3.1.7	Representación Legal del Menor	106
3.1.8	Efectos Respecto de los Bienes del Menor	107
3.1.8.1.	Administración.....	107
3.1.8.2.	Usufructo	109
3.1.8.3.	Responsabilidad Civil en la Administración de los Bienes del Menor.....	111

3.1.9. Deberes, Derechos y Obligaciones del Menor	112
3.1.9.1. Deber de Respeto.....	112
3.1.9.2. Derecho a un Domicilio Legal.....	113

3.2. SUSPENSIÓN, LIMITACIÓN Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

3.2.1. Causas en las que se Suspende el Ejercicio de la Patria Potestad	115
3.2.2. Causas en las que se Acaba el Ejercicio de la Patria Potestad.....	120
3.2.3. Causas de la Limitación en la Patria Potestad.....	124
3.2.4. La Excusa en el Ejercicio de la Patria Potestad.....	124
3.2.5. Causas de Pérdida de la Patria Potestad.....	125

CAPITULO IV

4.1. ANÁLISIS JURÍDICO PARA LA RECUPERACIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DISTRITO FEDERAL.

4.1.1. Posiciones Doctrinarias Respecto de la Pérdida de la Patria Potestad.....	130
4.1.2. Derecho Comparado.....	132
4.1.2.1. Legislación Civil Francesa.....	132
4.1.2.2. Legislación Civil Española.....	135
4.1.2.3. Legislación Civil Mexicana.....	136
4.1.2.3.1 Estado de Hidalgo.....	136
4.1.2.3.2 Estado de Aguascalientes.....	139
4.1.2.3.3 Estado de Tabasco.....	140
4.1.2.3.4 Estado de Baja California Sur.....	151
4.1.2.3.5 El Distrito Federal.....	153

4.1.3. Análisis al artículo 444 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal	154
4.1.4. Propuesta.....	174
CONCLUSIONES.....	182
BIBLIOGRAFÍA	192

cd_nclly @ yphoo.com.mx