



UNIVERSIDAD INSURGENTES

PLANTEL TLALPAN
LICENCIATURA EN DERECHO
CON CLAVE DE INCORPORACIÓN
A LA U.N.A.M 3300-09

**“EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE
LA PATRIA POTESTAD, EN CASO
DE SU PÉRDIDA.”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A:

LAURA GRACIELA ESCUTIA GARCÍA

DIRECTOR DE TESIS: LIC. ANA LETICIA LOPEZ ARREORTUA

MÉXICO D.F.

2006



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.

A mis padres, porque gracias a su amor, guía y apoyo he llegado a realizar uno de los anhelos más grandes de mi vida.

A ti Marko Antonio, gracias por haber significado la inspiración y aliento que necesitaba, por darme ánimos y motivarme en cada momento.

Tía Salud, gracias por brindarme siempre tu apoyo y por haber creído en mí.

A mis profesores y a mi asesora, por todas las enseñanzas y el apoyo brindado.

Gracias.

ÍNDICE	PÁGINA
INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PATRIA POTESTAD.	1
1.1. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.	1
1.1.1. FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.	3
A) POR NACIMIENTO.	3
B) POR LEGITIMACIÓN.	3
* LEGITIMACIÓN POR MATRIMONIO	
SUBSIGUIENTE.	3
* LEGITIMACIÓN POR OBLIGACIÓN A LA CURIA.	4
* LEGITIMACIÓN POR RESCRIPTO.	5
C) POR ADOPCIÓN.	5
D) POR ADRROGATIO.	5
1.1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.	6
1.1.3. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.	6
1.1.4. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.	6
1.2. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.	7
1.3. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO FRANCÉS.	12
1.4. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ARGENTINO.	17
1.5. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO.	21
1.5.1 EL CÓDIGO CIVIL DE 1870.	21
1.5.2 EL CÓDIGO CIVIL DE 1884.	24
1.5.3 EL CÓDIGO CIVIL DE 1928.	27
1.5.4 LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.	29

CAPITULO II

GENERALIDADES DE FAMILIA Y PATRIA POTESTAD.	33
2.1. CONCEPTO DE FAMILIA.	33
2.1.1. CONCEPTO BIOLÓGICO.	34
2.1.2. CONCEPTO SOCIOLÓGICO.	35
2.1.3. CONCEPTO JURÍDICO.	35
2.2. FILIACIÓN.	37
2.2.1. FILIACIÓN MATRIMONIAL.	38
A) PRUEBAS DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.	39
B) ACCIONES RELATIVAS A LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.	41
* DESCONOCIMIENTO O CONTRADICCIÓN DE PATERNIDAD.	41
* RECLAMACIÓN DE ESTADO.	42
* LA LEGITIMACIÓN Y PRUEBA DE SU FILIACIÓN.	43
2.2.2. FILIACIÓN FUERA DE MATRIMONIO.	43
A) RECONOCIMIENTO.	43
2.2.3. FILIACIÓN ADOPTIVA.	45
A) CONCEPTO DE ADOPCIÓN.	45
B) CARACTERÍSTICAS DE LA ADOPCIÓN.	45
C) EFECTOS DE LA ADOPCIÓN.	47
2.3. PARENTESCO.	47
2.3.1 TIPOS DE PARENTESCO.	47
A) PARENTESCO CONSANGUÍNEO.	48
B) PARENTESCO DE AFINIDAD.	49

C) PARENTESCO CIVIL.	50
2.3.2 LÍNEAS Y GRADOS.	50
2.3.3 EFECTOS DEL PARENTESCO.	51
2.4. DEFINICIONES DE PATRIA POTESTAD.	52
2.4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD.	56
2.4.2. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.	58
2.4.3. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.	60
2.4.4. LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA PATRIA POTESTAD.	62
2.4.5. EFECTOS QUE PRODUCE LA PATRIA POTESTAD.	64
2.4.5.1. SOBRE LAS PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.	64
A) GUARDA Y CUSTODIA.	64
B) CONVIVENCIA.	66
C) PROTECCIÓN A LA PERSONA.	66
D) VIGILANCIA DE SUS ACTOS.	66
E) EDUCACIÓN.	67
F) MORAL.	68
G) RELIGIÓN.	68
H) TRABAJO.	69
I) BUEN EJEMPLO.	69
J) DERECHO AL NOMBRE.	70
K) ALIMENTACIÓN.	70
L) REPRESENTACIÓN LEGAL.	71

2.4.5.2. SOBRE LAS PERSONA SUJETAS A LA PATRIA POTESTAD.	72
A) HONRAR Y RESPETAR.	72
B) CONVIVENCIA.	73
C) OBEDIENCIA.	73
CAPITULO III	
MODOS DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.	75
3.1. CAUSAS POR LAS QUE SE ACABA LA PATRIA POTESTAD.	75
3.2. CAUSAS POR LAS QUE SE SUSPENDE LA PATRIA POTESTAD.	77
3.3. CAUSAS POR LAS QUE SE PIERDE LA PATRIA POTESTAD.	80
CAPÍTULO IV	
LA NECESIDAD DE CREAR EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.	85
PROBLEMÁTICA.	85
4.1. DE LOS MODOS DE RESTITUIRSE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.	86
4.2. SITUACIONES EN LAS QUE NO SERÍA POSIBLE RECUPERAR LA PATRIA POTESTAD.	96
4.3. RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN DIVERSAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE LA REPÚBLICA MEXICANA.	97
CONCLUSIONES.	
PROPUESTAS.	
BIBLIOGRAFÍA.	
LEGISLACIÓN.	

INTRODUCCIÓN

En la actualidad todas las naciones del mundo dan un lugar muy importante a la infancia, nuestro país no es la excepción. Ya que nuestro gobierno lucha por el sano e integro desarrollo de los menores, mismos que representan el futuro de la nación.

México se encuentra inmerso en una crisis social, económica y política entre otras, conformándose así una verdadera problemática en cuanto al buen estado y desarrollo de toda su niñez. La mayor parte de la niñez mexicana crece y se desarrolla en un núcleo familiar estable, que les permite disfrutar de sus padres, hermanos, compañeros de escuela y lo principal, de una integra adecuación a la Comunidad Social.

De igual manera existen minorías, que se conforman con todos aquellos niños que no cuentan con una familia unidad, sino por el contrario desintegrada, a consecuencia de problemas entre los cónyuges, los cuales muchas veces los llevan a hasta el divorcio y así mismo a pelear la patria potestad, y esto trae como resultado un crecimiento nocivo para el menor al no vivir con ambos padres, o incluso en muchos casos son separados de ellos y la patria potestad es ejercida por los abuelos. Esta situación en parte podría ayudar al menor en el caso de que el que pierda la patria potestad ocasione un gran daño para el menor, pero también de cierta forma lo afecta al no poder convivir con ambos padres; existen niños con mucha inseguridad pero que van saliendo adelante,

otros que se refugian en las drogas, o en malos hábitos, algunos salen de sus casas y viven en la calle, aunque muchos otros puede ser que realmente salgan adelante guardándose por un buen camino.

Es muy importante el buen desarrollo de los menores, por lo que se debe considerar que todos los seres humanos tenemos ciertas etapas en la vida, las cuales muchas veces nos hacen madurar y otras tantas perder algo que en verdad queremos; como es la pérdida de la patria potestad de un hijo, la cual acarrea graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor.

La ley tiene muchas lagunas, y con este trabajo tratare de regular la posibilidad de que sea viable restituir la Patria Potestad de un menor, considerando que un padre puede cambiar su conducta por la cual perdió la patria potestad y sería justo que mostrando el cambio en una persona este pudiera recuperar la patria potestad; pero para esto se deben reunir varios requisitos; teniendo una nueva oportunidad de llenar al menor de amor, alegría y conducirlo por un buen camino, lleno de consejos, seguridad y de una vida sana.

Estos factores aunados a otros van formando la personalidad y la conducta del menor. Los niños son nuestro futuro, por ello se debe luchar por un sano desarrollo físico y mental; para su plena incorporación y participación en el núcleo social.

Es importante estudiar los factores sociales que repercuten en la pérdida de la patria potestad y la forma de resanar estos para poder llegar a una restitución de la misma y así conservar la integridad familiar.

El trabajo de tesis que hoy someto a consideración de éste H. Jurado que integra el sínodo, se encuentra dividido para su estudio en cuatro capítulos,

conclusiones y propuestas, que es el aspecto medular del presente estudio pidiendo sean tomadas en consideración las líneas señaladas en mi trabajo central:

En el Capítulo I el lector encontrará los antecedentes históricos de la patria potestad en la época del Derecho Romano, en donde se asentarán los lineamientos más importantes de la misma. Fue desde entonces donde se establecieron las fuentes de la patria potestad, de las cuales hasta el día de hoy algunas siguen siendo válidas para nuestro Derecho. Asimismo, desde entonces preceden a nuestro Derecho Civil actual los efectos de la patria potestad respecto de la persona del hijo y de sus bienes, es decir hasta que límite intervienen los padres en la vida de sus hijos y también de que manera podían actuar en cuanto a los bienes de los hijos.

Todo esto es importante porque no se pueden analizar las disposiciones actuales en cuanto a la patria potestad sin antes remitirnos a la historia de la misma, es por ello que en la presente tesis dedico el primer capítulo a los antecedentes históricos de la patria potestad, ya que es de suma importancia para poder comparar la forma en la que la han acoplado a las necesidades de nuestra sociedad a través de los años. También es importante hablar de cómo opera la misma en otros países, pues se debe tener presente que nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal tiene similitudes con otros países en cuanto a la patria potestad y por lo tanto se hace necesario hablar de ellas en la presente tesis. Ahora bien otro aspecto importante es el hablar de cómo se encontraba regulada la patria potestad en los Códigos Civiles de 1870, 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, pues antes de nuestro Código Civil de 1928, operaron los Códigos ya mencionados, de tal suerte que de ahí

son respetables aspectos demasiado importantes conforme a mi criterio de los cuales hablaré.

Una vez que se haya hecho el análisis de los antecedentes históricos de la patria potestad, me dispondré hablar de las generalidades de la misma que operan en nuestro actual Código Civil vigente, considerando que es importante estudiarlo para darnos cuenta de como ha evolucionado a pasos agigantados y saber si realmente el cambio va conforme a lo que vamos viviendo en nuestra sociedad. Además las disposiciones legales de nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal que versan sobre el Derecho de la Familia son de suma importancia en virtud de que la familia es el núcleo de la sociedad, pues todos recibimos educación desde nuestro hogar y todo lo que aprendemos en el mismo es un factor determinante para nuestra personalidad de adultos.

Específicamente en el segundo y tercer capítulo hablare sobre la institución de la patria potestad, pues del ejercicio de la misma depende el tipo de personas que seamos en la sociedad, ya que como lo analizaré en dichos capítulos, de los padres depende el formar futuros delincuentes, homicidas, violadores, alcohólicos o simplemente personas que lejos de beneficiar a nuestra sociedad sólo la perjudiquen siendo personas ociosas en vez de productivas.

En la actualidad muchas parejas-matrimonios se divorcian, pelean la patria potestad, muchas veces sólo la posee uno de los padres, mi propuesta consiste en restituir la patria potestad, siempre que el progenitor observe una buena conducta y mediante ciertos requisitos; incorporado en el título octavo del Código Civil, el capítulo IV llamado de los Modos de Restituirse el Ejercicio de la Patria Potestad que constaría de 5 artículos, los cuales versaran sobre el

modo de la restitución, las partes que pueden intervenir, el término, algunos requisitos que deben cumplir y las causas en las que no procede.

Siempre mirando primordialmente los intereses del menor, considero que para ellos los padres son lo más importante, los seres que te dan la vida, que te ven crecer y por que no convivir con ambos, siempre y cuando no perjudique el bienestar físico y mental del menor.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD

En el presente capítulo se estudiarán los antecedentes históricos de la Patria Potestad en el Derecho Romano, en el Derecho Español, en el Derecho Francés, en el Derecho Argentino y en el Derecho Mexicano, así como algunas legislaciones en lo relativo a la Patria Potestad, con la finalidad de conocer la historia del presente tema y los cambios que se han realizado con el paso de los años.

1.1. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO

El Derecho Romano es el antecedente más importante que se puede encontrar, ya que fue en sus instituciones donde se plasmaron las bases que tenemos ahora en nuestra legislación, siendo una de ellas la Patria Potestad, por lo tanto, hablo de la misma en el presente capítulo anteponiendo brevemente que en el Derecho Romano se entiende por FAMILIA el *“Conjunto de individuos sometidos a la patria potestad o a la manus de una misma persona.”*¹

Ahora bien por lo que se refiere a las personas había una división de estas en dos grupos y son las personas sui iuris y las personas alieni iuris.

¹ ODERIGO. Mario N. Sinopsis de Derecho Romano. sexta Edición. Editorial de Palma. Buenos Aires. Argentina. 1982. p.78.

Las personas sui iuris eran aquellas que se encontraban libres e independientes de toda potestad, es decir tenían condición propia, su derecho y su voluntad no dependían de nadie, sino de si mismas. Las personas alieni iuris eran aquellas personas que contrario a las anteriores se encontraban sometidas a la potestad de un sui iuris, ya sea como esclavo, hijo de familia, como mujer in manu o como persona in mancipio. Por consiguiente cada persona se encontraba colocada en una familia, ya sea como cabeza, jefe, dueño de la casa, o bien sometido a alguno de ellos, a los cuales se les daba la denominación de Paterfamilias.

Una vez vista la definición de familia en el Derecho Romano, es posible dar la definición de Patria Potestad:

*“Era el poder atribuido al padre de familia, es decir la potestad ejercida sobre los hijos que formaban su familia y que se encontraban en ella como consecuencia de las justas nupcias, o por legitimación o la adopción”.*²

*“El Paterfamilias era el centro de toda domus romana, era el dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los iurapatronatus sobre los libertos. Tenía la potestad sobre los hijos y nietos; también en algunos casos poseía poder sobre la esposa mediante la manus y sobre las nueras casadas cum manu”.*³ Además, era el juez dentro de la Domus y el sacerdote de la religión del hogar, como una especie de “Monarca

² MORALES. José Ignacio. Derecho Romano. Tercera Edición. Editorial Trillas S.A. México 1996. p.78.

³ FLORIS MARGADANT. Guillermo. El Derecho Privado Romano. Vigésima Edición. Editorial Esfinge S.A. México 1995. p. 196.

Domestico”, podía imponer la pena de muerte a sus súbditos, ejerciendo el terrible *ius Vital Necisque*. Cabe mencionar que el paterfamilias tenía que ser ciudadano Romano.

1.1.1. FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

A) POR NACIMIENTO: Aquellos hijos nacidos de justas nupcias se encontraban bajo la potestad del paterfamilias. Los hijos nacidos de justas nupcias eran los que nacieron después de seis meses, contados a partir desde la celebración del matrimonio, asimismo los nacidos dentro de los diez meses contados a partir de la disolución. Cabe mencionar que los hijos nacidos fuera de matrimonio justo eran considerados *sui iuris* ya que la mujer no tenía potestad sobre sus descendientes.

B) POR LEGITIMACIÓN: Se daba cuando un hijo nacido de concubinato adquiría la calidad, la condición y los efectos de un hijo legítimo y por lo tanto podían formar parte de la familia de su padre. Dicha legitimación se verificaba de dos formas:

*** LEGITIMACIÓN POR MATRIMONIO SUBSIGUIENTE:** Se realizaba cuando un hombre tenía hijos con una concubina y después celebraba con ella las justas nupcias por lo que el matrimonio se convertía en matrimonio legítimo. Para tal situación debían reunir los siguientes requisitos:

1.-Que el padre y la madre al momento de la concepción no tuvieran algún impedimento o prohibición por la ley para contraer matrimonio.

2.-Se tenía que realizar el levantamiento de un acta en la que se constituyera la dote o bien, que se expresará con claridad la voluntad de convertir el concubinato en matrimonio legítimo.

3.-Los hijos tenían que dar su aceptación para que se llevara a cabo la legitimación, ya que no los podían someter contra su voluntad a la Patria Potestad.

* **LEGITIMACIÓN POR OBLIGACIÓN A LA CURIA:** Aquí es necesario mencionar que la curia estaba formada por el senado de las ciudades municipales, es decir, las que habían obtenido el derecho de ciudad Romana y por lo tanto disfrutaban el privilegio de gobernarse en forma autónoma a través de instituciones similares a las de Roma, de tal suerte, que la curia era un pequeño senado, formado por los decuriones, sus senadores, los curiales y los patricios. Los decuriones formaban una orden que gozaba de privilegios, pero a su vez estaban sometidos a obligaciones onerosas como responder al cobro de todos los impuestos. Pero por lo gravoso de las obligaciones, en ciertas épocas del Imperio, la mayoría rehuía a estos cargos sin importar el honor que proporcionaba el cargo; por lo tanto en atención a lo anterior los Emperadores Valentiniano y Teodosio decretaron que un decurión o un ciudadano que únicamente tenía hijos naturales legitimarlos por el simple hecho de ofrecerlos a la curia y en caso de ser hija natural podía legitimarla si la casaba con un decurión.

* **LEGITIMACIÓN POR RESCRIPTO:** Esta se daba por un permiso del emperador, donde se concedía la legitimación bajo la condición de que el padre no tuviera algún hijo legítimo, y que tampoco le fuera posible contraer matrimonio legítimo con la madre del hijo natural, bien por haber muerto esta o porque existía un impedimento grave. Dicho rescripto podía solicitarlo el padre o los hijos en caso de que, muerto aquel en su testamento disponía su voluntad de legitimarlos.

C) POR ADOPCIÓN: Es cuando pasaban a formar parte de la familia los hijos nacidos de un extraño a ella y por el que un ciudadano adquiría la Patria Potestad por efecto de Derecho Civil, no importando los vínculos consanguíneos, se les llamaba hijos adoptivos y por consiguiente tomaban el nombre de la familia adoptante. Originalmente la adopción se llevaba a cabo a través de tres ventas ficticias de la persona que se iba a adoptar, en la tercera venta el adoptante reclamaba ante el pretor la Patria Potestad sobre la persona por adoptar y por lo tanto el Magistrado declaraba fundada la acción del actor adoptante.

Para la adopción, el adoptante debía tener dieciocho años más que el adoptado; sólo los varones sui iuris podían adoptar y las mujeres no, en virtud de que no podían ejercer la Patria Potestad. La adopción era celebrada ante el Pretor en Roma y ante el Gobernador en las provincias.

D) POR ADRROGATIO: Consistía en que un paterfamilias adquiría la Patria Potestad sobre otro paterfamilias; de esta forma se extinguía un culto

domestico; también tenía como consecuencia que una gens perdiera alguna rica domus a favor de la del adoptante.

Era requisito para la adrogación que el adrogante fuera mayor de sesenta años, no debía tener hijos y sólo se podía adrogar a una persona. Es de destacar que como el adrogado caía bajo la Patria Potestad del adrogante con el mismo título que un descendiente nacido de justas nupcias, también pasan a la nueva familia sus descendientes y por lo tanto todos pierden sus derechos de agnación inherentes a su antigua familia, tomando el nombre de la familia adrogante.

1.1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

“El maestro Odérigo señala como tales las siguientes:

La patria potestad no se modifica en razón de la edad, ni del matrimonio de los hijos, solamente la podía ejercer el jefe de la familia, aquí es importante aclarar que no siempre la ejercía el padre, ya que el abuelo paterno la conservaba mientras vivía, la madre nunca podía ejercer la patria potestad.”⁴

1.1.3. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

Respecto de la persona del hijo: Derecho de dar muerte, derecho de mancipar y derecho de abandonar.

Respecto de los bienes del hijo: Todo lo que el hijo adquiría pasaba a manos del jefe de familia, ya que el era el titular del patrimonio.

⁴ ODERIGO. Mario N. Op. Cit. p. 83.

1.1.4. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se extinguía de las siguientes maneras:

1.- Por acontecimientos fortuitos.

1.1.- Muerte del jefe de familia, su reducción a la esclavitud o la pérdida de su derecho a la ciudadanía.

1.2.- Muerte del hijo, su reducción a la esclavitud o la pérdida de su derecho a la ciudadanía.

2.- Por actos solemnes

2.1.-Elevación del hijo a ciertas dignidades como flamen dialis, es decir, sacerdote de Júpiter, padre de los dioses y que por lo tanto tenía derecho a la silla curul.

2.2.-Por casarse una hija in manu, es decir la mujer rompe los vínculos de agnación con su familia, para ingresar a la familia de su marido como agnada, de tal forma que quedará en el lugar de una hija si su marido es alieni iuris.

2.3.-Por la emancipación, la cual se realizaba mediante tres ventas ficticias por el pater familias a una persona o a diversas; con un previo acuerdo la manumitida mediante la venta por dos ocasiones, de esta forma el hijo recaía en la potestad del padre, a la tercera venta, el hijo salía de la Patria Potestad, aunque quedaba bajo la mancipio del comprador.

1.2. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el Derecho Español la Patria Potestad es definida de la siguiente forma:

*“Significa el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los progenitores sobre los hijos menores no emancipados para el cumplimiento de los deberes de alimentación, educación e instrucción”.*⁵

*“Colin y Capitant definen la patria potestad como el Conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre ellos.”*⁶

Estos deberes surgen de la relación de los padres y de los hijos, ya que cuando estos nacen se encuentran en un estado de necesidad pues ellos no están en condición de proveerse de lo necesario, de ahí que a los padres les corresponde cumplir con dicha función, derivada también de la obligación moral. La patria potestad se ejerce sobre los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio, los naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad con respecto al padre o a la madre que los reconoce o adopta.

La legislación española vigente reconoce a ambos padres para ejercer la patria potestad, pero también contempla aquellos casos en que la patria potestad sólo pueda ejercerla uno de los padres y esto será en defecto o por ausencia,

⁵ PUIG BRUTAU. José. Compendio de Derecho Civil. Volumen IV. Editorial Bosh. Barcelona 1991. p. 169.

⁶ CASTAN TOBEÑAS. José. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo IV. Sexta Edición. Editorial Reos. Madrid. 1944 p.36.

incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Cuando se habla de defecto de uno de los progenitores se refiere únicamente a la muerte. Declaración de fallecimiento o indeterminación de uno de ellos, por lo que en realidad estaríamos hablando de una titularidad única; ahora bien en los casos de ausencia, incapacidad o imposibilidad debe tratarse de situaciones estables o duraderas que afecten durante cierto tiempo el ejercicio de la Patria Potestad. Aquí cabe destacar que en los últimos casos mencionados no es necesaria la declaración de ausencia o incapacidad. En el caso de que los padres vivan separados la patria potestad la ejercerá el padre con quien viva el hijo, más sin embargo el otro puede solicitar la patria potestad conjunta siempre y cuando sea en interés del hijo.

En lo que respecta a derechos y obligaciones el derecho español se establece que los padres deben *“velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Asimismo, representarlos y administrar sus bienes.”*⁷

Si por alguna razón los padres no cumplieran con las obligaciones ya mencionadas *“El juez a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará:*

1.-Las medidas cautelares convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del deber en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.

⁷ PUIG BRUTAU. José. Op. Cit. p. 176.

2.-Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas, en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.-En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle algún perjuicio.”⁸

Los hijos a su vez tienen la obligación de obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre. Contribuir equitativamente según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.

Cabe destacar que en las obligaciones de los padres se encuentra el derecho de corregir razonable y moderadamente, pero es de señalar que el abuso de esta facultad puede ser causa de privación de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (potestad) o dictada en causa criminal o matrimonial.

Como los padres no siempre comparten el mismo criterio en cuanto a la educación de los hijos, si llegará a surgir algún desacuerdo cualquiera de los padres puede acudir al juez, quien escuchara a ambos y al hijo en caso de que este en posibilidad o bien si tiene más de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Los padres que ostenten la patria potestad tienen la facultad de decidir sobre los bienes del menor, siempre en provecho al hijo. Por lo que se refiere a la extinción de la Patria Potestad el Derecho Español contempla las siguientes causas:

⁸ Ibidemp. p. 176.

- 1.-La muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo.
- 2.-La emancipación.
- 3.-La adopción del hijo; esta produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior.

En cuanto a la muerte o declaración de fallecimiento si sólo afecta a uno de los padres, la patria potestad no se extingue, pues ya se ha visto que en defecto de uno de ellos se ejercerá exclusivamente por el otro.

La emancipación se da en los siguientes casos:

- 1.-Por la mayor edad que es a los 18 años, en esta edad se les atribuye plena capacidad.
- 2.-Por el matrimonio del menor.
- 3.-Por concesión de los que ejerzan la Patria Potestad; para esta se exige que el menor tenga 16 años cumplidos, que la consienta y que el otorgamiento se haga por escritura pública o por comparecencia ante el juez encargado del Registro Civil.

El hijo mayor de 16 años puede ser emancipado judicialmente si lo pidieren y con previa audiencia de los padres en los siguientes casos:

- a) Cuando quien ejerce la Patria Potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor.
- b) Cuando los padres vivieren separados.
- c) Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

- 4.- Por concesión judicial.

Los padres pueden ser privados de la Patria Potestad total o parcialmente 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, lo anterior se dará automáticamente en los casos de reaparición del ausente y de haber cesado la incapacidad o imposibilidad.

El derecho español contempla la prorroga y rehabilitación de la patria potestad, esta versa sobre los hijos que hubieran sido incapacitados para lo cual quedará prorrogada por ministerio de ley, al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado no se constituirá tutela sino, que se rehabilitara la patria potestad que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuere menor de edad.

La patria potestad prorrogada termina en los siguientes casos:

- 1.-Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.
- 2.-Por la adopción del hijo.
- 3.-Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.
- 4.-Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

1.3. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO FRANCES

El derecho francés define a la Patria Potestad de la siguiente forma: *”La Patria Potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y*

*a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.*⁹

En el Derecho Francés se les atribuye la Patria Potestad conjuntamente al padre y a la madre, el hijo queda bajo la autoridad de ambos. Están sometidos a la patria potestad los legítimos, los hijos naturales reconocidos y los hijos adoptivos.

Es de mencionarse que aunque se les atribuye a ambos padres los derechos y facultades conjuntamente, esto en realidad no es así ya que durante el matrimonio dicha potestad es exclusiva del padre y sólo la ejerce la madre en los siguientes casos:

1.-Muerte del padre.

2.-Pérdida por el padre de la Patria Potestad, si se llegará a dar el caso de que el padre por alguna razón perdiera la Patria Potestad, el juez decidirá si se le atribuye a la madre o se constituye la tutela.

3.-Cuando el padre no se halle en estado de ejercitar sus derechos, como es en el caso de locura o de la ausencia.

Por lo tanto en caso de que se de la muerte de ambos padres la ley les concede ciertos derechos a los abuelos como los siguientes:

1.-La tutela les corresponde de derecho, salvo que el último de los padres en morir los haya despojado de ella.

⁹ PLANIOL MARCEL. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Cárdenas México 1983. p. 251.

2.-Los ascendientes poseen siempre aunque no tengan la tutela, el derecho de consentir en el matrimonio de sus descendientes.

Es de mencionar que se puede dar la delegación judicial de la Patria Potestad cuando la educación del hijo es para sus padres una carga muy pesada y estos están dispuestos a internar a su hijo en un hospicio o a encomendarlo a una persona caritativa; también cuando el hijo ha sido abandonado y recogido por alguna institución sin intervención de los padres.

En cuanto a los derechos y obligaciones que tienen los padres sobre sus hijos *“deben tener el cuidado de dirigir la educación del hijo, de normar su conducta, de forma su carácter e ideas.”*¹⁰ En lo que toca a la educación los padres tienen la obligación de proporcionar a sus hijos la instrucción primaria.

Los padres también tienen el derecho de guarda y vigilancia del hijo; por lo que se refiere al derecho de guarda este consiste en que los hijos tienen la obligación de habitar en la casa de los padres y ahí por consiguiente se dará la vigilancia de los hijos pues a los padres les corresponde dirigir sus acciones y vigilar su desenvolvimiento moral.

En lo que respecta al sostenimiento del hijo Planiol menciona que *“La obligación de los padres comprende los gastos de toda clase que origina la presencia del hijo; alimentación, vestido, casa, gastos de enfermedad y sobretodo los gastos de educación.”*¹¹

¹⁰ PLANIOL MARCEL. Op. Cit. p. 261

¹¹ Ibidem p. 271

Dicha obligación pesa conjuntamente sobre los dos esposos, cada uno contribuye en proporción de sus recursos, al igual que en nuestra legislación mexicana, si uno carece de bienes debe el otro soportar por sí sólo todos los gastos, o si muere, el hijo queda totalmente a cargo del supérstite; los herederos del padre no responden de la obligación aún cuando sean ascendientes del hijo.

Es de importante mención que el padre y la madre permanecen obligados aún cuando hayan sido privados de la Patria Potestad, la pérdida los priva de sus derechos pero no los libera de sus obligaciones, en caso de que incumplan con esta obligación pueden ser demandados judicialmente si no la cumplen en forma voluntaria.

Los padres también tienen a su cargo la administración legal de los bienes del hijo, dichos bienes los puede obtener con motivo de una donación o un legado, así como también por sucesión ab-intestato.

Ahora bien en el Derecho Francés a la pérdida de la Patria Potestad se le da el calificativo de caducidad. A dicha caducidad se le clasifica en dos categorías:

A) Caducidad de pleno derecho; se da como consecuencia legal a ciertas condenas penales que son las siguientes:

- 1.-Toda condena por excitación habitual de su propio hijo al libertinaje.
- 2.-Condenación por excitación habitual de los menores al libertinaje.
- 3.-Toda condena por crimen cometido contra la persona del hijo.
- 4.-La segunda condena por un delito, contra la persona del hijo.
- 5.-Toda condena por crimen cometido en participación con el hijo.

6.-La segunda condena por delito cometido en participación con el hijo.

B) Caducidad facultativa; esta la decretan los Tribunales en los siguientes casos:

1.-Condena en razón de un crimen.

2.-Segunda condena por secuestro, supresión, exposición o abandono de hijos o por vagabundeo.

3.-Segunda condena por embriaguez pública.

4.-Envío del hijo a una casa de corrección.

5.-Condena por delito de abandono de familia.

También puede decretarse la caducidad independientemente de toda condena, cuando los padres, por su embriaguez habitual, su mala conducta notoria y escandalosa, por malos tratos, por la falta de cuidados o por falta de dirección, comprometan ya sea la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos, en estos casos la caducidad es decretada por el Tribunal Civil a promoción del Ministerio Público o de un pariente del menor desde el grado de primo hermano. Es importante mencionar que la caducidad de la Patria Potestad no es irrenunciable y definitiva, los padres que fueron privados de ella tienen derecho para demandar de los tribunales la restitución de su ejercicio.

En tales casos cuando la caducidad que los afectó resultaba de una condena penal sólo se les concede la acción de restitución en tanto cuando hayan obtenido su rehabilitación, beneficio que borra los efectos de la condena y el recuerdo mismo de la infracción; cuando la caducidad ha sido decretada por el Tribunal Civil sin que los padres hayan incurrido en una condena penal, la

acción sólo puede ejercitarla tres años después de haber causado ejecutoria la sentencia que decretó su caducidad.

1.4. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ARGENTINO

La Doctrina Argentina define a la Patria Potestad *“Como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los Padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.”*¹²

Asimismo, señala que al igual que las demás instituciones de Derecho de Familia la Patria Potestad existe como situación de hecho natural y social, con una fuerte legitimidad propia, frente a la cual el derecho nada innova, limitándose a acomodarse a ella. *“La patria potestad es un derecho que descansa en una posición exclusivamente biológica, porque es necesario ser padre y madre, para que tenga aparición y nacimiento espontáneo y automático la Patria Potestad constituyendo uno de los atributos objetivos de la maternidad y la paternidad que tienen preexistencia en todo tiempo a lo jurídico.”*¹³

La ley no puede conceder lo que los padres tienen por imperio de la naturaleza o por voluntad de Dios de tal manera que la ley no puede conceder lo que no tienen en propiedad. La ley no puede crear la Patria Potestad pues simplemente la codifica. *“Consecuencia de todo ello resulta que para el Derecho Argentino la Patria Potestad es un conjunto de poderes – deberes dentro de los cuales*

¹² LOPEZ DEL CARRIL. Julio J. Derecho de Familia. Editorial Abeledo Perrot. Argentina 1984. p. 4.

¹³ LOPEZ DEL CARRIL. Op. Cit. p. 6.

*predomina la noción de ver a cargo de los padres, como protección de todo terreno, educación, habitación, vestimenta, incluso cuidar y proteger los intereses patrimoniales del hijo menor de edad, de ahí que la patria potestad tenga un carácter oficioso.*¹⁴

La patria potestad es dividida en un derecho objetivo y un derecho subjetivo, el primero norma los derechos y deberes de los padres y también de los hijos; el segundo contiene el poder jurídico que se concede al padre y a la madre contra quien pretenda detentar un poder sobre sus hijos para ejercer la patria potestad y remover los obstáculos que se le opongan. La Doctrina Argentina señala como caracteres de la patria potestad la irrenunciabilidad que consiste en un carácter fundamental, puesto que en mira de la patria potestad es un deber – función a cargo de los padres, por lo tanto la renuncia de los padres a la patria potestad consistiría en evadir al cumplimiento del deber de protección, siendo que esta institución en estudio es de orden público.

Los aspectos que integran la patria potestad son personalísimos y tampoco permiten la delegación a favor de terceros de las protecciones que comprende por lo que la patria potestad es indelegable.

La doctrina Argentina admite que la patria potestad es de orden público y se halla fuera del comercio.

En cuanto los derechos y obligaciones el Derecho Argentino contempla los siguientes:

¹⁴ Ibidem p. 17.

1.-Criarlos, el padre debe prodigar sus cuidados a la madre y al hijo, prestar asistencia medica, vestimenta, manutención, asistencia médica y los requerimientos higiénicos.

2.-Vivir en el mismo hogar.

3.-Prestar alimentación para su desarrollo físico.

4.-Darles educación.

5.-Representar al hijo en todos los actos jurídicos.

6.-Exigir del hijo respeto y obediencia.

7.-Corregir a los hijos moderadamente, quedan excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores.

Asimismo los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad.

Los padres también tienen el derecho a elegir el nombre de su hijo, el derecho a la imagen esto es el permiso de dejar que el hijo sea fotografiado y el derecho sobre el cuerpo del hijo esto se refiere al permiso que los padres autorizan en el caso de que el menor requiera de una intervención quirúrgica.

La patria potestad se acaba y su extinción se produce en los siguientes supuestos:

1.-Por la muerte del padre o de la madre.

2.-Por la muerte de los hijos sujetos a la patria potestad.

3.-Por profesión de los padres o de los hijos en Institutos Religiosos.

4.-Cuando los hijos llegan a la mayoría de edad.

5.-Por emancipación legal de los hijos.

Los padres pueden perder la patria potestad por incumplimiento en los deberes de la patria potestad tal como se expone en los siguientes casos:

A) Por delito cometido por los padres hacia sus hijos.

B) Por haber cometido un delito doloso y para que proceda la pérdida es necesario que le haya recaído una sentencia penal.

C) Por la exposición o el abandono.

D) Por dar el padre o madre a los hijos consejos inmorales o colocarlos dolosamente en peligro material o moral.

La privación de la patria potestad a los padres por parte de la autoridad puede ser dejada sin efecto por el juez, si los padres demuestran, que por circunstancias nuevas la restitución se justifica en beneficio del interés de los hijos.

Es de importante mención que la privación del ejercicio de la patria potestad es temporal, pues los padres que fueron privados de ella, una vez que hayan pasado dos años podrán solicitar que esa medida se deje sin efecto. Otro aspecto en el Derecho Argentino es la suspensión del ejercicio de la patria potestad, la cual se establece de la siguiente manera:

El ejercicio de la patria potestad queda suspendido en ausencia de los padres ignorándose su paradero y por incapacidad mental, en tanto dure la ausencia o la incapacidad. Los jueces pueden suspender el ejercicio de la patria potestad si el padre o la madre tratasen a sus hijos con excesiva dureza sin motivo alguno; o si por consecuencia de su ebriedad consuetudinaria cometieran actos

negligentes graves que comprometieran la salud, la seguridad o moralidad de los hijos.

Al igual que en la privación del ejercicio de la patria potestad dos años transcurridos desde que se dictó sentencia, los padres podrán solicitar que se deje sin efecto la medida probando que se hallan en situación de cumplir convenientemente sus obligaciones.

1.5. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO.

1.5.1 CODIGO CIVIL DE 1870

En esta legislación se establecía que los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición deberán honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Como sujetos pasivos de la patria potestad consideraba a los hijos menores de edad no emancipados. Como sujetos activos de la patria potestad estaban antes que nadie el padre y la madre y a falta de estos podían ejercerla en el orden siguiente:

1.-Abuelo Paterno

2.-Abuelo Materno

3.-Abuela Paterna

4.-Abuela Materna

En dicho código estaba contemplada la facultad del padre para corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente, así como la obligación de educarle convenientemente. Al igual que a los padres se les marcaba obligación

también se les imponía obligación a los hijos de permanecer en la casa, asimismo, no podían comparecer en juicio ni contraer obligaciones sin que lo consintiera la persona que ejercía la patria potestad.

En cuanto a los bienes del hijo el que ejercía la patria potestad era el legítimo representante y administrador legal de los bienes. Cuando se daba el caso de que el hijo tuviera la administración de los bienes por la ley o por voluntad del padre se le consideraba como emancipado. Los hijos al llegar a la mayoría de edad tenían la facultad de pedir cuentas a los padres de la administración de bienes.

Los bienes del hijo se dividían en las siguientes clases:

1.-Bienes que proceden de donación del padre; la propiedad pertenece al hijo y la administración al padre.

2.-Bienes que proceden de donación de la madre, o de los abuelos, aún cuando aquella o alguno de estos, este ejerciendo la patria potestad.

3.-Bienes que proceden de donación de los parientes colaterales o de persona extraña, aunque estos y los de la segunda clase se hayan donado en consideración al padre.

4.-Bienes debidos a don de la fortuna; en estos últimos tres tipos de bienes la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo eran del hijo, la administración y la otra mitad del usufructo eran del padre.

5.-Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto no importando cual sea; en cuanto a estos bienes la propiedad, la administración y el usufructo eran del hijo.

El padre no podía enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles que le correspondían al usufructo y a la administración a menos que hubiera una causa de absoluta necesidad o evidente utilidad y previa autorización del juez competente.

El derecho de Usufructo que se le concedía al padre se extinguía por las siguientes causas:

- a) Por la emancipación o mayor edad de los hijos.
- b) Cuando la madre pasaba a segundas nupcias.
- C) Por renuncia, la cual si se realizaba se consideraba como donación para el hijo.

En aquellos casos en que el padre tenía un interés opuesto al de sus hijos menores, el juez nombraba un tutor para que los representara en juicio.

La patria potestad acababa por la muerte de quien la ejercía, por la emancipación y por la mayor edad del hijo. En cuanto a la pérdida de la patria potestad se daba cuando el que la ejercía era condenado a alguna pena que implicaba la pérdida de la misma. En ocasiones los Tribunales podían privar de la patria potestad al que la ejerce o modificar su ejercicio si se exceden, no cumplen la función de educarlos o les imponen preceptos inmorales.

También la patria potestad se podía suspender por las siguientes causas:

1.-Por incapacidad declarada judicialmente cuando se trataba de mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tenían intervalos lucidos, así como los que eran sordomudos y no sabían leer ni escribir.

2.-Cuando se trataba de pródigos declarados conforme a la ley en cuanto a la administración de los bienes.

3.-Por la ausencia declarada en forma.

4.-Por sentencia condenatoria que imponía como pena dicha suspensión.

En el código en estudio la madre, abuelos y abuelas podían siempre renunciar su derecho a la patria potestad o al ejercicio de la misma; la cual en ambos casos recaía en el ascendiente que correspondía según la ley y si no lo había se le proveía de tutor al menor conforme a derecho, es decir que si renunciaban ya no podían recobrarla.

En otro supuesto cuando la madre o abuela en su caso, quedaban viudas y daban a luz un hijo ilegítimo perdían sus derechos o si por consiguiente contraían segundas nupcias perdían la patria potestad.

1.5.2. CODIGO CIVIL DE 1884.

Al igual que en el Código de 1870 se disponía que los hijos, cualesquiera que fuera su estado, edad y condición debían honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Los hijos y sus bienes son los sujetos pasivos ya que es en ellos sobre los cuales se ejerce la patria potestad.

Los sujetos activos son el padre y la madre también según sea el caso lo es el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna y la abuela materna, es de mencionar que estos solo ejercían en caso de muerte, interdicción o ausencia.

Los hijos no podían dejar la casa de quien la ejercía sin permiso de este o de la autoridad pública competente.

También el padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente, así mismo tiene la obligación de educarlo convenientemente.

La persona sobre la que se ejerce la Patria Potestad no podía comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin consentimiento del que ejercía aquel derecho. Asimismo en lo que respecta a los bienes el que ejerce la patria potestad era su legítimo representante y administrador legal; en los casos en que el hijo tuviera administración de los bienes por la ley o por la voluntad del padre se le considerará respecto de la administración como emancipado.

Los padres una vez que los hijos lleguen a la mayoría de edad les entregaran los bienes.

Los bienes de los hijos se dividían en seis clases:

1.-Bienes que procedían de donación del padre, en este supuesto la propiedad pertenecía al hijo y la administración al padre.

2.-Bienes que procedían de herencia o legado del padre.

3.-Bienes que procedían de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos aún cuando aquella o alguno de estos estuvieran ejerciendo la patria potestad.

4.-Bienes que procedían de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas aunque estos y los de tercera clase se hubieran donado en consideración al padre.

5.-Bienes debidos a don de la fortuna; en estos cuatro últimos mencionados la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo eran siempre del hijo, la administración y la otra mitad del usufructo eran del que ejercía la patria potestad.

6.-Bienes que el hijo había adquirido por un trabajo honesto; en estos bienes la propiedad, la administración y el usufructo eran del hijo.

El padre no podía enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles de los cuales les correspondían el usufructo y la administración, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad y previa la autorización del juez competente.

El derecho de usufructo concedido al padre se extinguía:

1.-Por la emancipación o la mayor edad del hijo.

2.-Por la pérdida de la patria potestad.

3.-Por renuncia, la cual si se hacía a favor del hijo se consideraba como donación.

Si los padres tenían un interés opuesto al de sus hijos menores el juez nombraba un tutor para que los representara en juicio y fuera del mismo. Por lo que se refiere al término de la patria potestad, este se daba por la muerte de la persona que la ejercía, por la emancipación y por la mayor edad del hijo. La patria potestad se perdía cuando el que la ejercía era condenado a alguna pena que importaba la pérdida de este derecho. En caso de que no se les educara, se les imponía preceptos inmorales o se les daba ejemplos o consejos corruptores, los Tribunales podían privar de la patria potestad al que la ejercía.

También se podía dar la suspensión de la patria potestad por incapacidad declarada judicialmente cuando se trataba de mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad o de sordomudos que no sabían ni leer ni escribir, por la ausencia declarada en forma y por sentencia condenatoria que imponía como pena esta suspensión.

Es de suma importancia destacar que se contempla el derecho de la madre, abuelos y abuelas podían siempre renunciar a su derecho a la patria potestad o al ejercicio de esta, la cual continuaría ejerciendo el ascendiente a quien correspondía según la ley, en caso de no haber nadie se proveía de tutor, no omito mencionar que el ascendiente que renunciaba no podía recobrar la patria potestad.

La madre o abuela viuda que vivía en mancebía o daba a luz un hijo ilegítimo perdía los derechos, asimismo, cuando pasaban a segundas nupcias.

1.5.3. CODIGO CIVIL DE 1928.

Es el Código que se encuentra vigente en nuestro derecho mexicano. La patria potestad se encuentra codificada de una manera similar en algunas disposiciones a las ya citadas en los Códigos anteriores, pero ha sufrido algunas modificaciones, de las cuales las más recientes son las del mes de Diciembre de 1997 y septiembre de 2004, mismas que versan sobre algunos aspectos que se consideran importantes y que a continuación se mencionaran sin redundar mucho, ya que las disposiciones contempladas en el mismo son tema de análisis en los próximos dos capítulos de la presente tesis.

La patria potestad se ejerce por los padres, a falta de uno la ejerce el otro o a falta de ambos será ejercida por los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez, sobre los hijos menores de edad no emancipados y sobre sus bienes.

Los que ejercen son los legítimos representantes de los que están bajo ella y tienen la administración legal de los bienes, los cuales a diferencia de las legislaciones ya mencionadas se dividen tan sólo en dos clases como lo dispone el artículo 428 del Código Civil para el Distrito Federal:

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

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

Una modificación de suma importancia que se hizo mucho antes de las reformas de diciembre de 1997, es la de los Códigos de 1870 y 1884 en los que se contemplaba el derecho de la madre de renunciar a la patria potestad, situación que se considera era totalmente fuera de lugar, porque, como era posible que se le permitiera renunciar a los derechos y obligaciones que llevaba implícitos en el ejercicio de la patria potestad y que independientemente de que el derecho los regulará o no, debía de cumplir, porque es un deber moral que nace al concebir un hijo y que no se puede evadir. En nuestro Código Civil de 1928, ya no se contempla ese derecho que tenía la madre, sólo contempla a los abuelos.

1.5.4. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917 no difiere mucho de los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, se confirma que casi eran las mismas disposiciones, en dicha ley se establecía que los hijos debían honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

También que la patria potestad se ejercía por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos, por el abuelo y la abuela maternos, sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los hijos legitimados, de los naturales y de los adoptivos.

El hijo no podía dejar la casa de los que ejercían sin permiso de ellos o decreto de la autoridad judicial competente.

Los padres tenían la obligación de educarlo convenientemente, también tenían la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente, el que estaba sujeto a la patria potestad no podía comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin consentimiento del que la ejercía.

También se consideraba la posibilidad de que las autoridades auxiliaran a los padres en el ejercicio de la patria potestad de una manera prudente y moderada si se les requería.

Los padres o quien estuviera ejerciendo la patria potestad eran los legítimos representantes de los que estaban bajo la misma y tenían la administración legal de los bienes que les pertenecían conforme a las prescripciones de la ley; mientras duraba la administración los que ejercieran la patria potestad tenían la

mitad del usufructo de ellos. Es de mencionar que no podían enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y muebles preciosos que correspondían al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la autorización del juez competente.

Si la patria potestad era ejercida por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes era el padre o el abuelo, pero tenía la obligación de consultar en todos los negocios a su consorte y requería su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

También el padre o el abuelo podían representar a sus hijos en juicio pero no podían celebrar ningún arreglo para terminarlo, sino era con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requería expresamente.

El derecho de usufructo concedido a los que ejercían la patria potestad se extinguía por la mayor edad de los hijos, por la pérdida de la patria potestad y por renuncia. Cuando los que ejercían la patria potestad tenían un interés opuesto al de sus hijos menores, serían representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso. Los jueces tenían la facultad de tomar las medidas necesarias para asegurar los bienes del hijo, siempre que el que ejercía la patria potestad los administrará mal, derrochándolos o haciéndoles sufrir pérdidas considerables. Dichas medidas se tomarían a instancia de la madre o de la abuela, cuando era el padre o el abuelo el que administraba, o del abuelo cuando era la madre la que estaba administrando, o de los hermanos mayores del menor, o de éste mismo cuando había cumplido catorce años, o del Ministerio Público.

La patria potestad se acababa por las siguientes causas:

- 1.-Por la muerte del que la ejercía si no había otra persona en quien recayera.
- 2.-Por la mayor edad del hijo.
- 3.-Por la emancipación.

La patria potestad se perdía cuando el que la ejercía era condenado a alguna pena que implicaba la pérdida de ese derecho.

Los Tribunales podían privar de la patria potestad al que la ejercía o modificar su ejercicio, si trataban a los que estaban bajo ella con excesiva severidad, no los educaban o les imponían preceptos inmorales, asimismo, si les daban ejemplos o consejos corruptores.

La patria potestad se suspendía:

- 1.-Por incapacidad declarada judicialmente.
- 2.-Por la ausencia declarada en forma.
- 3.-Por sentencia condenatoria que impusiera como pena esa suspensión.

Los abuelos y las abuelas podían siempre renunciar a su derecho de la patria potestad o al ejercicio de ésta; la cual en los dos casos recaería en el ascendiente o ascendientes que correspondieran según la ley, en caso de que no los hubiera se proveería a la tutela del menor conforme a derecho, pero es importante decir que los que renunciaban no podían recobrarla.

Al igual que en los códigos ya citados anteriormente la madre o abuela viuda que ejercían la patria potestad perdían el derecho a ella si vivían en mancebía o daban a luz un hijo ilegítimo, si la abuela vivía en mancebía o daba a luz un hijo ilegítimo antes de que recayera en ella ese derecho no lo podía ejercer.

Asimismo si la madre o la abuela que pasaban a segundas nupcias perdían la patria potestad y no hubiera otra persona en quien recayera la patria potestad se proveía la tutela conforme a la ley.

En la actualidad la patria potestad se acaba, se pierde, se suspende y se contempla que es irrenunciable, estas modificaciones se encuentran en los artículos 443, 444, 447 y 448 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, respectivamente, los cuales son objeto de estudio de los próximos capítulos.

CAPITULO II

GENERALIDADES DE FAMILIA Y PATRIA POTESTAD

En el presente capítulo se establecen los diferentes conceptos de familia, filiación, parentesco y patria potestad, temas que se consideran son de suma importancia realizar un estudio, ya que el tema que ocupa la presente tesis se relaciona con los mismos.

2.1. CONCEPTO DE FAMILIA.

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y dieron origen a diversos tipos de familias que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos, jurídicos, etc.

La familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en el que el individuo logra su desarrollo, tanto físico, psíquico y social. También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

Para que se comprenda el concepto de la palabra Familia, se debe saber su significado etimológico, al respecto nos dice el autor Antonio de Ibarrola *“Procede la palabra familia del grupo de los Famuli que significa hombre, Fámulos son los que moran con el señor de la casa y Faamat que significa habitar, hogar, habitación, radicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos y a los esclavos domésticos, llamando, pues familia y famulia al conjunto de ellos.”*¹

Ahora bien los autores Baqueiro Rojas Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, dieron algunas acepciones de la palabra familia, las cuales se mencionarán a continuación.

CONCEPTO DE FAMILIA: *“Institución social compuesta por un grupo de personas vinculadas jurídicamente como resultado de la relación intersexual y la filiación.”*²

2.1.1. CONCEPTO BIOLÓGICO: *“...deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus ascendientes, sin limitación. La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre”.*³

¹ IBARROLA. Antonio. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Porrúa. S.A. México 1995. p. 608.

² BAQUEIRO ROJAS. Edgard y BUENROSTRO BAEZ Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México 1990. p.8.

³ BAQUEIRO ROJAS. Edgard y BUENROSTRO BAEZ. Rosalía. Op. Cit. p.8

2.1.2. CONCEPTO SOCIOLÓGICO: *“...es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y de los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda”.*⁴

2.1.3. CONCEPTO JURÍDICO: *“...pues este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos, efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros. Así desde la perspectiva jurídica la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos, también constituyen parte de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores”.*⁵

El artículo 138 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal nos habla sobre la relación familiar.

“Artículo 138 Quintus. Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.”

Magallón Ibarra, nos dice: *“Familia en sentido estricto-dice Francesco Messineo- es el conjunto de dos o más personas que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de*

¹⁸ Ibidem. p. 8.

⁵ Ibidem. p. 9.

*afinidad, y que constituyen un todo unitario. En sentido amplio pueden incluirse personas difuntas (antepasados aún remotos o por nacer), familia como stirpe, descendencia, continuidad de sangre; o bien todavía en otro sentido, las personas que contraen entre sí un vínculo del parentesco de sangre (adopción); familia civil.”*⁶

Para Branca Giuseppe la familia *“Es el conjunto de personas ligadas entre sí por vínculos de parentesco, de adopción, de afinidad y según algunos, de filiación”.*⁷

Para Sara Montero Duhalt la familia *“Es el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer. Para que la pareja humana pueda considerarse por sí sola como familia, se requieren dos elementos añadidos a la unión sexual: la permanencia más o menos prolongada y la cohabitación. Aunque de su unión no resulte la procreación, la mujer y el hombre que cohabitan permanentemente configuran la familia.”*⁸

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el tercer párrafo del artículo 16 preceptúa que *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad del Estado”.*⁹

Es posible concluir este punto diciendo que la familia en nuestro Derecho, es el conjunto de personas unidas por el matrimonio, la filiación o la adopción y se

⁶ MAGALLON IBARRA. Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo III. Editorial Porrúa S.A. México 1988 p. 12.

⁷ BRANCA GIUSEPPE. Instituciones de Derecho Privado. Editorial Porrúa. México 1978 p. 110.

⁸ MONTERO DUHALT. SARA. Derecho de Familia. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México 1992. p. 2.

⁹ MAGALLON IBARRA. Jorge Mario. Op. Cit. p. 16.

constituye por los cónyuges, los padres y los hijos, no importando si se trata de filiación matrimonial o extramatrimonial y por último el adoptante y el adoptado.

2.2. FILIACIÓN.

*“Esta palabra proviene del latín, fili, hijo y denota la procedencia genésica de las personas; de tal manera que filiar una persona significa ubicarla dentro de su familia”.*¹⁰

Barbero Domenico nos dice *“FILIACIÓN es, ante todo, el hecho biológico de la generación por nacimiento de una persona llamada hijo, de otras dos personas, a quienes se les llama progenitores, indica luego también la relación jurídica que media entre progenitores e hijos”.*¹¹

El artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal nos habla de lo que es la Filiación:

“Artículo 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.”

La filiación es de gran importancia en el derecho familiar, ya que una vez establecida, se dan consecuencias jurídicas, como el derecho al nombre, la

¹⁰ PENICHE LOPEZ. Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Vigésima Sexta Edición, Editorial Porrúa S.A. México 2000. p. 124.

¹¹ BARBERO. Domenico. Sistema del Derecho Privado II. Derechos de la Personalidad. Derecho de Familia-Derechos Reales. Ediciones jurídicas Europa América. Buenos Aires 1967. p. 105.

patria potestad, derecho a los alimentos, sucesión legítima, tutela legítima, así como diversas prohibiciones como las del matrimonio por ejemplo.

En la filiación que existe con respecto a la madre, es decir, la materna, no importa si se da dentro o fuera del matrimonio y se establece de manera indubitable por el hecho del embarazo y del parto y lógicamente que exista identidad entre el hijo que se pretende establecer la filiación, con el producto del alumbramiento.

En cambio para establecer la filiación con respecto al padre, es de gran importancia el hecho de encontrarse dentro o fuera del matrimonio, motivo por el cual a continuación se hablara de filiación matrimonial y filiación fuera del matrimonio, sin dejar de mencionar por supuesto a la filiación adoptiva.

2.2.1. FILIACIÓN MATRIMONIAL.- Para este tipo de filiación el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 324 establece la presunción tanto para los hijos, como para los padres, la cual consiste en que se presumirán hijos de matrimonio los nacidos dentro de los límites siguientes:

“ARTICULO 324. 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 o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge.

Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

Contra las presunciones establecidas anteriormente, la ley sólo admite la prueba de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en 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.

Los hijos se considerarán de matrimonio, aun cuando sea declarado nulo el matrimonio de sus padres, no importando que lo hayan celebrado de buena o mala fe.

No basta el dicho de la madre, para excluir la paternidad a su marido, ya que sólo a él le corresponde reclamar la filiación del hijo concebido durante su matrimonio.

Sobre la filiación no puede haber transacción, ni compromiso en árbitros, solamente podrá haber transacción o arbitramento sobre los derechos pecuniarios derivados de la filiación.

A) PRUEBAS DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.- Se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres, a falta de éstas o por estar defectuosas, incompletas o sean falsas, se probará con la posesión de estado.

Nos dice el artículo 343 del Código Civil para el Distrito Federal que se está en Posesión de Estado:

“Artículo 343. Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;

II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y

III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.”

La edad a que se refiere la fracción III del artículo transcrito, es la de dieciséis años más a la edad del presunto hijo.

En caso de que no se den las circunstancias anteriores, se podrá probar la filiación por cualquier otro medio, pero la testimonial no será admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito, indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.

Cuando los padres estén ausentes o hayan muerto, y faltare el acta de matrimonio de ellos, no podrá discutirse el hecho de haber nacido del matrimonio por la falta del acta mencionada, siempre que se pruebe que tienen la posesión de estado de hijos de ellos y que no esté contradicho por el acta de nacimiento.

B) ACCIONES RELATIVAS A LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.

* **DESCONOCIMIENTO O CONTRADICCIÓN DE PATERNIDAD.-** La ley permite desconocer o contradecir la paternidad que surge del matrimonio, esta acción la pueden ejercer las siguientes personas:

a) El marido.-Tiene este derecho durante la vigencia del matrimonio, cuando el hijo nació después de los trescientos días de que tuvo lugar la separación, ya sea por divorcio o nulidad.

b) El tutor.- Cuando el marido esté incapacitado por causas de demencia, imbecilidad u otro motivo que lo prive de su inteligencia, y si el tutor no ejercita esta acción, la podrá hacer el marido cuando salga de su estado de incapacidad, es decir, cuando salga de la tutela.

c) Los herederos del marido.- Los herederos pueden contradecir la paternidad, en los casos en que el padre podría hacerlo, existiendo una excepción, la cual se da en el caso de que un hijo haya nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y el esposo no inició la demanda, por lo que en este caso, no se podrá contradecir la paternidad. Para ejercer esta acción los herederos tendrán sesenta días contados desde que el hijo tome posesión de

los bienes o que los herederos se vean turbados por el hijo cuando este último tome posesión de la herencia.

* **RECLAMACIÓN DE ESTADO.**- Esta acción se puede ejercitar cuando una persona ha nacido dentro del matrimonio, pero que se encuentra en las circunstancias siguientes:

- I. Cuando carece de su acta de nacimiento y del acta de matrimonio de sus padres, o bien que éstas resulten defectuosas, incompletas o falsas, entonces se probará con la posesión de estado.
- II. Cuando se carece de las actas mencionadas en la fracción anterior y además carezca de la posesión de estado; se demostrará la filiación con todos los medios de prueba, aclarando que la testimonial sólo será admisible cuando hubiere un principio por escrito, indicio o presunción resultantes que se consideren graves para determinar su admisión.
- III. Cuando existe contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado. Es decir, en el acta de nacimiento aparecen unas personas como padres y de la posesión de estado se deriven como padres otras personas, por lo cual el hijo optará por la situación que más le convenga.

Las acciones antes referidas pueden ser ejercidas por el hijo y por los herederos del hijo (cuando este último murió antes de cumplir veintidós años o

haya caído en estado de demencia antes de cumplir veintidós años y murió en ese mismo estado de demencia).

Es importante establecer que la condición de hijo sólo puede perderse por sentencia ejecutoriada.

*** LA LEGITIMACIÓN Y PRUEBA DE SU FILIACIÓN.-** *“Se llaman hijos legitimados los nacidos de personas no unidas en matrimonio, pero que posteriormente lo celebran”.*¹²

De acuerdo con Sara Montero Duhalt consideramos que la legitimación *“Es la consecuencia jurídica que reciben los hijos extramaritales, de ser considerados como legítimos por el matrimonio subsecuente de sus padres”.*¹³

2.2.2. FILIACIÓN FUERA DE MATRIMONIO.- Como hemos establecido con anterioridad, la filiación con respecto a la madre se establece por el hecho del nacimiento, y la filiación fuera de matrimonio con relación al padre, se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

A) RECONOCIMIENTO.- Para que se dé éste, se requiere que aquel que pretenda reconocer tenga la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

En los casos en que el que va a realizar el reconocimiento sea un menor de edad, se requiere el consentimiento de quien tenga la patria potestad, la tutela o de una autoridad judicial. El reconocimiento que haga uno de los padres produce efectos para el y no para el otro progenitor.

¹² MOTO SALAZAR. Efraín. Elementos de Derecho Civil. 47ª Edición Editorial Porrúa S.A. México 2005. p. 176.

¹³ MONTERO DUHALT. Sara. Op. Cit. p. 277.

El artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal, nos dice las formas por las cuales se lleva a cabo el reconocimiento:

“Artículo 369. El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:

- 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 expresa...”

El hombre y la mujer podrán reconocer a sus hijos habidos antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge, pero no podrán llevarlos a vivir a su habitación conyugal, sin el consentimiento de su cónyuge.

En esta época actual, en la sociedad existen relaciones como el concubinato, en estos casos se presumirán hijos de ellos a aquellos nacidos dentro del concubinato, así como aquellos nacidos después de trescientos días siguientes de que dejaron de vivir en común los concubinos.

Una de las acciones que tienen a su favor los hijos nacidos fuera del matrimonio, es que pueden solicitar la investigación de la maternidad, excepto cuando se tenga por objeto atribuir un hijo a una mujer casada.

Los hijos reconocidos por el padre, por la madre o por ambos, tienen derecho a

- I. Llevar el apellido del que los reconoce;
- II. A ser alimentado por éste;

III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

IV. Los demás que se deriven de la filiación.

2.2.3. FILIACIÓN ADOPTIVA.

A) CONCEPTO DE ADOPCIÓN.- *“Es la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo”*¹⁴

B) CARACTERÍSTICAS DE LA ADOPCIÓN.

Sara Montero Duhalt, menciona como características de la adopción las siguientes:

a) *Acto Jurídico.- Porque es una manifestación de voluntad lícita que produce las consecuencias jurídicas queridas por sus autores.*

b) *Plurilateral.- En la adopción intervienen más de dos voluntades; la del adoptante, la de los representantes legales del adoptado y la de la autoridad, cuando menos. En otras ocasiones se requiere la voluntad del propio adoptado, la de las personas que lo han acogido aunque no sean sus representantes legales y en su caso la del Ministerio Público.*

c) *Mixto.- Porque intervienen tanto sujetos particulares como representantes del Estado.*

d) *Solemne.- Porque requiere de las formas procesales establecidas en el Código de la materia.*

¹⁴ Ibidem p. 320.

e) *Constitutivo.- Hace surgir la filiación entre adoptante y adoptado y da lugar también a la patria potestad entre los mismos como derivación del lazo de filiación.*

f) *Extintivo en ocasiones.- Es cuando el adoptado estaba sujeto a la patria potestad de sus ascendientes que consienten en darlo en adopción, se extingue para ellos la patria potestad, aunque no se extingan los lazos de parentesco como lo es en la adopción simple regulada por nuestro derecho. En otras legislaciones como Francia y España conocen también la adopción plena, ésta extingue los lazos de parentesco del adoptado con su familia de origen. La patria potestad se comparte cuando uno de los cónyuges adopta al hijo de otro.*

g) *De efectos privados.- Como institución de derecho de familia, la adopción produce consecuencias entre simples particulares: adoptante y adoptado, en la obligación simple que se convierten en familiares: padre o madre e hijo. La adopción plena extiende sus consecuencias de derecho privado a todos los componentes del núcleo familiar del adoptante.*

h) *De interés público.- Por ser un instrumento de protección a los menores de edad o a los mayores incapacitados, el Estado está interesado en que la adopción cumpla esta importante y doble función, para lo cual ha creado la instrumentación normativa, sustancial y procesal necesaria. Nuestra legislación sobre adopción, sin embargo, es totalmente insuficiente como medio protector*

*de los incapacitados. Al no regular la adopción plena, no incorpora al adoptado realmente al grupo familiar”.*¹⁵

C) EFECTOS DE LA ADOPCIÓN.- Los derechos y obligaciones que surgen de la adopción serán los mismos que existen entre los padres e hijos y se limitan únicamente entre el adoptado y el adoptante, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, ya que el adoptante no podrá contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes en tanto dure la relación existente de adopción.

2.3. PARENTESCO.

El parentesco está regulado en el Código Civil para el Distrito Federal en el Título Sexto, Capítulo I, denominado “Del Parentesco”.

Debemos entender al parentesco *“...como la relación jurídica que se establece entre personas que descienden de un progenitor común, es decir, por generación, o bien, por lazo matrimonial o finalmente, por virtud de la adopción”.*¹⁶

2.3.1. TIPOS DE PARENTESCO.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 292 establece:

“Artículo 292. La ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.”

¹⁵ Ibidem pp.325 y 326.

¹⁶ GONZALEZ. Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil. 7ª Edición. Editorial Trillas. México 1990. p. 73.

A) PARENTESCO CONSANGUÍNEO.- Es aquél que se establece entre personas que descienden de un mismo progenitor, al respecto Galindo Garfías nos dice que *“El parentesco consanguíneo nace de un hecho natural entre la paternidad y la maternidad, por lo que para establecerlo debe partirse del hecho natural de la generación, es decir, el punto de partida es la filiación y que si la filiación ya está comprobada, quedará establecida la línea de parentesco con los descendientes y parientes colaterales de la madre y del padre”*.¹⁷

Los autores Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez nos dan ejemplos de este tipo de parentesco: *“...los hermanos, pues el padre es el progenitor común, o los que descienden unos de otros; el padre respecto del hijo, el abuelo respecto del nieto. Los hermanos tienen el mismo padre o madre, y aquellos, así como los tíos, sobrinos y primos, tienen un abuelo común”*.¹⁸

El artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo que es el parentesco por consanguinidad, el parentesco por reproducción asistida y por adopción.

“Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y

¹⁷ GALINDO GARFIAS. Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Decimoctava Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1999. p. 468.

¹⁸ BAQUEIRO ROJAS. Edgard y BUENROSTRO BAEZ Rosalía. Op. Cit. p. 19.

los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”

B) PARENTESCO DE AFINIDAD.- Es el que se contrae por el matrimonio o concubinato, entre el varón y los parientes consanguíneos de la mujer, y entre la mujer y los parientes consanguíneos del varón. En el lenguaje común es lo que conocemos como parentesco político, por lo tanto, entre los esposos no hay relación de parentesco, hay vínculo jurídico de esposos.

Como ejemplo de este tipo de parentesco tenemos a la suegra respecto del yerno, al suegro respecto de la nuera, al hijastro (a) respecto del padrastro o la madrastra.

Este parentesco no se establece entre las dos familias, sólo entre el marido y los parientes consanguíneos de su mujer y entre la esposa y los parientes consanguíneos de su esposo.

El artículo 294 del Código en comento define el parentesco por afinidad:

“Artículo 294. El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre

el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.”

C) PARENTESCO CIVIL.- Es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.

2.3.2. LÍNEAS Y GRADOS.

La ley para determinar la cercanía del parentesco, establece grados y líneas.

Grados.- “El grado de parentesco está formado por cada generación, todas las personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor o ascendiente. Por 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”.¹⁹

Líneas.- “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”.²⁰

Hay dos tipos de líneas de parentesco, a saber:

a) Línea Recta.- La cual se forma por la serie de grados entre personas que descienden unas de otras. Pueden ser ascendentes o descendentes; en el primer caso es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede (padre, abuelo, bisabuelo etc.), en el segundo caso, es la que liga al progenitor con los que de él proceden (hijo, nieto, bisnieto, etc.), en esta línea

¹⁹ Ibidem p. 19.

²⁰ Ibidem p. 19.

los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas excluyendo al progenitor.

b) Línea Colateral o Transversal.- Se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un mismo progenitor o tronco común (hermanos, tíos, primos, etc.).

La línea colateral o transversal puede ser igual o desigual, en esta se cuentan los grados 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.

El derecho reconoce únicamente el parentesco colateral, hasta el cuarto grado, es decir, los primos en línea igual.

Las líneas son también paternas o maternas, por lo que los hijos nacidos de personas unidas en matrimonio serán por ambas líneas o dobles y las personas nacidas fuera de matrimonio, su parentesco será en línea materna y sólo en línea paterna cuando haya sido establecida la paternidad.

2.3.3. EFECTOS DEL PARENTESCO.

El parentesco produce efectos, los cuales serán diversos en razón del tipo de parentesco, el grado y la línea.

Así tenemos que el parentesco consanguíneo produce los derechos y las obligaciones de la patria potestad, los alimentos, derecho a heredar en la sucesión legítima; así como una serie de prohibiciones, como el de contraer

matrimonio entre los parientes en línea recta sin limitación de grado y en línea colateral existe la prohibición hasta los parientes de tercer grado, aun cuando este último grado es dispensable por autorización judicial.

En el parentesco por afinidad, sólo tienen como efecto las prohibiciones que se establecen para contraer matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos en línea recta de su excónyuge, sin limitación de grado.

En cuanto al parentesco civil, produce los mismos efectos que el parentesco consanguíneo aunque sólo se da entre el adoptante y el adoptado.

2.4. DEFINICIONES DE PATRIA POTESTAD.

En la doctrina mexicana existen varios conceptos de patria potestad pero sólo se mencionan algunos de ellos.

Patria potestad viene del latín patrius, lo relativo al padre y potestas, potestad, es decir el poder del padre. Actualmente se ve *“...más que un poder, una protección; protección que por otra parte, no específicamente es paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aún a la madre sola en defecto del padre.”*²¹

“La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera del mismo o de hijos adoptivos.

²¹ CHÁVEZ ASENCIO. Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Cuarta Edición. Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 2001. p. 265.

Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).²²

“El Maestro Rafael de Pina la define como el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidos a quienes la ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes.”²³

Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro dicen *“Se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública de aquí que por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo”.*²⁴

López de Carril define textualmente a la patria potestad tomándola de diversos códigos:

“Código Civil de Colombia, en su artículo 268: Establece que la Patria Potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

²² GALINDO GARFIAS. Ignacio. Op. Cit. p. 689.

²³ DE PINA. Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Decimoctava Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1993. p. 375.

²⁴ BAQUEIRO ROJAS Edgard y BUENROSTRO BAEZ Rosalía Op. Cit. p.27.

Código Civil de Ecuador, en su artículo 300: La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.

Código Civil de Uruguay, en su artículo 252: La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres en las personas y bienes de sus hijos menores de edad.

Código Civil Argentino, en su artículo 264 versión original: La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados. Después sufre modificaciones y queda de la siguiente manera: La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.²⁵

De las definiciones anteriores se puede decir, que la patria potestad dejó de ser “patria” porque ya no es exclusivamente del padre, actualmente la madre la puede ejercer de forma conjunta con su marido o bien por sí sola, y con respecto a la potestad, ésta ya no es un poder absoluto como era en la antigua Roma, sino que ahora es una autoridad que la ley les concede a los padres para el cumplimiento de obligaciones y derechos que la misma ley establece para con sus hijos menores de edad.

²⁵ LOPEZ DE CARRIL. Julio J. Patria potestad. Tutela y Curatela. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1993. p. 3.

Siendo así, se considera y define a la patria potestad de la siguiente manera:

Patria potestad es el conjunto de facultades y obligaciones que corresponden a los padres para con sus hijos, mismos que van encaminados a la protección de los intereses materiales, llámese bienes y a la protección de los intereses morales, consistentes en la formación del menor hasta la mayoría de edad conforme a derecho, pero de hecho la patria potestad continúa hasta que los hijos se desenvuelvan de manera independiente.

Es importante mencionar que las facultades y obligaciones a que se hace referencia, no surgen por que lo establezca el derecho, sino, que más bien estas son consecuencia de la relación paterno filial, la cual surge desde el momento de la concepción del hijo, pues desde dicho momento existe un ser que no se puede defender y que tampoco se podrá valer por si mismo durante un largo tiempo, pero por ello mismo las personas padre y madre que los concibieron tienen primeramente el deber moral de velar por esa vida, pues se debe considerar que ellos asumieron la responsabilidad de traer esa vida al mundo y por ende cuidarla, protegerla y encaminarla.

Por otra parte, desafortunadamente por varias circunstancias, los padres no siempre cumplen con los derechos y obligaciones que les corresponden y por lo tanto la responsabilidad que se denomina legal se viene a cumplir de una forma obligatoria y vigilada por los medios que el Estado haya previsto para dicho fin.

Es de subrayar que es sumamente esencial e importante que los padres cumplan la función que tienen de educar, de mantener, de proteger, de guiar a los hijos, etc. Porque de la forma en la que cumplan con dicha función

dependerá la personalidad, las actitudes y los valores que tengan al crecer los hijos, es decir, que sean personas de bien o de mal ya que por consiguiente lógica puede ser en beneficio o perjuicio de la misma sociedad.

Se considera que es muy importante que ambos padres cuiden conjuntamente el desarrollo físico como mental de sus menores hijos, por lo que en la presente tesis se propone que se permita en este país restituir la patria potestad para aquellos padres que cometieron algún error y la perdieron, siempre y cuando no hayan cometido algo grave que perjudique al menor y con la condición de demostrar una honorable conducta para recuperar ese derecho perdido, asimismo que la causa que produjo la pérdida haya cesado.

Por lo tanto se considera que la patria potestad es una institución de vital importancia regulada en nuestro Código Civil, misma en donde las disposiciones que la regulan deben estar constantemente acordes a las necesidades y problemáticas de hoy en día, pues de no ser así estaría dejando de cumplir la meta final para la cual fue creada que es la protección y el bienestar de los hijos y que trae consigo bienestar a la sociedad pues es una cadena inseparable.

2.4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD.

La Maestra Alicia Elena Pérez Duarte dice en cuanto a la naturaleza jurídica de la Patria Potestad *“que se presenta como de asistencia, protección y representación de los niños y niñas cuya filiación esta clara y legalmente establecida. Para cumplir estos fines tiene un conjunto de deberes y derechos*

*instrumentados a través de la norma jurídica. Su ejercicio y cumplimiento recae en la persona de los ascendientes padre-madre, abuelos y abuelas tanto por línea paterna como materna.”*²⁶

Es en ese aspecto precisamente en lo que consiste la naturaleza jurídica de la patria potestad, pues se considera que los padres tienen un cargo de derecho privado el cual se ejerce fundamentalmente en un interés público; y cabe mencionar que se toma como garantía para el cumplimiento de las facultades y obligaciones por parte de los padres hacia con los lazos de afecto que existen entre aquellos y estos.

Se debe analizar que lo anterior se deja ver de la siguiente manera:

Todo ser humano al nacer el primer contacto que va a tener será con el padre, la madre o ambos a la vez, asimismo, durante su crecimiento en sus primeros años su contacto seguirán siendo sus padres y es importante subrayar esto último, ya que la forma de vida que lleven los padres se plasmará en los mismos hijos y todo lo que ellos vean que pase a su alrededor trascenderá en la psicología de ellos; es decir los hijos deben de crecer en un ambiente lo más armónico y tranquilo, ajeno en lo mayor posible a la violencia; por ejemplo si una persona cuando era niño vio o vivió en su hogar peleas físicas y de palabra entre sus padres y a su vez también fueron víctimas de maltratos, lo que se propiciara en ellos será una actitud incorrecta de ser personas violentas, lo cual trae consigo que puedan ser futuros delincuentes o bien que continúen con el

²⁶ PEREZ DUARTE. Alicia. Derecho de Familia. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1995. p.211.

mal ejemplo recibido en sus hogares. La violencia que presencian los menores en sus hogares trae enormes perjuicios en su crecimiento y desarrollo.

Es muy importante que los padres estén juntos para poder dar el cuidado correcto a sus hijos, pero muchas de las veces los padres no se comprende o pasa alguna situación que trae como consecuencia el divorcio y los más perjudicados son los hijos, es por esto por lo cual se debe poner mucha atención cuando los padres pelean la patria potestad; considerando que una persona puede cambiar su conducta y estar en condiciones de recuperar su derecho, pero de esto se hablara más adelante.

2.4.2. CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

a) Interés Público.- Es de interés público, porque primeramente se debe dar protección a los menores (ya que por la situación son considerados como desvalidos), y con ello salvaguardar la vida, que es el mayor valor con que contamos todos los seres humanos. Por otro lado es de interés público, porque tanto la familia, la sociedad, así como el Estado, tienen interés en la adecuada formación de los menores ya que serán los futuros ciudadanos, por ello la patria potestad es un cargo irrenunciable.

b) Irrenunciable.- El artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal establece que la patria potestad no se puede renunciar, sólo podrán excusarse en determinados casos, de los cuales se hablará más adelante, esta es irrenunciable porque es de interés público, y el artículo 6 del mismo Código nos

dice, que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando no perjudiquen derechos de terceros.

c) Intransferible.- Los derechos familiares como lo son los inherentes a la patria potestad, son de carácter personal y que se dan atendiendo a la relación jurídica de ascendientes con descendientes y por ello no pueden ser objeto de comercio.

Únicamente se da la transmisión de la patria potestad en el caso de la adopción, pero no se transmite por voluntad de los particulares, sólo como consecuencia de que el juez de lo familiar haya aprobado la adopción. El artículo 410-A establece que la adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de estos, salvo los impedimentos de matrimonio.

d) Imprescriptible.- Los derechos y obligaciones que nacen de la patria potestad no se adquieren, ni se extinguen por el transcurso del tiempo.

e) Temporal.- En virtud de que la ley establece en qué casos va a terminar el ejercicio de la patria potestad, lo cual será tratado en el tercer capítulo.

f) Tracto Sucesivo.- El ejercicio de la patria potestad es continuado y por el tiempo requerido hasta que como institución se acaba. Es de tracto sucesivo, que implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, guarda y atención de los menores.

2.4.3. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.

De acuerdo con el Maestro Galindo Garfias la Patria Potestad *“tiene un contenido de orden natural (la procreación), y a veces afectivo (la adopción) de carácter ético (el deber de mirar por el interés de la prole) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad).”*²⁷

Por lo que se refiere al contenido natural el ordenamiento jurídico toma en cuenta el sentimiento de afecto y el interés de los progenitores ya que este viene siendo una razón suficiente para desempeñar de la mejor manera las obligaciones y derechos que confiere la patria potestad.

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores que ejercen la patria potestad y los hijos, se encuentra plasmado en el artículo 411 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal que al pie de la letra dice:

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

De tal suerte que como padres e hijos deben de honrarse y respetarse. Antes de las reformas hechas al Código Civil el mismo artículo decía lo siguiente:

“Los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición deberán honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.”

²⁷ GALINDO GARFIAS. Ignacio. Op. Cit. p. 697.

En dicho precepto imperaba la obligación de los hijos a respetar a sus padres y demás ascendientes, pero no se contemplaba el aspecto de que así como los hijos deben de guardar respeto hacia los ascendientes, así también a ellos les correspondía esa obligación, pues no por el hecho de que sean todavía menores, no quiere decir que no merezcan ser respetados. Dicho respeto se manifiesta al no ser agredidos los menores en su integridad física y mental, por lo que se puede decir que entre ascendientes y descendientes el respeto debe ser mutuo para llevar una convivencia lo más armoniosa posible ya que se debe mantener a la familia en una estabilidad positiva, pues es de recordarse que la familia es el núcleo de la sociedad y por ende los valores morales que haya dentro de la misma de una u otra forma se verán reflejados en nuestra sociedad.

Ahora bien por lo que toca a la autoridad paterna, el contenido ético de la patria potestad radica en que una vez que el padre y la madre han tenido a sus hijos, tienen la responsabilidad moral de darles una formación en lo físico, en lo intelectual y en lo espiritual. Y por último en cuanto al contenido social de la patria potestad en el sentido de que el padre y la madre ejercen un cargo de derecho privado con interés público, pues ellos al estar cumpliendo con sus obligaciones y ejercer sus derechos no sólo están educando a sus hijos sino que como se indico en el párrafo anterior dicha educación y formación que les hayan dado se reflejará en la sociedad al tener personas útiles trabajando en la misma, asimismo, esto influirá en que no haya tantos jóvenes enfocados a las

drogas, al alcohol e inclusive menos delincuencia, pues a los padres les corresponde la misión de formar a sus hijos.

2.4.4. LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA PATRIA POTESTAD.

Los sujetos que intervienen en la patria potestad son los que se mencionan a continuación:

1.-Sujetos activos.- Son aquellos que deben desempeñar el cargo, es decir, quienes ejercen la patria potestad.

2.-Sujetos Pasivos.- Es aquel sobre quien se ejerce la patria potestad.

En cuanto a los sujetos activos, para determinar quiénes ejercen la patria potestad, la ley establece diversas normas atendiendo al tipo de filiación, es decir, si se trata de filiación matrimonial, fuera de matrimonio o adoptiva.

Así pues se tiene que el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal establece que la patria potestad sobre los hijos habidos dentro de matrimonio se ejercer por:

“Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que

determine el Juez de la Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

Para los hijos habidos fuera de matrimonio, si los padres han reconocido al hijo y viven juntos ambos ejercerán la patria potestad. En caso de que los padres se decidan separar, continuarán ambos ejerciendo la patria potestad y si no se ponen de acuerdo al respecto, el juez determinará quien ejercerá el cargo. Si los padres viven separados y reconocen al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá la patria potestad y si no lo hicieren el juez determinará quién la ejercerá.

A falta de los padres, ejercerán la patria potestad de los hijos reconocidos los abuelos paternos y maternos.

Por lo que respecta a los hijos adoptivos, sólo ejercerán la patria potestad las personas que lo adopten.

En relación con los sujetos pasivos, estos son los hijos menores de edad no emancipados.

Se debe entender por menores de edad, interpretando a contrario sensu el artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 646. La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.”

Luego entonces la minoría de edad comprende quienes tienen menos de dieciocho años.

La emancipación se da cuando el menor de edad contrae matrimonio, disponiendo así libremente de su persona y la administración de sus bienes, aunque en esto último con ciertas limitaciones.

2.4.5. EFECTOS QUE PRODUCE LA PATRIA POTESTAD.

Los efectos que produce la patria potestad se traducen en deberes y derechos con el fin de dar cumplimiento a la función protectora y formativa de los hijos, por ello crean deberes o responsabilidades, así como derechos para hacer efectivos los primeros, y correlativamente se dan obligaciones y deberes para los hijos, se producen efectos en cuanto a la persona del hijo así como también en cuanto a sus bienes, por lo que se tratarán a continuación los efectos que produce la patria potestad en las personas que la ejercen, en las personas sujetas a ella y en cuanto a los bienes la ley nos señala que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos.

2.4.5.1. SOBRE LAS PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

A) GUARDA Y CUSTODIA.- Es el primer deber que la ley impone a aquellos que ejercen la patria potestad, implicando con ello que se vigile, cuide y proteja a los menores, por lo que es necesario para su cumplimiento, que los padres vivan con el menor y así tener la posesión material que es necesaria para cumplir con dichos fines.

En relación con la guarda y custodia de menores, el maestro Galindo Garfias nos refiere los siguientes criterios jurisprudenciales.

“Corresponde al padre el ejercicio de la patria potestad con todas las facultades inherentes a la misma, entre las que se encuentran de manera principal la de su guarda y custodia, ya que como antes se dijo, a fin de cumplir con los deberes, y de ejercer las facultades de la misma, es menester la convivencia cotidiana del menor bajo el mismo techo...”²⁸

La guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad, dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivar física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades.

Los padres tienen la obligación de educar a los hijos y la facultad de corregirlos y castigarlos mesuradamente con el fin de educarlos convenientemente y de mostrar una conducta que sea de buen ejemplo a sus menores.

Como se ha visto, es necesario que aquellos que ejercen la patria potestad vivan con los menores, motivo por el cual el Código en comento en su artículo 31, fracción I nos dice:

“Artículo 31. Se reputa domicilio legal:

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

²⁸ *Ibíd.* P. 302.

Se les impone a los menores no dejar la casa de los que ejerzan sobre ellos la patria potestad, sin su permiso o sin decreto de autoridad competente que así lo permita.

La custodia trae consigo otros deberes y derechos tales como la convivencia, protección a la persona, vigilancia de los actos del menor y la educación completa que comprende la moral y la religión.

B) CONVIVENCIA.-*“Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia, esta convivencia tiene como objetivo lograr la estabilidad personal y emocional del menor. Es darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual.”*²⁹

Por ello es que aun cuando los padres se separan y sólo alguno de ellos tiene la guarda y custodia del menor, surge el derecho de visitas, por parte del otro cónyuge, cuyo fin es que se siga dando la convivencia entre padres e hijos.

C) PROTECCIÓN A LA PERSONA.- Es otro deber que tienen los que ejercen la patria potestad para con los menores, cuyo fin es evitar que el menor sufra en su persona cualquier daño físico o moral. Correspondiendo como deber del hijo la aceptación y respeto de la protección que le brindan sus padres. Las facultades, son recíprocas pues a los padres les corresponde el derecho de cuidarlo y amonestarlo y al hijo el de ser protegido.

D) VIGILANCIA DE SUS ACTOS.- *“La vigilancia en materia de patria potestad corresponde a la idea de controlar, ya que compete a los padres*

²⁹ CHAVEZ ASECIO MANUEL F. Op. Cit. p. 291.

*canalizar el accionar inmaduro de sus hijos, evitando toda conducta que pueda resultar nociva para sus propios intereses o a terceras personas.”*³⁰

En nuestra legislación el artículo 1919 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

“Artículo 1919. Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos”.

Asimismo el artículo 1922, agrega lo siguiente:

“Artículo 1922. 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...”.

E) EDUCACIÓN.- Zannoni nos dice que *“...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 para 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 del carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto van a incidir sobre inclinaciones de vida”*.³¹

Este deber de educación esta contemplado en el artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal:

³⁰ D. ANTONIO. Daniel Hugo. Patria Potestad. Editorial Astrea. Buenos Aires 1976. p. 93.

³¹ ZANNONI. Eduardo A. Derecho de Familia. Editorial Astrea Buenos Aires .1978. p. 719.

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

El citado artículo 422 nos dice que la educación debe ser conveniente, y para tal efecto el autor Manuel Chávez Asencio señala “¿Qué se entiende por conveniente? Que debe darse la educación según el sexo, según la vocación; comprende la educación física, moral y religiosa...”³²

Por cuanto hace a la educación que implica una formación profesional de los hijos, ésta queda implícita en la obligación alimentaria, en donde se establece que se proporcionará los gastos necesarios para la primaria, y para proporcionar algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

F) MORAL.- Comprende la orientación en relación a su conducta, que significa señalar el camino para lograr una conducta moral y transmitir los valores éticos de la familia y de la comunidad según la cultura de cada país.

G) RELIGIÓN.- La educación comprende la religiosa, debiendo considerar el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Artículo 24. Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley...”

³² CHAVEZ ASENCIO. Manuel F. Op. Cit. p. 298.

H) TRABAJO.- Este aspecto se encuentra ligado a la educación, se refiere al trabajo del menor en los servicios que debe hacer en la casa, de acuerdo con sus posibilidades y su edad, respetando las normas existentes en esta materia.

Corrección y Castigo.- Al encomendarles la educación de los menores, se da la facultad de poder corregirlos y castigarlos mesuradamente, lo cual se encuentra establecido en el artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 423. Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 Ter de este Código.”

De Casso y Romero en su Diccionario de Derecho Privado define: *“La palabra corrección proviene del latín correctio. Es la represión o censura de un delito, falta o defecto, acción y efecto de corregir o enmendar lo errado y defectuoso”*.³³

³³ DE CASO Y ROMERO, Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor. México 1980. p. 1259.

I) BUEN EJEMPLO.- El artículo 423 mencionado en párrafos anteriores señala que los padres deben de observar buena conducta ante sus hijos.

J) DERECHO AL NOMBRE.- Es un deber de los padres casados dar su apellido al hijo, el que se asentará en el acta de nacimiento (Art.58 C.C.). En el caso de los hijos extramatrimoniales, se hará constar el nombre de quien lo reconozca o ambos apellidos si los dos progenitores lo reconocen (Art. 58 C.C.)

Obligaciones y derechos:

K) ALIMENTACIÓN.- Encontramos en esta figura otro efecto que produce la patria potestad, en virtud de que al tener a un menor bajo cuidado y éste tener diversas necesidades como todo ser humano es elemental que aquellos que ejercen la patria potestad tengan la obligación de cubrir dichas necesidades, mismas que se traducen en lo que denominamos alimentos.

El deber de alimentos no se encuentra regulado dentro del capítulo de la patria potestad, ya que su fuente la encontramos en el parentesco, pero como nos dice Sara Montero Duhalt *“Normalmente coincide en un mismo sujeto el ejercicio de la patria potestad y el deber de alimentos con respecto del menor, pero no tiene que ser forzosamente concomitantes.”*³⁴

Esta obligación comprende todo lo que el artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Artículo 308. Los alimentos comprenden:

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

³⁴ MONTERO DUHALT. Sara. Op. Cit. p. 347.

II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

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

Cabe mencionar que persiste el deber cuando los padres pierden la patria potestad, este se deriva de la solidaridad humana y familiar, y el necesitado siempre puede ejercer el derecho para recibirlos.

L) REPRESENTACIÓN LEGAL.- En virtud de que los menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, requieren la presencia de un representante que venga a suplir su incapacidad, como lo establece la ley en su artículo 425 del Código Civil para el Distrito Federal:

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

Por eso los que ejercen la patria potestad representarán a los menores en juicio, aunque no podrán celebrar ningún arreglo sin el consentimiento expreso del otro cónyuge y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

La representación legal comprende todas aquellas relaciones jurídicas que los menores tengan, por lo que se refiere tanto a la persona, sus derechos, así como sus bienes.

2.4.5.2. SOBRE LAS PERSONAS SUJETAS A PATRIA POTESTAD.

A) HONRAR Y RESPETAR.- Se establece un deber que incumbe tanto a los hijos sujetos a patria potestad como aquellos que no lo están, señalando así el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal:

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

Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia cada

uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de manipulación; alineación parental encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor”.

El respeto debe existir en toda relación humana y con mayor razón en la relación familiar; por eso se establece este respecto de los hijos hacia sus ascendientes y por otro lado los padres al ejercer sus diversas facultades tienen como límite el respetar y no dañar a los menores, ya que en la medida que respeten los derechos de los unos, serán exigibles el cumplimiento de los deberes de los otros.

B) CONVIVENCIA.- Al ser la unidad familiar el aspecto más cuidado por el legislador, el Estado y la sociedad en general, se ha establecido una prohibición a los menores; consistente en que no deben dejar la casa de los que ejercen sobre ellos la patria potestad, a menos que se otorgue permiso ya sea por los ascendientes o por medio de decreto emitido por autoridad competente. Este deber tiene como finalidad que haya una convivencia de manera permanente y estrecha entre los miembros de la familia, para lograr con ello la unidad familiar deseada.

C) OBEDIENCIA.- Al respecto el autor Barbero Domenico dice *“en general podemos decir que el hijo debe obediencia en todo aquello en que el progenitor tiene el poder de mandarlo.”*³⁵

Entre padres e hijos debe de haber suficiente comunicación, amistad, apoyo mutuo, seguridad, confianza, en realidad los padres para un hijo son lo máximo e imagino que lo mismo sucede para los padres con respecto a sus hijos.

³⁵ BARBERO Domenico. Op. Cit. p. 151.

Por eso es importante que siempre se este en contacto con nuestros padres, para sentir su calor, su protección y su sabiduría.

También los hijos deben respetar el apellido familiar, asimismo la obligación de dar alimentos es reciproca entre padres e hijos, toda vez que corresponde a los hijos dar alimento a los padres cuando lo necesiten.

CAPITULO III

MODOS DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

En el presente capítulo se establecen las causas por las cuales se puede perder el ejercicio de la patria potestad, análisis que se considera debe realizarse a efecto de que posteriormente se este en la posibilidad de estudiar la restitución de la misma.

3.1. CAUSAS POR LAS QUE SE ACABA LA PATRIA POTESTAD.

La legislación civil distingue entre los términos: acabar, suspender y perder, en relación con la patria potestad.

La patria potestad se acaba cuando sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir. El artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal nos comenta las formas en que se acaba la Patria Potestad:

“Artículo 443. 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;
- III. Por la mayor edad del hijo;

IV. Con la adopción del hijo;

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

Bis del Código de Procedimientos Civiles”.

Los modos de acabarse la patria potestad se clasifican, según se extingan en sí misma o con relación a las personas que la ejercen, en absolutos y relativos.

En absoluto se hace referencia a la extinción de lo cual habla el artículo expresado en el párrafo anterior, cabe mencionar que en dado caso de que el padre adoptivo muera, el ejercicio de la patria potestad será recobrado por el padre natural. El Tribunal entiende que el Código Civil para el Distrito Federal no resuelve la cuestión de manera expresa, pero que de la correcta interpretación de distintos preceptos de dicho cuerpo legal y del estudio de los antecedentes que informan esta materia en la legislación mexicana, así como la doctrina, se deduce la solución mencionada.

Los relativos es propiamente la pérdida de la patria potestad.

Asimismo se debe comentar que *“la patria potestad es irrenunciable; sin embargo, pueden excusarse de su desempeño los que la ejercen, cuando sean mayores de 60 años o cuando por su mal estado habitual de salud no puedan*

desempeñar debidamente el cargo.”¹ Al respecto, el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal nos comenta:

“Artículo 448. La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

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

Su ejercicio no puede ser renunciado por voluntad privada y la obligación de desempeñar tal cargo, no desaparece por prescripción. Excepcionalmente la patria potestad puede ser transmitida en el caso de adopción.

3.2. CAUSAS POR LAS QUE SE SUSPENDE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad se puede suspender temporalmente o se puede perder su ejercicio. En estos supuestos, no se extingue la patria potestad; su ejercicio recae entonces en el otro progenitor y a falta o por imposibilidad legal de éste, en los ascendientes de ulteriores grados.

La patria potestad se suspende: Por incapacidad declarada judicialmente; por la ausencia declarada en forma; y por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión.

El artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal nos comenta las causas por las cuales se suspende este derecho:

¹ BAQUEIRO ROJAS Edgar y BUENROSTRO BAEZ Rosalía Op. Cit. p.232

“ARTICULO 447. La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por la ausencia declarada en forma;

III. Cuando el consumo del alcohol, el habito de juego, el uso no terapéutico de las 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;

IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;

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

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

Estas seis causas de suspensión pueden extinguirse en un momento dado, y el incapacitado recobrar su capacidad de ejercicio.

En la primera causal debe entenderse que el que ejerce debe tener pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de otra. En el caso de que quien la ejerce pierda la capacidad de ejercicio, él mismo necesitará que se le nombre un tutor para que actúe a su nombre.

Con respecto a la segunda causal, si el que debe custodiar, representar se le declara ausente, es decir no se sabe dónde está, se ignora su paradero y existe la incertidumbre inclusive si aún vive, no puede ejercer ninguno de sus derechos, incluyendo el de la patria potestad. En dado caso de que el ausente regrese se le extingue su condena, en estos casos se requerirá también la intervención judicial para que declare que a quien se le había suspendido en su derecho, ha recobrado de nuevo el ejercicio de la patria potestad.

En la tercera causal, hace referencia del daño que puede provocar un padre con adicciones tales como el alcohol, las drogas y en general los malos hábitos, por estas situaciones no se encuentra en posibilidad de dar buen ejemplo y por lo tanto se le suspende la patria potestad.

En referencia a la cuarta causal, en este caso puede ser que en un momento determinado la conducta de quien ejerce la patria potestad sea considerada por el juez como nociva para el bienestar del menor, por múltiples razones; en este caso como sanción temporal se le condenará a la suspensión de la patria potestad.

La quinta causal hace referencia a cuando los padres ponen en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del los menores.

La sexta causal es relativa a la negativa de los que tienen la potestad para que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.

3.3. CAUSAS POR LAS QUE SE PIERDE LA PATRIA POTESTAD.

El Código Civil para el Distrito Federal determina que la patria potestad se pierde cuando el que la ejerce sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; en los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de dicho Código al dictar las reglas según las cuales el juez debe fijar la situación de los hijos en la sentencia que lo declare; cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aunque estos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal; por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses; cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor; y cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.

El artículo 444, nos describe las formas por las cuales la patria potestad se pierde:

“ARTICULO 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial:

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de este Código;

- III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta 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 hubiera 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 delito grave.”

Ahora bien se analizaran las causas de perdida de la Patria Potestad:

- a) Condena: El artículo 444 del Código Civil contiene dos casos en los que se expresa la condena de quien ejerza la patria potestad, establecidos en los incisos I y VII, en ninguna se menciona alguna conducta en contra del hijo o de algún familiar, por lo que se considera que son sanciones preventivas, de lo que se desprende que queda al arbitrio judicial decidir, tomando en cuenta la actuación grave y perjudicial para el menor.
- b) Divorcio: En la fracción II la perdida es consecuencia de la sentencia que disuelve al vínculo, fijándose en definitiva la situación de los hijos, el juez de lo familiar debe resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y en especial al cuidado de los hijos, de oficio o a petición

de parte interesada durante el procedimiento, allegándose de los elementos necesarios, escuchando al Ministerio Público, a ambos padres y a los hijos. En la actualidad existe un cambio, ya que la patria potestad ya no está vinculada con la causal de divorcio, toda vez que el juez tiene facultades discrecionales y valora todos los elementos que lo conduzcan a emitir una resolución justa, tomando en cuenta los intereses de los menores, el daño causado o que se pueda causar a su integridad física o psíquica.

c) Violencia Familiar: En la fracción III se cambian las conductas que originaban la pérdida de la patria potestad, anteriormente se refería a las costumbres depravadas, malos tratamientos y abandono de los deberes, que pudieran comprometer la salud, la seguridad o moralidad del hijo, actualmente es violencia familiar en contra del menor.

Por violencia familiar el artículo 323 Quáter, señala lo siguiente:

“Artículo 323 Quáter. Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones”.

d) Alimentos: La fracción IV expresa que la patria potestad se pierde por el incumplimiento de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad por más de 90 días, ya que los padres tienen la obligación a dar alimentos a sus

hijos, tomando en cuenta que los alimentos son indispensables para la sobrevivencia y desarrollo del ser humano.

e) Abandono: La fracción V señala como causa de la pérdida de la patria potestad el abandono que el padre o la madre hiciera de los hijos por más de tres meses; se entiende por abandono cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, cuando se desprenden de su custodia y cuidado y no le proporcionan alimentos.

f) Delitos: Las fracciones VI y VII tratan de los delitos que pueden cometer quienes ejerzan la patria potestad, siendo las víctimas diversas. En la primera fracción se refiere a que el que ejerza la patria potestad la perderá cuando haya cometido contra la persona o bienes de los hijos un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada, aquí se protege directamente al menor por la conducta de sus padres o abuelos hacia el o sus bienes. La segunda se refiere a delitos graves por los que haya sido condenado dos o más veces, que puedan afectar indirectamente al menor, las víctimas son terceras personas.

El artículo 444 bis nos habla de que la patria potestad podrá ser limitada:

“ARTÍCULO 444 BIS. La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este Código.”

La patria potestad se pierde sólo por sentencia, la que puede ser dictada:

1. En juicio penal, cuando el progenitor ha sido considerado dos o más veces por delitos graves, por malos tratos o abandono del menor que constituya el delito de abandono de persona.

2. En juicio civil de divorcio cuando, a juicio del juez, la dependencia entre padres e hijos deba romperse o en juicio especial de pérdida del ejercicio de esa facultad debido a las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono, que ponga en peligro la salud, seguridad o moralidad de los menores.

La pérdida de la patria potestad no implica la cesación de las obligaciones que tienen los ascendientes respecto a los descendientes, de forma especial la de proporcionarles alimentos.

La patria potestad podrá ser limitada cuando el que la ejerza incurra en conductas de violencia familiar previstas en el artículo 323 ter del Código Civil, en contra de las personas sobre las cuales la ejerza.

CAPÍTULO IV

LA NECESIDAD DE CREAR EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

La posible recuperación de la patria potestad perdida, aunque muy austeramente, en la doctrina se encuentra la orientación de que si es posible recuperar tal derecho; por lo que en este capítulo se hablara de la importancia de restituir la patria potestad a quien en su momento haya contado con este derecho, siempre tomando en cuenta el bienestar de los menores y los beneficios que pueden obtener al contar con la presencia de ambos padres.

PROBLEMÁTICA.

La condena a la perdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, en la actualidad nos encontramos viviendo una crisis social, económica y política muy fuerte, que trae como consecuencia una inestabilidad para los seres humanos, situación que muchas veces lleva a las parejas al divorcio y con esto a decidir sobre los hijos; los niños muchas veces son los más afectados por los problemas que ven entre los padres y por la desintegración de la familia; en el presente trabajo propongo que la ley considere la restitución de la patria potestad y de esta manera generar una mejor calidad de vida para los padres y los hijos; la

restitución que refiero debe ser solicitada por quien la perdió ante el juez de lo familiar, quien deberá tomar en cuenta la conducta del solicitante y que haya cesado la causa que produjo la pérdida, de igual manera escuchar a los menores a efecto de allegarse de los elementos suficientes para poder emitir una resolución en la cual se autorice la restitución de la patria potestad; la finalidad es mantener a los hijos con sus progenitores en convivencia y así que los mismos ejerzan sus derechos y obligaciones en todos los aspectos con sus hijos, quienes al tener a ambos padres tendrán un mejor desarrollo en la vida y por consiguientes tendremos una mejor sociedad.

4.1. DE LOS MODOS DE RESTITUIRSE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

La pérdida de la patria potestad es una situación grave, que no se produce solo por la causa que la genera, sino que se requiere que las causales se presenten ante el juez de lo familiar; para la restitución sería de igual manera ante el juez de lo familiar que en un momento determino la pérdida, para que mediante sentencia judicial la restituya al que dejo de ejercerla. Es de interés público la función que los padres ejercen y, consecuentemente, solo un juez puede privar o restituir este derecho. Considero que en la propia sentencia que determine la pérdida de este derecho sobre los hijos, debería de agregarse un resolutivo en el que se establezca que quien perdió la patria potestad puede recuperar este derecho siempre y cuando demuestre que su conducta ha mejorado o que la causa que produjo la pérdida a sido subsanada, debiendo considerar que todos los seres humanos tenemos errores y el derecho de corregirlos mostrando un

comportamiento sano, aquí para demostrar su dicho y su deseo de recuperar la patria potestad se podría ayudar mostrando los documentos que acrediten que ha estado sometido a terapias psicológicas ya sea en instituciones privadas o públicas.

Algunos autores como Castán Vázquez, Planiol y Puig Peña consideraron que el titular de la patria potestad que perdió esta función la recuperará, en general, si cesa, antes de estar emancipado el hijo, la causa que produjo la pérdida o suspensión. Toda vez que la pérdida de la patria potestad no es irremediable ni definitiva, el padre o la madre privado de ella tiene derecho para demandar la restitución de su ejercicio.

Se debe de tomar en cuenta el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, que permite la recuperación:

“Artículo 283. La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará 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 el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia.....

La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación”.

Este artículo es muy importante, toda vez que menciona una posible forma de recuperar la patria potestad, en el caso de haberla perdido por no dar alimentos y al demostrar que ha corregido esta conducta la misma puede ser restituida, lo cual permite analizar que la ley otorga *el beneficio de corregir una conducta* para estar en posibilidad de que el juzgador otorgue la recuperación de un derecho.

Esta posibilidad de recuperar el ejercicio de la patria potestad, se estima que se encuentra contemplada por el legislador en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual se transcribe literalmente:

“Artículo 94. Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva.

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

Por lo tanto se deduce que si es factible el poder recuperar el ejercicio de la patria potestad sobre un menor una vez que ha sido declarada judicialmente perdida, ya que como se acredita de la propia redacción de dicho numeral se estima que cuando cambien las circunstancias que dieron origen a la acción intentada y en su oportunidad declarada procedente, como sería la perdida de la patria potestad, podría ser factible el recuperar este derecho, siendo aplicable la máxima de derecho que dice “Lo que no esta expresamente prohibido por la ley esta permitido”, luego entonces si es pertinente la recuperación de este derecho.

De lo anteriormente expuesto, se considera que la patria potestad es factible que se recupere en virtud de los siguientes razonamientos y situaciones, refiriéndome en primer lugar a las circunstancias a que alude el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que son precisamente las causas que señala la ley para perder la patria potestad y por tanto quedan al libre criterio de un juzgador, tan es así que en la fracción primera del artículo en cita, al resolver con una sentencia, la condena a la perdida de este derecho, implica que probablemente el sentenciado no cometió alguna conducta de forma inmediata y directa en agravio y perjuicio de la persona o personas que se encuentra bajo de ella, por lo que considero que el sentenciado demostrando plenamente que ha cambiado su actitud o conducta debería recuperarla en beneficio del menor.

Por cuanto hace a la fracción segunda de dicho ordenamiento, es también posible el recuperarla, máxime que el juzgador la decreta como una consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial y si el padre y la madre

cambian su actitud y comportamiento para con los menores, así como con su exconyuge y logran causar en el ánimo del juzgador que realmente se encuentran en la posibilidad de corregir o enmendar los errores cometidos con anterioridad, debe ser factible recuperarla como un derecho natural inherente a la paternidad y en beneficio para el menor.

La fracción tercera merece un estudio especial y de suma importancia, considerando la educación que el padre, madre o quienes ejerzan la patria potestad recibieron en su infancia, pues se ha estudiado que existe un vínculo recíproco de la educación y formación que en su infancia recibió el padre o quien ejerza la patria potestad, ya que al educar a sus hijos tratan de que sea de una forma similar a la que lo educaron, por lo tanto se debe considerar el maltrato como un factor social y como tal la disposición de cambiar la forma de educar al menor.

Con respecto a la fracción cuarta se considera que en definitiva es posible la recuperación, si el condenado a la pérdida comprueba el cumplimiento de los deberes alimentarios a favor del acreedor y por el bien del menor debe recuperarse, conforme al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, anteriormente mencionado.

En relación a la fracción quinta, el condenado debe demostrar que el abandono fue provocado por una causa de fuerza mayor.

Por lo que se refiere a la causal sexta la cual señala que cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor, se considera que definitivamente no es posible el poder recuperarla, ya que del propio contenido de la causal, se estima que quien

pretendiera llegar a recuperarla, resultaría sumamente peligroso tanto para la integridad física como para la formación del menor, así como para su patrimonio, ya que no se puede considerar como una persona apta a quien considerando o no las circunstancias, ha cometido hechos o actos en perjuicio directo del sujeto a la patria potestad.

La séptima fracción, se refiere a haber sido condenado dos o más veces por delitos graves, cometidos en agravio de terceras personas, por lo que al igual que la fracción primera se considera que podría ser factible la recuperación, siempre que la conducta de quien la ejercía demuestre plenamente que no afecta o perjudica la formación moral y cívica del menor y de acuerdo a las restricciones que pudiese imponer el Juez Familiar en el sentido de limitar la convivencia con determinados ámbitos sociales, pues probablemente sin justificar los hechos o actos jurídicos efectuados por el sujeto activo, si la conducta delictiva no afecta la esfera y el buen desarrollo del niño, debería limitarse este derecho y no perderse.

Por otra parte la legislación debe contemplar que la persona que se encuentre en ejercicio de la patria potestad, en un momento dado llegará a fallecer, sería viable que la persona que perdió el ejercicio de la patria potestad lo recuperará. Es por ello que se considera que en nuestra legislación debería de contemplarse la posible recuperación de la patria potestad, misma que podría ser de forma plena o limitada, para lo cual el juzgador debe de ser muy cauteloso y examinar escrupulosamente las circunstancias que dieron origen, así como las nuevas situaciones planteadas por la parte que desea recuperar

la patria potestad, auxiliándose el Juez de los medios e Instituciones que crea convenientes. Por lo tanto ya sea que se recupere de forma plena o limitada la potestad sobre un menor, esta recuperación deberá dársele un seguimiento, supervisando el juzgador por conducto de los auxiliares de la administración de justicia, como el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, entre otras, para efectos de que se verifique si realmente esta siendo adecuado para el menor el que se haya recuperado la patria potestad por quien la ejercía con anterioridad, ya que de lo contrario lejos de beneficiar al menor se le estaría causando un perjuicio.

Por lo anterior se considera que debe de adicionarse en el Título Octavo del Código Civil el Capítulo IV, el cual llevaría por título De los Modos de Restituirse o Recuperarse el Ejercicio de la Patria Potestad, que contendría 8 artículos, mismos que a continuación se señalan:

TITULO OCTAVO

DE LA PATRIA POTESTAD

CAPITULO IV

DE LOS MODOS DE RECUPERARSE O RESTITUIRSE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Artículo 449.- La patria potestad puede restituirse por resolución judicial:

- I. Cuando el que haya sido condenado a su pérdida demuestre posteriormente que su conducta es honorable y conforme a las buenas costumbres, así como que ha reparado la causa que produjo la pérdida.

- II. Cuando el que haya sido condenado a su pérdida por divorcio demuestre que la causa que lo produjo ha cesado, encontrándose en posibilidad de demostrarlo. No se podrá recuperar la patria potestad cuando se haya perdido como causa de las fracciones III y V del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.
- III. En el caso de violencia familiar, cuando el condenado a su pérdida demuestre que se encuentra sometido a terapias psicológicas con la finalidad de evitar y corregir los actos de violencia familiar.
- IV. Cuando el que haya sido condenado a su pérdida por el incumplimiento de la obligación alimentaria, acredite que se ha cumplido con dicha obligación, según lo establecido por el artículo 283 del presente Código.
- V. En el caso de abandono cuando el mismo haya sido provocado por una causa de fuerza mayor, que pueda justificar.
- VI. Cuando el condenado a su pérdida demuestre que la parte que tiene en ejercicio la patria potestad presente una conducta reprobable en contra de las buenas costumbres, afectando un sano desarrollo físico y mental del menor, así mismo debe demostrar lo establecido en la fracción I.
- VII. Cuando el condenado a su pérdida demuestre que la parte que tiene el ejercicio de la patria potestad actualmente su nuevo cónyuge da malos ejemplos, daña física y mentalmente al menor, así mismo debe demostrar lo establecido en la fracción I.

- VIII. Cuando el progenitor condenado demuestre que la recuperación de la patria potestad es necesaria, porque el menor se encuentra con alguna incapacidad y necesita de su presencia física, así mismo debe demostrar lo establecido en la fracción I.
- IX. En el caso de que el que tiene el ejercicio de la patria potestad muera y si no hubiera otra persona en quien recaiga con mejor derecho esta podrá ser recuperado por el progenitor que en algún momento la hubiese perdido, debiendo comprobar lo establecido en la fracción I.

Artículo 450.- Sólo podrá iniciar este procedimiento judicial la parte condenada a su pérdida que tenga interés contrario a la sentencia ejecutoria dictada por la autoridad judicial en el juicio principal.

Artículo 451.- El término para solicitar la restitución al derecho de la patria potestad empezara a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere declarado ejecutoria la sentencia, prescribiendo este derecho al término de 3 años.

Artículo 452.- El interesado en recuperar la patria potestad deberá demostrar que ha cumplido lo establecido por el artículo 49 del presente Código, entregando los oficios trimestrales otorgados por una Institución Psicológica pública o privada, dirigidos a la autoridad competente, con la finalidad de demostrar un mejorable estado psicológico.

Artículo 453.- En ningún caso podrá restituirse la patria potestad si el que la perdió no ha demostrado ante el juez de lo familiar que su conducta ha mejorado y que ha reparado la causa que motivo la pérdida, el juez contara con facultades discrecionales, debiendo conocer y valorar todos los elementos que

lo conduzcan a emitir una resolución justa en la que decidirá si otorga la recuperación de la patria potestad de forma plena o limitada.

Artículo 454.- En el caso de los artículos anteriores se escuchara la opinión del Ministerio Público y cuando la edad lo permita se deberá considerar la opinión del menor.

Artículo 455.- La persona que haya perdido por resolución judicial la patria potestad, sólo podrá recuperarla una vez.

Artículo 456.- La persona que recupere la patria potestad de un menor, ya sea en forma plena o limitada según sea el caso, deberá acudir ante el juez familiar cuando éste lo requiera, a petición de parte legitimada o del Ministerio Público, así como los menores sobre quienes se ejerza para efecto de que manifiesten como se ha venido desempeñando en su ejercicio la patria potestad.

4.2. SITUACIONES EN LAS QUE NO SERÍA POSIBLE RECUPERAR LA PATRIA POTESTAD.

Como se ha visto, siendo la patria potestad un cargo privado de interés público y que el estado tiene el interés en que todos los miembros que lo conforman, se encuentren debidamente protegidos por él y se desarrollen plenamente, en sana convivencia de sus miembros en armonía, cumpliendo así el estado con su obligación de proteger a los más desprotegidos o necesitados, y por tanto la patria potestad tiene una función de control social, es por lo que a continuación señalaremos las situaciones en las que no es posible recuperar la patria potestad.

En primer lugar y dada su importancia, tenemos los casos en donde de forma directa se causo un daño físico y/o psicológico grave al menor sujeto a la patria potestad y en donde de ninguna forma podrá resarcirse del daño al mismo, toda vez que deja una lesión permanente y que nunca podrá olvidar el menor como acontece en el caso de abuso sexual, violación por equiparación, estupro o algún otro delito o diversos hechos, que como se ha señalado en líneas anteriores hayan dejado un perjuicio permanente en el niño, es decir tienen una trascendencia en el sano desarrollo del menor en su familia y por consiguiente en el de la sociedad, es decir cuando se hubiera perdido la patria potestad por la fracción VI del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

No se podrá recuperar la patria potestad cuando se haya perdido como causa de las fracciones III y V del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que no se tendría la certeza, de que no llegaré a prostituir a sus hijos o corromperlos, por lo cual se estima que no es viable que la llegara a recuperar la persona que se encontrara en dichas hipótesis.

Por último cuando la persona que hubiese recuperado la patria potestad y que de nueva cuenta hubiese sido declarada judicialmente a la perdida de este derecho por causa diversa o igual a la anterior, se considera que no debe volver a recuperarla, ya que dicha persona demuestra que no le importa cumplir cabalmente con sus obligaciones o aún cuando le llegase a importar, no hizo nada para no encontrarse en alguna hipótesis para perder de nueva cuenta ese derecho, por lo que siendo una persona incompetente para el efectivo cumplimiento de esta figura jurídica, no debe volver a recuperar este derecho, lo anterior en atención del interés del menor.

4.3. RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN DIVERSAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE LA REPÚBLICA MEXICANA.

En las diversas legislaciones referentes a la patria potestad que existen en México, casi en su totalidad ninguna se refiere a la posibilidad de poder recuperar la patria potestad de un menor, ya que la mayoría se encuentran redactadas de forma similar a la Legislación Civil del Distrito Federal, sin embargo hay estados que llegan a señalar esta circunstancia, mismos que a continuación se mencionan.

Se encuentra que en la legislación del Estado de Aguascalientes, se establece que la madre puede recuperar la patria potestad del hijo, como es en el caso de renunciar a la patria potestad para contraer segundo matrimonio, y en consecuencia ya no la ejerce, sin embargo si posteriormente se disuelve el segundo matrimonio, podrá recuperarla; circunstancia en la que no estoy de acuerdo ya que como hemos visto el ejercicio de la patria potestad no es renunciable, además no debe estar sujeta a los antojos de los padres, situación que se encuentra en el artículo 470 del Código Civil para el Estado de Aguascalientes:

“Artículo 470. La patria potestad sólo 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 su salud, no puedan atender debidamente a su desempeño. El ascendiente que renuncie la patria potestad o se excuse de desempeñarla, no puede recobrarla, a excepción de la madre cuando quede libre del matrimonio que motivó su renuncia”.

En el estado de Michoacán y en específico en el artículo 242, fracción II del Código Civil para el Estado de Michoacán, se señala que siempre que el divorcio se hubiera motivado por las fracciones IX, X, XI, XII, XIII, XVII y XVIII del artículo 226, es factible que la recupere el que la perdió cuando muera el que la ejercía por virtud del divorcio, buscando nuevamente el bienestar del menor.

“Artículo 242. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes:

I. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XVI del artículo 226 los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables quedarán bajo la patria

potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará tutor.

II. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII, XVII y XVIII del artículo 226, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de este, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro, al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor.”...

En el Código Civil para el estado de Tabasco en su artículo 456 se establece que en beneficio de los hijos el juez podrá acordar la recuperación de la patria potestad cuando haya cesado la causa que produjo la pérdida.

“Artículo 456. Restricciones. Los jueces pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificar su ejercicio, si tratan a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa, o les

impone preceptos que dañen su salud física o mental o les da ejemplos o consejos corruptores. En beneficio e interés de los hijos, los jueces podrán también acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivo la privación, la suspensión o restricción”.

De lo anteriormente escrito, se puede apreciar que únicamente en la Legislación Civil de Tabasco se contempla una forma más clara de poder recuperar la patria potestad, que en las diversas citadas.

CONCLUSIONES:

PRIMERA: El Derecho Romano es el antecedente más importante en lo que respecta a la Institución de la Patria Potestad; pues es de ahí de donde se derivan aspectos importantes como lo son las fuentes de la Patria Potestad, sus características y sus efectos que hasta hoy en día siguen siendo vigentes en virtud de encontrarse plasmados en nuestro Código Civil para el Distrito Federal. El Derecho Español, el Derecho Francés y el Derecho Argentino al igual que nuestro Derecho Mexicano retomaron las bases establecidas en lo que a Patria Potestad se refiere el Derecho Romano, pues tenemos grandes similitudes con las disposiciones de la antigua Roma, además de que también los legisladores mexicanos a su vez retomaron algunos aspectos del Derecho Español y del Derecho Francés.

SEGUNDA: Nuestra legislación mexicana a su vez a sufrido diversas modificaciones, más sin embargo las más destacables en lo que se refiere a Patria Potestad son las contempladas en los Códigos Civiles de 1870, 1884, 1917 (Ley de Relaciones Familiares) y 1928.

TERCERA: Defino a la Patria Potestad como el conjunto de facultades y obligaciones que corresponden a los padres para con sus hijos, mismos que van encaminados a la protección de los intereses materiales, llámese bienes y a la protección de los intereses morales, consistentes en la formación del menor hasta la mayoría de edad conforme a derecho, pero de hecho la patria

potestad continúa hasta que los hijos se desenvuelvan de manera independiente.

CUARTA: La Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad consiste en que los padres tienen un cargo de derecho privado el cuál se ejerce fundamentalmente en un interés público y la garantía para el cumplimiento de las facultades y obligaciones son los lazos de afecto de los padres hacia los hijos y viceversa.

QUINTA: Las características de la Patria Potestad son: es un cargo de interés público, es irrenunciable, es imprescriptible, es temporal, es excusable y factible de recuperar.

SEXTA: De conformidad con lo que señala la Doctrina la Patria Potestad tiene un contenido de orden natural (la procreación) y a veces afectivo (la adopción), de carácter ético (el deber de mirar por el interés de la prole) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad).

SÉPTIMA: Los sujetos a la Patria Potestad son los padres, a falta de alguno de ellos corresponde su ejercicio al otro o a falta de ambos lo serán los ascendientes en segundo grado; los sujetos pasivos son los hijos o nietos menores de edad y en su caso las personas incapacitadas.

OCTAVA: Los efectos de la Patria Potestad en cuanto a la persona del hijo consisten en educarlo y proporcionarle alimentación, vestimenta, habitación e inculcarle valores morales y seguridad en sí mismos; los efectos de la Patria Potestad en cuanto a los bienes del hijo consisten en administrar dichos bienes y representarlos legalmente.

NOVENA: Nuestro Código Civil Vigente para el Distrito Federal contempla la extinción, la suspensión y la pérdida de la Patria Potestad, de las cuales considero que la más importante es la última.

DÉCIMA: Al ser la Patria Potestad un cargo de Derecho Privado que se ejerce en interés Público se debe de regular todo tipo de situaciones que se dan en la actualidad y que pueden afectar gravemente a los menores; por lo que en la presente tesis se concluye que los padres que por determinación judicial son condenados a la pérdida del ejercicio de la Patria Potestad pueden recuperar este derecho, siempre tomando en cuenta el interés superior del menor que sería el más beneficiado al momento de acontecer esta circunstancia, tomando el criterio de que en materia familiar es una realidad el cambio de circunstancias que originalmente dieron motivo a la pérdida de tal ejercicio, por lo que el juzgador debe tomar en cuenta que el permitir la recuperación sería un gran beneficio para el menor.

DÉCIMO PRIMERA: Normalmente al hijo le hace falta tanto la madre como el padre.

DÉCIMO SEGUNDA: Para que se pueda recuperar la Patria Potestad es indispensable que se consideren las circunstancias que originaron su pérdida.

DÉCIMO TERCERA: Considerando que la familia es el primer núcleo social y que la patria potestad es primordial para su buen funcionamiento, la misma en caso de pérdida debe de ser recuperable para dar facilidad de cumplir con los deberes jurídicos y garantizar el orden social, siempre y cuando el condenado demuestre que la conducta o hecho que motivo la pérdida a cambiado o cesado.

DÉCIMO CUARTA: El ejercicio de la Patria Potestad no será recuperable cuando de forma directa se haya causado un daño físico y/o psicológico grave al menor sujeto a la patria potestad y en donde de ninguna forma se pueda resarcir el daño causado.

PROPUESTAS

PRIMERA: Que se considere que la Patria Potestad es un derecho natural adquirido con el solo hecho de dar la vida a otro ser.

SEGUNDA: Que el condenado a la pérdida del ejercicio de la Patria Potestad pueda recuperar este derecho, mostrando que la conducta que motivo su pérdida a cesado y que se encuentra en la posibilidad de demostrarlo.

TERCERA: Que el juzgador considere las circunstancias que originaron la pérdida para estar en posibilidad de resolver su recuperación.

CUARTA: Que los legisladores consideren adicionar en el Título Octavo del Código Civil el Capítulo IV, el cual llevaría por título De los Modos de Restituirse o Recuperarse el Ejercicio de la Patria Potestad, que contendría 8 artículos, mismos que a continuación me permito señalar:

TITULO OCTAVO

DE LA PATRIA POTESTAD

CAPITULO IV

DE LOS MODOS DE RECUPERARSE O RESTITUIRSE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Artículo 449.- La patria potestad puede restituirse por resolución judicial:

- I. Cuando el que haya sido condenado a su pérdida demuestre posteriormente que su conducta es honorable y conforme a las buenas costumbres, así como que ha reparado la causa que produjo la pérdida.

- II. Cuando el que haya sido condenado a su pérdida por divorcio demuestre que la causa que lo produjo ha cesado, encontrándose en posibilidad de demostrarlo. No se podrá recuperar la patria potestad cuando se haya perdido como causa de las fracciones III y V del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.
- III. En el caso de violencia familiar, cuando el condenado a su pérdida demuestre que se encuentra sometido a terapias psicológicas con la finalidad de evitar y corregir los actos de violencia familiar.
- IV. Cuando el que haya sido condenado a su pérdida por el incumplimiento de la obligación alimentaria, acredite que se ha cumplido con dicha obligación, según lo establecido por el artículo 283 del presente Código.
- V. En el caso de abandono cuando el mismo haya sido provocado por una causa de fuerza mayor, que pueda justificar.
- VI. Cuando el condenado a su pérdida demuestre que la parte que tiene en ejercicio la patria potestad presente una conducta reprobable en contra de las buenas costumbres, afectando un sano desarrollo físico y mental del menor, así mismo debe demostrar lo establecido en la fracción I.
- VII. Cuando el condenado a su pérdida demuestre que la parte que tiene el ejercicio de la patria potestad actualmente su nuevo cónyuge da malos ejemplos, daña física y mentalmente al menor, así mismo debe demostrar lo establecido en la fracción I.
- VIII. Cuando el progenitor condenado demuestre que la recuperación de la patria potestad es necesaria, porque el menor se encuentra con alguna

incapacidad y necesita de su presencia física, así mismo debe demostrar lo establecido en la fracción I.

- IX. En el caso de que el que tiene el ejercicio de la patria potestad muera y si no hubiera otra persona en quien recaiga con mejor derecho esta podrá ser recuperado por el progenitor que en algún momento la hubiese perdido, debiendo comprobar lo establecido en la fracción I.

Artículo 450.- Sólo podrá iniciar este procedimiento judicial la parte condenada a su pérdida que tenga interés contrario a la sentencia ejecutoria dictada por la autoridad judicial en el juicio principal.

Artículo 451.- El término para solicitar la restitución al derecho de la patria potestad empezara a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere declarado ejecutoria la sentencia, prescribiendo este derecho al término de 3 años.

Artículo 452.- El interesado en recuperar la patria potestad deberá demostrar que ha cumplido lo establecido por el artículo 49 del presente Código, entregando los oficios trimestrales otorgados por una Institución Psicológica pública o privada, dirigidos a la autoridad competente, con la finalidad de demostrar un mejorable estado psicológico.

Artículo 453.- En ningún caso podrá restituirse la patria potestad si el que la perdió no ha demostrado ante el Juez de lo Familiar que su conducta ha mejorado y que ha reparado la causa que motivo la pérdida, el Juez contara con facultades discrecionales, debiendo conocer y valorar todos los elementos que lo conduzcan a emitir una resolución justa en la que decidirá si otorga la recuperación de la patria potestad de forma plena o limitada.

Artículo 454.- En el caso de los artículos anteriores se escuchara la opinión del Ministerio Público y cuando la edad lo permita se deberá considerar la opinión del menor.

Artículo 455.- La persona que haya perdido por resolución judicial la patria potestad, sólo podrá recuperarla una vez.

Artículo 456.- La persona que recupere la patria potestad de un menor, ya sea en forma plena o limitada según sea el caso, deberá acudir ante el Juez Familiar cuando éste lo requiera, a petición de parte legitimada o del Ministerio Público, así como los menores sobre quienes se ejerza para efecto de que manifiesten como se ha venido desempeñando en su ejercicio la patria potestad.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BAQUEIRO ROJAS. Edgard y BUENROSTRO BÁEZ Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México 1990.
- 2.- BARBERO. Domenico. Sistema del Derecho Privado II. Derechos de la Personalidad. Derecho de Familia-Derechos Reales. Ediciones jurídicas Europa América. Buenos Aires 1967.
- 3.- BRANCA GIUSEPPE. Instituciones de Derecho Privado. Editorial Porrúa. México 1978.
- 4.- CASTAN TOBEÑAS. José. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo IV. Sexta Edición. Editorial Reos. Madrid. 1944.
- 5.- CHÁVEZ ASECIO. Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa S.A. México 1987.
- 6.- D. ANTONIO. Daniel Hugo. Patria Potestad. Editorial Astrea. Buenos Aires 1976.
- 7.- DE CASO Y ROMERO, Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor. México 1980.
- 8.- DE PINA. Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Decimoctava Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1993.
- 9.- FLORIS MARGADANT. Guillermo. El Derecho Privado Romano. Vigésima Edición. Editorial Esfinge S.A. México 1995.
- 10.- GALINDO GARFIAS. Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Decimocuarta Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1995.
- 11.- GONZÁLEZ. Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil. 7ª Edición. Editorial Trillas. México 1990.
- 12.- IBARROLA. Antonio. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Porrúa. S.A. México 1995.
- 13.- LÓPEZ DEL CARRIL. Julio J. Derecho de Familia. Editorial Abeledo Perrot. Argentina 1984.
- 14.- LÓPEZ DE CARRIL. Julio J. Patria potestad. Tutela y Curatela. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1993.
- 15.- MAGALLON IBARRA. Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo III. Editorial Porrúa S.A. México.

- 16.- MONTERO DUHALT. SARA. Derecho de Familia. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México 1987.
- 17.- MORALES. José Ignacio. Derecho Romano. Tercera Edición. Editorial Trillas S.A. México 1996.
- 18.- MOTO SALAZAR. Efraín. Elementos de Derecho Civil. 22ª Edición Editorial Porrúa S.A. México 1977.
- 19.- ODERIGO. Mario N. Sinopsis de Derecho Romano. Sexta Edición. Editorial de palma. Buenos Aires. Argentina. 1982.
- 20.- PENICHE LÓPEZ. Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. 16ª Edición Editorial Porrúa S.A. México 1982.
- 21.- PÉREZ DUARTE. Alicia. Derecho de Familia. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1995.
- 22.- PLANIOL MARCEL. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Cárdenas México 1983.
- 23.- PUIG BRUTAU. José. Compendio de Derecho Civil. Volumen IV. Editorial Bosh. Barcelona 1991.
- 24.- ZANNONI. Eduardo A. Derecho de Familia. Editorial Astrea. Buenos Aires 1978.

LEGISLACIÓN:

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal.
- 3.- Código Civil para el Estado de Aguascalientes.
- 4.- Código Civil para el Estado de Michoacán.
- 5.- Código Civil para el Estado de Tabasco.