

320809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
PLANTEL TLALPAN

2ej

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

"LA NECESIDAD DE LEGISLAR LA
RECUPERACION Y OBTENCION DE LA
PATRIA POTESTAD, COMO ELEMENTOS
DE INTEGRACION FAMILIAR."

T E S I S
Q U E P R E S E N T A :
FERNANDO ARENAS FLORES
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR DE TESIS: LIC. SARA PAZ CAMACHO

MEXICO, D. F.

279615

1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

AGRADEZCO.....

A Dios nuestro Señor,
porque siempre ha
estado conmigo.

A mi madre,
quien es mi mejor ejemplo
de que se puede salir triunfante
ante los retos más
severos de la vida.

A mi padre,
por su apoyo
y motivación para
seguir superándome.

A mi esposa e hijos,
a quienes dedico
con mucho amor
este logro.

A mis hermanos,
con quienes siempre
he podido contar
para cumplir mis anhelos.

INDICE

INTRODUCCION.

	Página
CAPITULO I. PATRIA POTESTAD	
1.1 CONCEPTO	2
1.2 CARACTERISTICAS	13
1.2.1 Cargo de interés público.	13
1.2.2 Irrenunciable.	14
1.2.3 Intransferible.	16
1.2.4 Imprescriptible.	18
1.2.5 Temporal.	18
1.2.6 Excusable.	19
1.3 EVOLUCION HISTORICA.	21
CAPITULO II. SUJETOS Y CONSECUENCIAS DE LA PATRIA POTESTAD.	
2.1 SUJETOS	24
2.1.1 Sujetos activos.	24
2.1.2 Sujetos pasivos.	26
2.2. CONSECUENCIAS.	28
2.2.1 En cuanto a las personas subordinadas a ella.	28
2.2.2 En cuanto a los que la ejercen.	30
2.2.3 Efectos sobre la persona del menor.	30
2.2.4 Efectos sobre los bienes del menor.	39
CAPITULO III. DE LOS MODOS DE SUSPENDERSE, PERDERSE Y EXTINGUIRSE LA PATRIA POTESTAD.	
3.1 DE LOS MODOS DE SUSPENDERSE.	47
3.1.1 Por incapacidad declarada judicialmente.	48
3.1.2 Por ausencia declarada en forma.	52
3.1.3 Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.	59

3.2 PERDIDA .	60
3.2.1 Cuando el que la ejerza es condenado a la pérdida de ese derecho.	61
3.2.2 En los casos de divorcio.	66
3.2.3 Costumbres depravadas de los padres y malos tratos.	70
3.3 POR LA EXPOSICION O ABANDONO DE LOS HIJOS.	73
3.4 EXTINCION.	75
3.4.1 Por muerte de quien la ejerce.	76
3.4.2 Por la emancipación derivada del matrimonio.	77
3.4.3 Por la mayoría de edad del hijo.	78

**CAPITULO IV. LEGISLACION SOBRE LA RECUPERACION Y
OBTENCION DE LA PATRIA POTESTAD.**

4.1 IMPORTANCIA EN LA FAMILIA .	81
4.2 RECUPERACION.	84
4.2.1 En caso de suspensión.	86
4.2.2 En caso de pérdida.	89
4.3 OBTENCION.	94
4.4 VENTAJAS SOBRE LA TUTELA.	97

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

Todas las leyes y normas fueron creadas para regular la conducta del hombre en sociedad.

Esta sociedad tiene su origen en la familia, pues la estabilidad de la misma tiene importancia primordial dentro de la organización de la sociedad en cuanto al progreso o retroceso de la misma.

Efectivamente, es el núcleo de la sociedad en la que se asientan los principios básicos respecto al amor, la moral y la educación, elementos con los cuales cada sujeto debe contar para su interrelación con los demás miembros de dicha sociedad, por lo que siendo este grupo impulsor de la humanidad, se le debe otorgar una gran atención para que no peligre su estabilidad.

La inquietud de desarrollar el presente trabajo surge al estudiar a la patria potestad, más como un vínculo importante de integración y estabilidad familiar, que como un mero precepto legal que encierra únicamente derechos y obligaciones para quienes la ejercen.

Mediante los métodos de investigación documental, deductivo e histórico, se analizaron los beneficios que conllevan el que en una familia exista el ejercicio de la patria potestad, y cuando en un momento determinado ésta se pierda, nuevamente pueda recuperarla aquél que la perdió, o solicitar su obtención aquél que no la tenga.

Teniendo como hipótesis, la trascendencia que para la sociedad tiene el que en toda familia siempre se ejerza la patria potestad para beneficio de lo menores sujetos a ella, damos comienzo al desarrollo de la presente exposición

En el primer capítulo estudiaremos el concepto y las características de esta institución jurídica, explicando su evolución histórica desde sus orígenes hasta nuestros días.

En el capítulo segundo nos referiremos exclusivamente a los sujetos que intervienen en su ejercicio y sus consecuencias.

En el capítulo tercero estudiaremos las causas por las cuales se suspende, se pierde y se extingue su ejercicio.

Finalmente en el cuarto capítulo nos abocaremos a señalar la necesidad que tiene para la sociedad el que en una familia se ejerza debidamente éste derecho, presentando dos propuestas (páginas 88, 92 y 95) no previstas por nuestro Código Civil para recuperar y obtener en su caso la patria potestad.

CAPITULO I
PATRIA POTESTAD

En este capítulo estudiaremos la evolución que del concepto de patria potestad se tenía, hasta llegar a la concepción actual, cuya finalidad está dirigida a la máxima protección del menor. De igual forma conoceremos las características que conforman esta institución y sus antecedentes históricos.

1.1 CONCEPTO

Es una institución que tiene sus antecedentes más primitivos en la antigua Roma, en donde encontramos que ésta autoridad descansaba en forma absoluta y rigurosa en la figura del pater familias o jefe de familia, el cual podía disponer tanto de la persona como de los bienes de sus descendientes en la forma que más conviniera a sus intereses, pudiendo desde vender, dar en garantía o matar a sus hijos, hasta gastar el patrimonio que tuvieran o que hubiesen ganado por esfuerzo propio sin importar que quedaran en total estado de indefensión.

Así tenemos que en aquél entonces el carácter principal de esta autoridad tendía a satisfacer el interés del jefe de familia y no así a la protección del hijo.

El proceso evolutivo de ésta institución ha sido lento, pero poco a poco se ha logrado que en lugar de que sea una potestad absoluta que recayera única y exclusivamente sobre la figura del padre, ahora recaiga también sobre la figura de la madre o incluso sobre una tercera persona, es decir que se trata de borrar esa idea primitiva de que sólo el padre puede

y debe ejercer potestad sobre los hijos, limitando así a la madre de éste derecho hasta el grado de que ni aún muerto el padre, podía ella ejercerla.

Actualmente tenemos una concepción diferente de lo que esto significa, ya que no podemos hablar de una autoridad absoluta y rigurosa que descansa sobre el jefe de familia ni mucho menos sobre los derechos limitados o nullos de los hijos, hoy en día es una protección hacia la persona del menor y sus bienes por parte de quienes la ejercen.

Hemos dicho ya que fue precisamente en Roma en donde realmente existió este atributo en el sentido estricto de su terminología, “el vocablo patria potestad proviene de la expresión latina *patrius, a, un,* que significa lo relativo al padre, y potestas, que significa potestad o poder, esto es, la potestad o poder del padre”(1). Sin embargo no obstante de seguir existiendo esta institución con el mismo nombre, y que la misma se refiere a las relaciones del padre con el hijo, no se trata ya de poder alguno, sino que se concibe más como un conjunto de derechos y deberes que tienen los padres tanto a la persona como a los bienes de los hijos mientras éstos no puedan valerse por sí mismos, por ser menores de edad no emancipados.

Así pues, pensar en una definición en la cual se conjuguen el sentimiento de amar y proteger al hijo y sus pertenencias y los derechos y obligaciones que sobre el tienen los padres, no es tarea fácil, por lo que a continuación analizaremos las diferentes ideas de diversos autores sobre éste concepto

(1) DE IBARROLA, Antonio Derecho de Familia 4ª edición.
Editorial Porrúa, S.A. México 1984, p.359

Primeramente estudiaremos la definición que nos da Marcel Planiol quien señala: “ 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” (2).

Observemos que ésta definición es un tanto cuanto incompleta, pues si bien señala que es un conjunto de derechos y facultades que la ley concede para permitir el cumplimiento de sus obligaciones, limita el ejercicio de la misma al padre y a la madre, dejando fuera a los ascendientes que por vía de exclusión pueden llegar a ejercer la patria potestad.

Asimismo sentimos que a ésta definición le hace falta algo que encause el ejercicio de ese derecho y de esa facultad hacia el fin verdadero que se pretende dar con la reglamentación de esta institución; es decir, hacia la educación adecuada del menor, así como de la protección y cuidado asistencial de su persona y de sus bienes, evitando con ello, los abusos de que son objeto éstos por parte de quienes ejercen ese derecho.

Rafael de Pina nos dice: “La patria potestad es el conjunto de las facultades que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria” (3).

(2) PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo II. Traducción de la 12ª edición Francesa, por el Lic. José Ma. Cajica Jr. Editorial Cultura. Puebla, México 1968.p.251

(3) DE PINA, Vara Rafael. Derecho Civil Mexicano Tomo I. 10ª edición. Editorial Porrúa,S.A, México 1980.p.373

Consideramos ésta definición como una de las que más se acerca a lo que deseamos se debe entender como tal, pues habla tanto de las facultades como de deberes sin excluir al padre, a la madre ni a los ascendientes que por orden de exclusión pueden ejercerla, pero cabe hacer notar que no habla de derechos, es decir, les confiere a quienes ejercen la patria potestad facultades pero no derechos, mismos que consideramos necesarios deben tener los que ejercen esta institución, como el apoyo que da fuerza a la imposición de los deberes que les impongan a los menores, sin que con ello queramos decir que puedan abusar de su autoridad.

En la última parte de esta definición podemos observar que el maestro Rafael de Pina trata de encausar esas facultades y deberes que la ley otorga a quienes la ejercen, diciendo que deben utilizar esas prerrogativas que la ley da para proteger la persona y los bienes del menor en la medida que sea necesaria para el mejor desarrollo de los menores de edad no emancipados.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que a ésta definición le faltó mencionar la asistencia que deben proporcionarle a los menores los que ejercen este derecho.

Sara Montero Duhalt señala: “ Es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad” (4)

(4) MONTERO, Duhalt, Sara. Derecho de Familia. 4ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1990.p.339

Esta autora nos añade un término nuevo, la filiación y con ello nos amplía más el campo de acción, pues ahora también podemos hablar de las facultades y obligaciones que contraen las personas que adoptan a menores de edad, aunque deja fuera los derechos de quienes ejercen la patria potestad junto con el aspecto de conciencia humanitaria que nosotros deseáramos se le diera a esta institución

Cabría aquí señalar que tanto Rafael de Pina como Sara Montero coinciden en el deseo de que lo que hoy seguimos conociendo como patria potestad debiera de otorgársele otro nombre, ya que ésta denominación tradicional no responde al espíritu que con el paso del tiempo a ido adquiriendo, a pesar de ser cierto que la misma significó poder del padre.

Pero también es necesario decir que al mismo tiempo que éstos autores señalan la necesidad de cambiarle a esta institución el nombre, también manifiestan la imposibilidad de hacerlo, toda vez que ninguna terminología es lo suficientemente amplia como para abarcar en su totalidad el sentido que ahora tiene, por lo que han tenido que conformarse con la terminología tradicional que se le ha seguido dando. Este mismo sentir de cambiarle el nombre lo han expresado otros autores, pero también se han visto en el mismo problema de no encontrar la terminología adecuada.

Para Mario Rotondi: “ La patria potestad ha quedado reducida a una función de gobierno familiar y de tutela de las personas sometidas para garantía de la conservación y protección de sus intereses” (5).

Este autor en su definición marca claramente esa evolución que ha tenido con el pasar del tiempo, ya que al señalar que “ ha quedado reducida”, está nulificando por completo la concepción antigua de poder absoluto del padre sobre los hijos, dándole así un carácter meramente protector, asimismo, podemos observar que amplía esta potestad a la figura tutelar (ya que ésta institución tiene también por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no están sujetos a ella, pero que a la vez no tienen capacidad para gobernarse así mismos), tratando con ello darle a los menores de edad no emancipados y a los incapaces tanto la protección de su persona como la de sus bienes. La deficiencia que le encontramos a esta definición es la de no hablar sobre las personas que deben ejercerla , además de no tocar el punto de asistencia a los menores y de no tomar en cuenta los derechos, obligaciones y facultades que sobre los menores tienen los que la ejercen.

Antonio de Ibarrola nos da una sencilla definición afirmando, “ La patria potestad es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad” (6).

(5) ROTONDI, Mario. Instituciones de Derecho Privado., traducido por Francisco F. Villavicencio. Editorial Labor, S.A. 1953 p.556

(6) DE IBARROLA, Antonio op, cit.p 359

Esta definición a nuestra consideración es bastante deficiente, ya que si bien, hoy en día se trata de darle a esta institución un enfoque diferente de lo que fue antes, no se busca con ello someter a los que ejercen la patria potestad a los caprichos de los menores de edad no emancipados, sino que se pretende someter a los que la ejercen, las normas que la ley señala para inducirlos a cumplir con la obligación de darles asistencia y protección a los sometidos a su cargo para cubrir sus necesidades; es decir, los que ejercen la patria potestad están sometidos a las disposiciones que la ley establece y no así a los caprichos de los hijos, sino por el contrario están obligados a asistirlos.

Otra deficiencia que encontramos es la de limitar el ejercicio de la misma, a los padres del menor, dejando fuera a los ascendientes, además de no hablar de derechos, obligaciones y facultades que deben otorgársele a los que ejercen el cargo para delimitar sus funciones y su autoridad.

También es limitado este concepto al querer el autor englobar en la palabra “necesidades”, la finalidad de asistencia y protección que deben darse a la persona y a los bienes de los menores.

Para Alberto Trabucchi, este derecho “ es el poder y deber que ejercen los padres sobre los hijos legítimos, naturales y adoptados” (7).

(7) TRABUCCHI, Alberto, Instituciones de Derecho Civil Editorial Revista de Derecho privado Madrid, España. 1967 Traducido por Luis Martínez Calcerada.

Esta definición es incompleta, ya que si bien habla de “poder” (considerando que el autor usa este término como sinónimo de derecho) y “ deber ”, esto los enfoca en el sentido de ejercerlos sobre la persona de los hijos sin una limitación, es decir, que no lo enfocan a la facultad que les otorga la ley para dar asistencia a los menores, Este autor restringe también el ejercicio del cargo a los padres sin tomar en cuenta a los ascendientes, pero extendiéndolo a los padres adoptivos y naturales.

Después de haber analizado algunas de las muchas y muy variadas definiciones que sobre el tema en cuestión existen, mismas que como ya se dijo, se acercan más a la idea de lo que es el ideal a conseguir con la reglamentación de ella, no obstante las deficiencias que les hemos encontrado, pues a pesar de ellas contienen algunas de las finalidades esenciales que se pretenden dar a esta institución, pasaremos a mencionar las concepciones con las que nosotros estamos más de acuerdo ya que en ellas encontramos plasmado el sentido humanitario de preservar la persona del menor de edad no emancipado.

Ignacio Galindo nos dice: ”La patria potestad toma su origen en 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”(8).

(8) GALINDO, Garfias, Ignacio Derecho Civil 4ª edición. Editorial Porrúa. S.A. México 1980. p.667

Este autor al igual que Sara Montero, señalan como su origen a la filiación, concepto con el que estamos de acuerdo porque nos permite un margen más amplio de aplicación, como ya hemos dicho con antelación, podemos observar que este autor no habla de derechos y obligaciones, además de enfocar su definición exclusivamente a la persona del menor, olvidándose por completo de los bienes de éste.

No obstante las omisiones que le encontramos las consideramos dentro de las más adecuadas, ya que si bien es importante cuidar del patrimonio de los menores tratando de evitar el abuso de que pudieran ser objeto éstos por parte de quien administra sus bienes, creemos de mayor importancia la protección que a la persona del infante debe darse.

Felipe Clemente de Diego la define así: “El deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de estos”.(9)

Por su parte, Messineo señala: “ La patria potestad es un conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, educar e instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psicológica y de su consiguiente incapacidad de obrar”. (10)

(9) DIEGO, Felipe Clemente De. Citado por Muñoz, Luis Derecho Civil Mexicano. Editorial Modelo. México 1971. P439.

(10) MESSINEO, citado por Castán, Vázquez José María. La Patria Potestad. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1960. P 8

Hemos dejado estas dos definiciones al último, no obstante que ambas limitan el ejercicio de la misma a los padres, dejando fuera a los ascendientes que por vía de exclusión pueden y deben ejercerla, en virtud de que las dos contemplan el sentimiento de asistencia y protección hacia la persona y bienes de los menores no emancipados, sentir que nosotros desearíamos tuvieran todos aquellos que la ejercen para con sus descendientes, sin abusar de los derechos y facultades que la ley les otorga con el único fin de que procuren lo mejor para aquéllos.

Ahora bien, una vez que hemos estudiado brevemente lo que fue esta institución en la antigüedad y algunas de las concepciones que de ella dan algunos de los muchos autores que han tratado el tema, pasaremos a ver lo que nuestra legislación vigente señala al respecto.

El Código Civil para el Distrito Federal en su Libro Primero, Título Octavo, artículo 413 no nos da una definición de lo que es, o debe ser la patria potestad, sino que sólo se limita a establecer sobre qué y quién se ejerce y por quiénes puede ser ejercida:

“Artículo 413 - La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal”.

Asimismo reglamenta todo lo referente a quienes deben ejercerla, los derechos y obligaciones que se adquieren por este hecho, así como el deber de los hijos de respetar a

sus padres y ascendientes aunque estos últimos no ejerzan sobre ellos ningún derecho propiamente dicho, sin olvidar regular lo concerniente a los efectos que produce respecto de los bienes del hijo, de señalar los casos en que el ejercicio de ella puede ser excusable y de los modos de extinguir, suspender y perderse la misma.

Es por ello que consideramos necesario que nuestro Código Civil defina claramente lo que debe entenderse por patria potestad, y más aún, que a las personas que tienen hijos menores de edad y aquellos que todavía no los tienen, se les hiciera saber qué es, qué tan grande es su importancia y cuáles serían las consecuencias que pudieran darse en los casos de incumplimiento con ese deber.

Esta necesidad la creemos muy importante, pues si el régimen familiar es considerado como base de la sociedad, por consiguiente los preceptos que la reglamentan interesan al orden público y por ello no pueden modificarse por ningún tipo de convenio privado.

Así entonces, después de haber analizado diversos conceptos consideramos que nuestro Código Civil debiera señalar:

Artículo 413.- La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley otorga a los padres legítimos, naturales, adoptivos o ascendientes con el fin proveer asistencia, protección y educación a los menores de edad no emancipados o incapaces, así como el de cuidar sus bienes patrimoniales.

No obstante la deficiencia de nuestro Código en cuanto a la falta de una definición, debemos decir y hacer notar que a diferencia de antiguas legislaciones que señalaban que esta institución sólo podía darse legalmente dentro de la familia legítima y que por consiguiente no podía surgir respecto de los hijos naturales, nuestra ley considera que esta institución nace de la relación paterno-filial, tratándose con ésto de que ese deber de proteger y cuidar a los hijos no dependa en exclusiva del vínculo matrimonial sino que lo hace extensivo a la simple procreación, e incluso a la adopción, pensar que compartimos en todo lo que vale.

1.2 CARACTERISTICAS.

Por la propia naturaleza jurídica de que está investida, podemos afirmar que no obstante de tratarse de un cargo de derecho privado, ésta se ejerce en un interés público; es decir, que el interés de los padres debe coincidir con el interés general de los diversos grupos sociales.

Así es que si consideramos a la misma como un derecho subjetivo personalísimo nos vamos a encontrar que tiene las siguientes características:

1.2.1 Cargo de interés público.

Decimos que es un cargo de interés público porque la ley les otorga a quienes la ejercen un conjunto de derechos y obligaciones, los cuales son derechos personalísimos de los

titulares, sin olvidar que el derecho es un instrumento de convivencia que la sociedad ha creado con el fin de recoger los valores de las relaciones que entre ellos se susciten, como lo sería el de proteger la persona y bienes de los desvalidos y de los menores de edad que son los que a nosotros nos importan.

Esta característica también está apoyada por el deseo que tiene el Estado de conservar la unidad familiar que es la base de la sociedad, por ello podemos ver que los legisladores han plasmado ese sentir en nuestro código al señalar que es un cargo que esta fuera del comercio y que por tanto es irrenunciable, imprescriptible e intransferible.

1.2.2 Irrenunciable.

“ La manifestación de la voluntad de un sujeto mediante la cual se desprende de un bien, derecho o cargo, es lo que conocemos como renuncia “ (11).

Así pues podemos definir a la irrenunciabilidad como la imposibilidad de un sujeto de desprenderse de un bien, derecho o cargo mediante la manifestación de su voluntad.

De acuerdo con el Código Civil, éste derecho no es renunciable, ya que ahí lo establece textualmente en su artículo 448: “ La patria potestad no es renunciable pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

(11) DE PINA, Vara, Rafael. Diccionario de Derecho 9ª edición Editorial Porrúa. S.A. México, 1980. p 429

I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos;

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

Aunque bien podría bastarnos el señalamiento que la ley hace al respecto, creemos necesario agregar que la irrenunciabilidad se basa en el hecho de estar considerada como una institución de orden público, por la importancia que la familia tiene en la sociedad, trayendo como consecuencia que sean consideradas como normas de interés público las que la reglamentan y por tanto de carácter irrenunciable, pues así lo señala el mismo ordenamiento jurídico en su artículo sexto, que a la letra dice:

“ La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público cuando la renuncia no perjudica derechos de terceros”.

De acuerdo con el precepto legal antes invocado, tenemos que el hecho de renunciar a este cargo va en contra de la ley, desde el punto de vista de que con esa renuncia se afecta el interés público y se perjudica a terceros, quienes vienen siendo los menores de edad no emancipados, además de implicar el incumplimiento de la responsabilidad más seria que asumen los seres humanos, y que es el hecho de traer hijos al mundo.

Si a todo esto añadimos que el cuidado y asistencia de la persona del menor no es sólo un derecho sino también un deber, el padre no puede renunciar a él por medio de un convenio,

ni tampoco puede renunciar a la administración de los bienes del hijo, ya que ello implicaría la total desprotección del menor, así entonces podemos ampliarlos hasta los convenios que se elaboran con motivo de un divorcio diciendo que, si bien en ellos se trata de reglamentar en cierta medida la forma en que los padres ejercerán la potestad de los hijos, es también claro que en ellos no pueden renunciar al derecho de tratar personalmente al hijo, ya que eso equivaldría a la renuncia de cuidar de la persona del menor.

Cabe aclarar que el derecho que tienen los padres de consentir la emancipación del menor, hecho que a su vez produce la extinción de este cargo como lo veremos más adelante por un acto voluntario de quien la ejerce, no implica una verdadera renuncia de los padres, sino más bien se considera que ellos ya no creen necesario ejercer ese cargo sobre el menor que reúne ciertas cualidades que lo hacen dejar de ser vulnerable a su medio ambiente y que por tanto puede cuidar a su persona y a su patrimonio.

Por éstas razones decimos que todos los pactos que contengan la renuncia de la patria potestad deben ser nulos.

1.2.3 Intransferible.

Si bien es cierto que la transferencia es, “ un acto jurídico en virtud del cual un derecho es transmitido por una persona a otra” (12), también lo es que la intransferibilidad es

(12)DE PINA, Vara, Rafael . Op Cit. 469.

considerada como lo opuesto a aquella; es decir, la imposibilidad de transmitir a otra persona un derecho que nos es otorgado.

Además es considerada como una institución de orden público y por ello las normas que la rigen son de interés social, por lo consiguiente las personas que adquieren ese cargo, adquieren también un derecho personalísimo que no puede ser objeto de comercio, por lo que no puede transferirse a título gratuito ni mucho menos a título oneroso, teniendo como caso único de exclusión la figura jurídica de la adopción; único caso que acepta y contempla nuestra legislación, siempre que el juez de lo familiar haya aprobado la adopción como forma de proteger la persona e intereses del menor, como lo señala el artículo 403 del Código Civil:

“Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges”.

Como hemos visto, esta institución es por regla general intransferible, sin embargo, ello no significa que los que la ejercen no puedan delegar en una tercera persona algunos de los derechos concretos derivados de la misma, así, es frecuente que quienes ejercen ésta potestad deleguen a otros el derecho y deber de educar y custodiar al menor de edad, ejemplo concreto lo encontramos en el hecho de que internen en un colegio al menor, lo cual no implica su transmisión.

1.2.4 Imprescriptible.

Tomando en consideración que ésta institución es un derecho personalísimo para el que la ejerce, podemos con apoyo en lo establecido por el artículo 1137 afirmar que ésta no se adquiere ni extingue por prescripción, pues según la ley sólo son susceptibles de prescribir los derechos reales y personales que no afecten los derechos familiares, por ello las personas que tienen la obligación de ejercer ese cargo y no lo hicieron, no pierden por ello dicha obligación, ni pierden tampoco el derecho de entrar a su ejercicio y como consecuencia de lo anterior aquellos que sin ser padre o madre o ascendiente directo del menor lo asisten, protegen y representan de hecho no adquieren por el transcurso del tiempo la patria potestad de ese menor.

1.2.5 Temporal.

Entendemos como temporal, “todo aquello que dura por algún tiempo, que no es eterno”(13).

Sara Montero nos dice al respecto que “este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello dura tanto como la minoría de edad de los hijos que contraen matrimonio antes de la mayoría”.(14)

(13) Diccionario Enciclopédico Quillet, Tomo XI, Editorial Cumbre, S.A, México, 1985. p 384

(14) Op. Cit.p. 343 y 344.

Esta característica también la encontramos en el Código Civil en los artículos 412 y 646 que señalan:

Art.412.- “Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley”.

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

De lo anterior podemos afirmar que efectivamente, esta carga es de carácter temporal, por lo que consideramos que es necesario hacer mención de esta característica que al mismo tiempo que se deja de ser menor de edad o de que se contrae matrimonio, siéndolo, se acaba la obligación y deber del que ejerce respecto de esa persona, sin que con ello queramos decir que termine el deber moral de seguir respetando a los que cuidaron de su persona y de sus bienes, dándoles asistencia y protección que les fueron necesarias para su desarrollo y para el mejor rendimiento de su patrimonio.

1.2.6 Excusable.

Entendemos por excusable “aquello que admite excusa o es digno de ella. Que se puede omitir o evitar”.(15)

(15)Diccionario Enciclopédico Quillet. Op. Cit. Tomo V, p.233

Por su parte, nuestra legislación establece:

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 pueden atender debidamente a su desempeño”.

Sara Montero al respecto agrega: “ la excusa de acuerdo con las circunstancias señaladas, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber. Quiere decir que los padres o abuelos aunque rebasen la edad de sesenta años o su salud sea habitualmente precaria, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para el descendiente” (16).

Al respecto hemos de decir que estamos de acuerdo con el señalamiento que hace esta autora basándose en lo dispuesto expresamente por la ley, ya que si bien es cierto que por ser de interés público es irrenunciable, también lo es su finalidad de asistencia, protección y cuidado de la persona y patrimonio del menor, constituyéndose así como una carga que necesita ser cumplida hasta sus últimas consecuencias, cargas que a su vez pueden resultar fatigosas para las personas de edad avanzada o de salud precaria y que por ello la ley les otorga la facultad de excusarse, pero no el derecho de hacerlo; es decir, si a pesar de que las personas sean de edad avanzada o de precaria salud pueden

(16) MONTERO, Duhait, Sara. Op. Cit p 344

atender satisfactoriamente las necesidades del menor sin perjudicarlo en forma alguna, podrán y deberán seguir ejerciendo su cargo hasta que su misma condición se los permita, o hasta que el menor de edad deje de serlo o contraiga matrimonio siendo aún menor de edad.

1.3. EVOLUCION HISTORICA

La institución de la patria potestad se origina en el derecho romano; el mismo nombre denuncia su origen y su carácter, que ha venido variando a lo largo del tiempo y del cual como ya lo señalamos subsiste exclusivamente el nombre. Consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes ejercido sólo por el ascendiente varón de más edad. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía doméstica, de donde se originó el término, ya que era un poder real y efectivo del pater familias (no del padre, y menos de la madre) sobre todos sus descendientes, y se prolongaba por toda la vida de los sujetos. Se equiparaba la potestad marital que se tenía respecto a la mujer y era equivalente en menor grado a la potestad sobre los esclavos. Se establecía en beneficio del jefe de familia, quien podía rechazarla si así convenía; sus facultades abarcaban la persona y los bienes de los hijos, a grado tal que podía venderlos como esclavos si lo hacía fuera de Roma, e incluso condenarlos a muerte.

El pater era dueño de todos los bienes que el hijo adquiría, con un poder absoluto y dictatorial.

Estas características fueron suavizándose a través del tiempo, especialmente con el advenimiento del cristianismo. Cada vez se atendía más al interés del hijo, entendiéndose la patria potestad más como una función obligatoria que como derecho. Por el sistema de las peculias el hijo pudo tener patrimonio propio y administrar sus propios bienes, hasta convertirse en nuestros días en una institución protectora del menor, establecida en provecho de éste y en su beneficio. Es ejercida primeramente por ambos padres, y a falta de estos por los abuelos independientemente de su sexo. Tiene carácter transitorio como ya se dijo, y no afecta la capacidad de goce del menor y sólo limita, en su provecho, su capacidad de ejercicio.

CAPITULO II.

SUJETOS Y CONSECUENCIAS

DE LA PATRIA POTESTAD.

Una vez que hemos analizado el concepto y la evolución histórica de la patria potestad estudiaremos en este segundo capítulo a los sujetos en quienes recae dicho concepto, así como las consecuencias sociales y jurídicas que de ella se derivan.

2.1. SUJETOS

Unicamente existen dos tipo de sujetos, éstos son los activos, que son aquellos en quienes recae el deber de desempeñar el cargo, y los pasivos, que son en quienes se ejerce el desempeño de dicho cargo.

El estudio de los sujetos activos y pasivos merece verse de manera individualizada por lo que iniciaremos con los:

2.1.1. Sujetos Activos.

El Código Civil vigente establece lo referente a las personas que tienen el ejercicio de este cargo y de la forma en que han de ser suplidos en este ejercicio cuando faltaren por alguna causa natural o legal.

Propiamente el artículo 414 nos dice que este derecho sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

Observamos que nuestro código establece su ejercicio en forma conjunta a los padres, logro conseguido con la desaparición de la concepción primitiva de ésta institución, pues como lo hemos estudiado anteriormente, ésta sólo podía ser ejercida por el jefe de la familia.

Ahora bien, cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, ambos la ejercerán, pero convendrán con apoyo en el artículo 380 del mismo ordenamiento, cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

De acuerdo con el artículo 381, cuando los hijos nacidos fuera del matrimonio no hayan sido reconocidos por sus progenitores en el mismo acto, pero sí en forma sucesiva y éstos no viviesen juntos, la patria potestad y la custodia serán ejercidas por el primero que hubiere reconocido al hijo, salvo convenio en contrario hecho por los padres y siempre que el juez de lo familiar no creyere necesario modificar el convenio, por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

Respecto de éstos dos últimos casos, la propia ley establece en el artículo 414 que cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro; y a falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en el mismo ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

En cuanto al hijo adoptivo, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 419 del mismo ordenamiento, será ejercida única y exclusivamente por la persona o personas que lo hayan adoptado.

Sobre el particular, nosotros consideramos que también nuestro ordenamiento jurídico debería regular la participación de los abuelos paternos o maternos en su ejercicio cuando faltaren los padres adoptivos, pues es bien sabido que cuando un nuevo miembro pasa a formar parte de una familia, aunque la ley así no lo diga, para sus integrantes se trata de un nuevo hermano, hijo, hija, sobrino o nieto, que goza de los mismos derechos.

2.1.2 Sujetos Pasivos.

En cuanto a los sujetos sobre quienes se ejerce, el artículo 412 señala:

“ Los menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley”.

Al respecto Ricardo Couto señala: “ Siendo la patria potestad una institución tutelar y protectora del hijo, no debe durar más tiempo que aquel en que el sometido a su dominio, por la poca experiencia que resulta de su edad, no puede conducirse por sí mismo; en consecuencia de lo cual es que el poder paterno no puede ejercerse más que respecto de los menores de edad”. (17)

Nosotros compartimos la opinión de este autor, toda vez que como hemos visto con anterioridad, su finalidad es proteger al menor dándole asistencia, instrucción y cubriendo todas sus necesidades, cuidando también de su patrimonio mientras éste logra adquirir las experiencias y conocimientos mínimos necesarios para valerse por sí mismo, motivos por los cuales se cree que sería ya innecesario seguir ejerciendo potestad sobre ellos, sin querer decir con esto que los padres dejen de cumplir con el deber moral de velar por el bienestar de sus hijos.

(17) COUTO, Ricardo. Derecho Civil Mexicano Tomo III. Editorial Vasconia México 1919 p.296

2.2 CONSECUENCIAS.

La relación que se da entre quienes la ejercen y quienes están sometidos a ella producen efectos, mismos que la ley señala y que a continuación estudiaremos.

2.1.2 En cuanto a las personas subordinadas a ella.

De acuerdo a nuestro Código, los sometidos a ella son:

Artículo 412.- “Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley”.

Por su parte el artículo 411 nos dice que en la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

El precepto legal antes mencionado señala un deber moral más que un deber jurídico, toda vez que el respeto y la consideración mutuos los podemos encontrar también dentro de diversos textos de civismo.

El segundo deber que la ley impone al sujeto sometido es el señalado por el artículo 421:

“Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente”.

A nuestra consideración el precepto anterior tiene implícito el deber de convivencia, pues al estar viviendo bajo el mismo techo, necesariamente tiene que haber convivencia entre los padres y el hijo, además de que consideramos necesario el que los padres e hijos vivan en la misma casa para tratar de lograr con ello el mejor desempeño del ejercicio de este cargo por parte de los primeros y la mejor asimilación de sus deberes por parte de los segundos, debiendo comprender dentro del concepto de convivencia, el fortalecimiento de los lazos familiares para una mejor atención y educación de los ascendientes hacia los descendientes, derivados de la relación paterno - filial que implica una relación moral afectiva, basada en el respeto mutuo y comprensión entre los miembros de una familia que comparten un mismo lugar.

Lo anterior no tiene por objeto conjuntar el hecho de internar al hijo en colegios con el fin de lograr una mejor educación para éste, pues en los períodos vacacionales que pase al lado de sus padres necesariamente deberá convivir con ellos, lográndose con ello la finalidad establecida en el artículo 411, ya que sería casi imposible que los hijos pudieran respetar y honrar a sus padres y ascendientes si no hubiera convivencia entre ellos, toda vez que el respeto se obtiene por medio de las buenas acciones que se realicen y del trato que a los hijos se les dé.

No obstante lo anterior, la ley le otorga al menor la facultad de solicitar a la autoridad competente la separación del hogar, lo cual deberá fundamentar en malos tratos, malos ejemplos, mala educación, etc., que le sean dados por parte de quien la ejerce sobre él.

Los sujetos a la patria potestad de acuerdo con el artículo 304, también tienen la obligación recíproca de dar alimentos a los padres, y a falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado.

2.2.2 En cuanto a los que la ejercen.

La ley impone a estas personas diversos derechos y obligaciones tendientes a lograr el mejor desempeño de su cargo, teniendo estos derechos y obligaciones un doble carácter; siendo el primero respecto de la persona del menor, y el segundo respecto de los bienes del menor.

Para tener una mejor idea de los efectos que sobre estos se producen, estudiaremos a cada uno por separado.

2.2.3 Efectos sobre la persona menor.

El primer derecho y obligación que se les otorga a quienes la ejercen es el de la guarda del menor de edad no emancipado, éste derecho es recíproco a la obligación del infante de no poder dejar la casa sin permiso de ellos o de la autoridad judicial competente, como ya lo hemos mencionado.

Consideramos que el derecho de guarda se otorga a quienes la ejercen con el fin de facilitarles el mejor cumplimiento de su cargo, es decir, para poder satisfacer las necesidades del menor es necesario que vivan bajo el mismo techo, pues es imposible cuidar y vigilar a una persona que no está a nuestro lado, lo cual no quiere decir que no se pueda internar al menor en un colegio con miras a lograr su mejor educación, delegando con ello a un tercero el derecho de guarda, custodia y educación.

La consecuencia que trae consigo el derecho de guarda es la designación del domicilio legal del menor, el cual será el de la, o las personas que con él cohabiten, esto es una consecuencia natural del deber impuesto al menor de convivir con quienes ejercen el cargo sobre ellos, para el caso de estar internado el menor, su domicilio legal será aquel en donde viva la persona que cuida de él.

En cuanto al derecho de custodia o vigilancia del menor, hemos de remarcar la importancia y extensión que éste tiene para lograr la mejor educación del menor, con esto queremos decir que la persona que la ejerce tiene incluso el derecho de revisar la correspondencia de los menores cuando crea con justa causa que ellas puedan contener alguna información que sea nociva para la salud mental de éstos, así como para el caso de ser necesario les prohíban tratar con cierto tipo de personas que puedan afectar su desarrollo tanto físico como mental.

Otro punto importante del derecho de vigilancia es el de oponerse al tipo de educación que se le esté dando al menor en los colegios donde estudie y el tipo de religión que se le esté inculcando, ya sea en la misma escuela o por un tercero.

De acuerdo con el artículo 422 del ordenamiento en cuestión, todas las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia, incumbe la obligación de educarlos convenientemente.

Respecto de este deber encontramos en nuestro Código Civil comentado, un señalamiento importante que reza: “ La educación comprende desde el desarrollo del intelecto hasta la formación moral y conciencia social que tiendan a hacer del educando un ser útil así mismo y a la colectividad en que vaya a desenvolver sus actividades privadas y públicas” (18).

El comentario anterior nos hace pensar en la importancia que tiene la educación del menor para que logre satisfacer sus propias aspiraciones, así como los anhelos de quien la ejerce sobre él, logrando con ello desenvolverse dentro de su núcleo social realizando la actividad que ellos escogieron, dando así su colaboración a la colectividad, ya que sería imposible que una persona pudiera ayudar a otras realizando alguna actividad con la que no estuvo de acuerdo en estudiar o aprender.

(18)Código Civil comentado para el Distrito Federal

De acuerdo a lo último que señalamos, Ricardo Couto comenta “ El padre tiene el derecho de escoger el género de educación que debe recibir el hijo. Pero, ¿éste derecho es absoluto? ¿ el hijo está obligado a seguir la carrera que le imponga la persona que ejerce la patria potestad, aunque esa carrera sea contraria a sus aspiraciones e inclinaciones naturales?”.(19)

Nosotros contestaríamos a estas preguntas de la siguiente manera: a la primera diríamos que no es un derecho absoluto, porque de él dependen las aspiraciones e inclinaciones del menor, a la segunda, consideramos que de ninguna manera debe ser obligado el menor a seguir tal o cual carrera u oficio que se le imponga, pues del derecho de escoger la carrera u oficio que llenen sus aspiraciones y satisfagan sus anhelos depende el desenvolvimiento y calidad de sus aportaciones a la sociedad.

Este sentir lo basamos en el propio artículo que señala la obligación de educar al menor, especificando que debe ser en forma conveniente, lo cual quiere decir que no es una educación conveniente aquella que no se aviene con las inclinaciones, aptitudes y vocación del menor, sin querer con esto prohibirles a los que la ejercen el derecho de hacerles saber a los menores los pros y los contras de la carrera u oficio al que pretendan dedicarse, y el deseo de que se dediquen a la carrera u oficio que a su juicio consideran sea el mejor para que logren sobresalir dentro de su esfera social.

(19) COUTO, Ricardo. Op. Cit. p. 301

Asimismo, implica para el caso de estar el menor enfermo de sus facultades ya sean físicas o mentales, el deber de los padres de darles la instrucción o capacitación que les sea necesaria para lograr la adaptación de los menores al núcleo social en el que se desenvolverán.

También creemos que la palabra “convenientemente” se refiere a las buenas costumbres y buenos modales que los padres deben inculcar a sus descendientes, para que éstos tengan el debido desenvolvimiento, enriqueciendo así la moral familiar y creando mejores ciudadanos.

Respecto de la educación moral que los padres deben de dar a los hijos, el Papa Pío XII manifestó que esta debe ser “...una educación moral y religiosa que ilumine y guíe a la inteligencia, que forme y que fortifique la voluntad, que discipline y santifique las costumbres y dé así a la imagen de Dios una semejanza...”(20).

Nos hemos referido al señalamiento que el Papa Pío XII dió respecto a la educación moral, por la importancia que esta tiene en la formación y desenvolvimiento del menor, pues si no le son inculcados al menor valores morales y espirituales, éste no podrá respetar y amarse así mismo y a sus semejantes.

Con lo anterior no queremos decir que la educación moral debe basarse en las normas espirituales que dé la religión católica en especial, sino por el contrario, los padres pueden

(20) PÍO XII, citado por DE IBARROLA, Antonio, de. Op. Cit p.363

educar a sus hijos de acuerdo a sus creencias, inculcándoles los valores morales que para ella son importantes, y que en sí tienen la misma finalidad, dar al menor la luz interior que guíe su comportamiento y sus pasos hacia su plena satisfacción tanto física como intelectual, logrando con ello su plena realización y desenvolvimiento dentro de la sociedad.

En lo que refiere a la educación física que al menor debe darse, la importancia de ella radica en lograr el desarrollo de una persona sana y fuerte, haciéndole menos susceptible a las condiciones del medio ambiente en el cual va creciendo y en el cual tendrá que desenvolverse.

Con lo anterior hemos querido demostrar la importancia que la educación tanto física e intelectual como moral y religiosa tienen respecto a la formación que se le da al menor, pues es la base de su futuro y de ellas depende que esos menores logren ser útiles a la sociedad, libres de complejos y traumas que pudieran llevarlos por caminos equivocados, contrarios a la finalidad que se busca con la reglamentación de la patria potestad.

La misma ley señala en su artículo 423 que para los efectos del artículo 422 (referente a la educación del menor), los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos así como la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo, dándoles el auxilio de las autoridades para el caso de ser necesario.

La ley considera necesario otorgarles a quienes ejercen la patria potestad la facultad de corregir al menor, para lograr la obediencia y respeto de aquellos, lo cual no quiere decir

que puedan excederse en los correctivos que les apliquen a los menores, es decir, podrán llamarles la atención diciéndoles las consecuencias que pueden traer determinados tipos de conductas o bien aplicarles algún correctivo o castigo corporal moderado, esto es, que no lleguen a ocasionar lesiones que pongan en peligro la salud del menor, abusos que puedan traerles consecuencias penales a quienes la ejercen.

Los correctivos que al menor se le impongan siempre estarán en función de evitar que éstos por su carácter rebelde, por su falta de cuidado al realizar ciertos actos o por su inexperiencia, puedan ocasionar daños a su propia persona o a terceros (ante quienes deberán responder por los daños y perjuicios que el menor les haya ocasionado); es decir, que quienes ejerzan este derecho no podrán imponer correctivos a los menores si no media causa justificada, pues de lo contrario incurrirán en delitos que la ley penal sanciona con multas o prisión, además de poder imponerles la suspensión o privación del ejercicio de la patria potestad para el caso de reincidencia.

Por otro lado, el hecho de que la ley les imponga a quienes la ejercen la obligación de observar una conducta que le sirva de ejemplo al menor, implica el deber de predicar con el ejemplo, es decir, cómo se le puede pedir al menor que no haga tal o cual cosa, que se comporte de determinada manera, cuando quienes se lo indican hacen o se comportan de la manera que a ellos les está censurado. Esto sería ilógico y traería como consecuencia un desequilibrio emocional en el menor, así como la filiación de la conducta inadecuada, lo que iría en contra de la finalidad que persigue nuestra institución.

En cuanto al auxilio que deben prestar las autoridades a quienes ejercen este cargo o tengan menores bajo su custodia (auxilio que en la práctica difícilmente se da, toda vez que los padres prefieren dejar hacer a sus hijos lo que quieran, antes de admitir que ellos han influido en alguna forma en ese mal comportamiento, ya sea por darles malos ejemplos, tratarlos mal, etc.), hemos de decir que las autoridades antes de prestar auxilio, deben enterarse de las causas que tuvieron los menores para actuar de tal o cual forma, para poder así, hacer uso de amonestaciones y correctivos que ayuden al que la ejerce a encausar el comportamiento del menor, debiendo ser las autoridades, objetivas para no dejarse influenciar por el enojo de los que ejercen el cargo o custodia del menor, ni por las declaraciones de los menores tendientes a probar su inocencia y a hacer responsables de todo a aquellos.

Respecto de los alimentos que al menor deben darse, encontramos que éstos no están regulados dentro del capítulo de la patria potestad, sino que nuestro ordenamiento jurídico los ubica dentro del capítulo que en especial dedica a los alimentos; así encontramos en el artículo 303 la obligación de los padres de dar alimentos a los hijos, señalando también que a falta de padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

Como podemos ver, éste artículo hace extensiva la obligación de dar alimentos a los demás ascendientes para el caso de que por algún motivo de fuerza mayor, los que deban proporcionar en principio los alimentos no puedan cumplir con la obligación, claro es que

deben comprobar la imposibilidad que fuere causa de no poder dar los alimentos, de ser comprobado esto último los demás ascendientes tendrán el deber de proporcionarlos.

Galindo Garfias señala: “ La obligación alimenticia subsiste aunque se acabe la patria potestad, cualquiera que sea la edad del hijo, sin otro limite que la posibilidad del que debe dar y la necesidad del que debe recibirlos”.(21)

La opinión de este autor nos parece acertada en la medida de que es necesario proporcionar alimentos al mayor de edad cuando éste, por alguna causa justificada (como lo sería el seguir estudiando, el padecer alguna enfermedad crónica, etc.), no pueda sostenerse así mismo, tomando en cuenta que los alimentos comprenden según el artículo 308, la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad; así como los gastos para la educación primaria del alimentista y la proporción de un oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Como podemos observar, la obligación de dar alimentos es importante para lograr el desarrollo físico, mental e intelectual de los menores, pues de ella depende en gran medida el bienestar de él y su preparación para enfrentar su vida futura.

Nuestro código, en su artículo 425 señala lo referente a la representación legal de los menores de edad no emancipados, preceptuando que los que ejercen este derecho son legítimos representantes de los que están bajo de ella.

(21) GALINDO, Garfias Ignacio. Op. Cit. p.680

Respecto a la representación de los menores señala José Ma. Castán Vázquez: “ Los menores necesitan en la vida jurídica la asistencia de otras personas” (22).

Nosotros consideramos esta opinión, toda vez que por su propia inexperiencia y minoría de edad los sujetos a la patria potestad son incapaces jurídicamente para contraer obligaciones y para comparecer a juicio, por lo que les es necesario tener un representante legal para que a su nombre contraiga las obligaciones y lo represente en juicio, mirando el representante hacia la conveniencia del menor y no a la propia.

A nuestro parecer la representación del menor se da para tratar de evitar los abusos de que puede ser objeto por parte de las personas que deseen contratar con él, buscando sacarle más ventajas por su poca experiencia y conocimientos.

2.2.4 Efectos sobre los bienes del menor.

Los efectos sobre los bienes del menor son derechos y obligaciones que quienes la ejercen tienen, dirigidos éstos a proteger el patrimonio del menor, quien por su falta de experiencia y su incapacidad para manejar su patrimonio, necesitan de alguna persona que proteja sus bienes.

(22)CASTAN, Vázquez José María La Patria Potestad. Editorial Revista de Derecho Privado.Madrid, España 1960. p 209

El artículo 425, señala en su parte final que quienes la ejercen tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen conforme a las prescripciones del mismo código.

No obstante lo preceptuado por este artículo, hemos de hacer notar que la facultad de administrar los bienes no abarca todo el patrimonio del menor, toda vez que sus bienes son divididos por la propia ley en bienes que adquiere por su propio trabajo y bienes que adquiere por cualquier otro título, (esta división la encontramos en el artículo 428 de nuestro Código Civil), siendo que la administración y el usufructo de los primeros le pertenecen al menor de acuerdo a lo establecido por el artículo 429 de la ley mencionada.

Respecto de los bienes a que se refiere el artículo 429 manifiesta: “se considera que si el menor tiene capacidad para adquirir bienes por su trabajo, la tiene para administrar dichos bienes y para disponer de ellos libremente”.(23)

Consideramos este comentario muy acertado ya que resultaría ilógico que una persona capaz (a pesar de su minoría de edad), de adquirir bienes o acrecentar su patrimonio por esfuerzo propio, no pudiera tener capacidad para disponer de ellos en la forma que considerase más conveniente, claro es que no por ello dejará de tomar en cuenta las opiniones y sugerencias que al respecto le hagan las personas que ejercen la patria potestad sobre él.

(23) Código Civil Comentado . p. 283 y 284

En cuanto a los bienes que el menor adquiere por cualquier otro título, el artículo 430 señala que la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen al hijo, la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejercen este derecho; si los bienes adquiridos por los menores son producto de herencia, legado o donación, y el testador o donante dispuso que el usufructo pertenezca exclusivamente al menor o se destine a un fin determinado, se estará a lo que éstos hayan dispuesto.

Este artículo tiene como finalidad proteger al menor de los abusos de que pueda ser objeto por parte de quienes la ejercen y como consecuencia de ello tienen la administración legal de sus bienes, limitando la ganancia que por el hecho de administrarlos les otorga la ley.

Si bien es cierto que la administración tiende a proteger los bienes del menor, también lo es que los administradores no pueden disponer libremente de esos bienes; es decir, sólo podrán disponer de ellos cuando las necesidades del menor lo requieran y no cuando los administradores decidan, lo anterior según el artículo 436, que señala que los que la ejercen no podrán enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al menor, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente.

La persona que administra los bienes del menor también lo representa en juicios, pero no podrá celebrar ningún convenio para terminarlo si no cuenta con el consentimiento expreso

de su consorte (para el caso de ser dos personas las que la ejercen y se haya designado a uno como administrador de acuerdo con lo establecido por el artículo 426 de la ley de la materia), mismo que siempre debe manifestar su parecer respecto a los actos de administración que realice el otro consorte, además deberá contar con la autorización judicial respectiva para los casos que la ley requiera expresamente de estos consentimientos, para poder dar por terminado el juicio.

Otra limitación al derecho de administrar los bienes del menor lo encontramos en la segunda parte del artículo 436, mismo que les prohíbe a quienes la ejercen, celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, tampoco podrán recibir rentas adelantadas por más de dos años., vender valores comerciales o industriales, títulos de renta, acciones, ganado y frutos por menos valor del que coticen en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos.

Para el caso de que la persona quien la ejerza no administre los bienes del menor mirando hacia el mejor aprovechamiento y rendimiento de estos, la ley faculta al interesado si tiene catorce años cumplidos, a cualquier otra persona interesada, o al Ministerio Público, a recurrir al juez competente para impedir que por la mala administración del que ejerce el cargo, disminuya notablemente el patrimonio del menor.

Siempre que llegue a su término la patria potestad, la persona que tuvo a su cargo la administración de los bienes del menor, tiene la obligación de rendirle cuentas a éste con el fin de demostrar su buena administración o las deficiencias que éste tuvo.

Como hemos podido apreciar, la administración de los bienes del menor trae consigo una serie de derechos y obligaciones muy delicadas, ya que sólo se le dan al administrador facultades limitadas con el fin de lograr el mejor aprovechamiento y rendimiento de los bienes del menor, tratando con ello de evitar el derroche, abuso o mala administración.

En cuanto al usufructo legal, hemos de recordar que la ley le otorga el derecho a él únicamente cuando se trate de bienes que los menores no adquieran por su propio trabajo, debiendo este usufructo dividirse por partes iguales al menor y al administrador. En lo que toca a este último se dice que la mitad que le corresponde, les toca por partes iguales a él y a su consorte si la tuviere.

El maestro Ricardo Couto define al usufructo como una “ayuda concedida por la ley a los padres o ascendientes que ejercen la patria potestad, para el mejor cumplimiento del deber que tienen de mantener y educar a la prole”(24).

Estamos de acuerdo con el autor en definir al usufructo como una ayuda para el que ejerce la patria potestad, pues hay casos en los cuales no obstante que, quienes ejercen el cargo, dan todo lo que está dentro de sus posibilidades para cubrir las necesidades del menor, no logran satisfacerlas por completo, por lo que la ley considera que si el menor ha adquirido bienes por algún medio que no sea su trabajo, y tomando en consideración que quien ha administrado esos bienes lo ha hecho de la forma adecuada, debe dársele una ayuda

(24)COUTO, Ricardo. Op Cit p 320

para así estar en posibilidades esta persona, de satisfacer por completo las necesidades del menor, tomando de la parte que a éste le corresponde lo indispensable para satisfacer sus necesidades, y para el caso de que no le alcanzare utilizará la parte que la ley le ha otorgado como ayuda para cubrirlas en su totalidad.

Mario Rotondi dice al respecto: “ En cuanto a la forma de su ejercicio, este usufructo lleva consigo todas las obligaciones correspondientes al usufructuario (excepto la de prestar caución), pero precisamente por su finalidad soporta también las cargas de los gastos de mantenimiento, instrucción y educación del hijo”(25).

Como podemos ver, este autor coincide con el pensar del maestro Ricardo Couto, mismo sentir que nosotros compartimos, pues la finalidad del cargo en cuestión es lograr entre otras cosas el bienestar del menor y la protección de sus intereses.

Nuestra ley también le exige a quienes ejercen la administración de los bienes del menor en su artículo 434, cumplir con las obligaciones que tienen los usufructuarios por cualquier otro título, esto es, hacer inventarios y avalúos de los bienes del menor antes de entrar en el disfrute de ellos, usarlos para el objeto a que están destinados, regresarlos al propietario cuando se extinga el derecho, etc., sin exigirles ninguna fianza para garantizar el buen desempeño de su cargo y el pago de posibles daños, ya que se considera que estas personas

(25)ROTONDI, Mario. Op Cit. p.588

ejercen este cargo movidos por el afecto que le tienen al menor y no por un afán de lucro.

No obstante lo anterior hemos de decir que el mismo artículo señala los casos de excepción, en los cuales deberá la persona que administra los bienes otorgar fianza para garantizar el buen desempeño de su función, siendo estos: cuando quienes ejerzan la patria potestad hayan sido declaradas en quiebra, o estén en concurso; cuando contraigan ulteriores nupcias; o cuando su administración sea notoriamente ruinoso para el menor.

La anterior disposición se establece con el fin de no dejarlo desprotegido económicamente.

Para finalizar con lo que se refiere al usufructo, cabe mencionar que las personas que ejercen la patria potestad y como consecuencia de ello la administración de los bienes, tienen el derecho de renunciar a la mitad del usufructo de aquéllos haciendo constar esa renuncia en forma fehaciente que no deje lugar a dudas, pudiendo renunciar a favor del menor ése derecho considerándose en este caso como donación, lo anterior con apoyo en lo que establecen los artículos 431 y 432 de nuestro Código Civil.

Como pudimos observar en el desarrollo de este capítulo, son muchos los efectos recíprocos que se producen entre quienes ejercen y quienes están sujetos a la patria potestad, siendo la mayoría de ellos encaminados a lograr el mejor desarrollo físico, intelectual y moral del menor.

CAPITULO III.

DE LOS MODOS DE

SUSPENDERSE, PERDERSE Y

EXTINGUIRSE LA PATRIA

POTESTAD

De acuerdo con el capítulo anterior son varios los derechos y obligaciones que tienen las personas que ejercen este cargo, explicamos en ese capítulo cuáles son esos derechos y esas obligaciones, sin mencionar las consecuencias que pueden traer consigo la negligencia o el incumplimiento de alguno de esos derechos y obligaciones.

Las dos primeras figuras que estudiaremos tienen por objeto sancionar la negligencia o el incumplimiento en que incurrieron aquellas personas que ejercieron la patria potestad sobre el menor, no así la última, que trata sobre las causas naturales por las cuales ya no es necesario seguir ejerciendo el cargo.

3.1 DE LOS MODOS DE SUSPENDERSE.

“Se entiende por suspensión la acción y efecto de suspender o suspenderse. Corrección gubernativa que priva en todo o en parte del uso del oficio, beneficio o empleo de sus goces y emolumentos.”(26)

Tomando en cuenta el concepto general de la suspensión, podemos nosotros definir a la suspensión de este derecho como el acto judicial por medio del cual se priva temporalmente a la persona o personas que la ejercen sobre un menor, del ejercicio de su cargo por causas imputables a la propia persona o personas

(26) PALOMAR, de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas. Editorial Mayo México 1981.p.1289

Con base en esta definición podemos afirmar que la figura jurídica en comento sólo puede ser suspendida por medio de resolución judicial, con el fin de privar temporalmente a éstas personas del ejercicio de su cargo cuando hayan incurrido en alguna de las causas establecidas por la ley.

El Código Civil en su artículo 447 señala las tres formas por medio de las cuales puede suspenderse, nosotros estudiaremos cada causa por separado.

3.1.1 Por incapacidad declarada judicialmente.

Para poder hablar de incapacidad es necesario saber qué es la capacidad, así tenemos que para Fernando Flores la capacidad es “ la facultad que tienen los individuos para ser titulares de derechos y obligaciones” (27).

Debemos distinguir los dos tipos de capacidades que hay para poder entender mejor el concepto de incapacidad que daremos más adelante, así pues tenemos que la capacidad se divide en : goce y de ejercicio.

La capacidad de goce “es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones”. (28)

(27) FLORES, Gómez, Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. 4ª edición Editorial Porrúa. México 1984. p.54

(28) ROJINA, Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I 18° edición Editorial Porrúa. México 1982. p. 158

De acuerdo con esta definición y con la ley, podemos señalar que la capacidad de goce se adquiere por medio del nacimiento y se pierde por medio de la muerte, la excepción a esta regla es el ser concebido no nacido, ya que en algunos casos se le considera como sujeto vivo y por ende susceptible de tener derechos.

La capacidad de ejercicio “ es la aptitud que tiene el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir obligaciones y de ejercer las acciones conducentes ante los tribunales”.(29)

Hemos considerado de importancia la necesidad de definir la capacidad y las clases en que esta se divide, para hacer notar que es la capacidad de ejercicio la que a nosotros nos interesa, pues según hemos visto en el desarrollo de los capítulos anteriores, la patria potestad es un cargo que por su importancia jurídica y trascendencia social, sólo puede ser confiado a las personas que por sí mismos hacen valer sus derechos y cumplen con sus obligaciones

Antes de referirnos al tipo de incapacidad objeto de nuestro estudio, diremos que la incapacidad en general se define a contrario “sensu” del concepto de capacidad; es decir, como la imposibilidad que tienen los individuos para ser titulares de derechos y obligaciones.

(29)Idem. P. 164

Del mismo modo que hemos definido a la incapacidad en general, es decir “a contrario sensu”, podemos definir a la incapacidad de ejercicio, esto es, como la imposibilidad del sujeto de hacer valer sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones o ejercitar sus acciones.

De acuerdo con lo arriba señalado podemos decir que los tipos de incapacidades a que debemos referirnos son a los señalados en las fracciones I y II del artículo 450, el cual señala textualmente:

Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal.

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adición a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que éstos les provoquen no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Basamos nuestro sentir de considerar a estas incapacidades como originadoras de la suspensión de este cargo, en el hecho de estar imposibilitada la persona para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones por sí misma, lo cual trae como consecuencia la imposibilidad de representar a otra; es decir cómo puede una persona representar a otra y

cuidar de sus intereses cuando no puede representarse así misma ni cuidar de sus propios intereses.

Como recordaremos, la finalidad a conseguir con la reglamentación de la patria potestad es la de proveer a la asistencia, protección e instrucción del menor y cuidar de sus intereses patrimoniales, procurando darles una mayor productividad otorgándoles la ley derechos, obligaciones y facultades para facilitarles el mejor desempeño de su cargo.

Lo anterior trae implícito el que sólo las personas con capacidad de ejercicio pueden ser susceptibles de ejercerla, tomando en cuenta que también esta institución tiene por objeto representar legalmente a los menores y adquirir derechos y obligaciones a nombre de ellos.

Con lo anterior queremos decir que sería ilógico que una persona incapaz de adquirir derechos y obligaciones así como representarse así misma, representara o adquiriera derechos y obligaciones por otra que por su minoría de edad también resulta ser una persona incapaz, por lo que se considera necesario separar a la persona incapaz del poder paterno, toda vez que, el permitirles seguir ejerciendo el cargo podría traer consecuencias nocivas a la persona y patrimonio del menor.

Para efectos de decretar la suspensión por incapacidad, no basta que los padres o descendientes estén privados de hecho de sus facultades mentales o sean sordomudos sin instrucción, sino por el contrario, será necesario que la incapacidad sea declarada y probada ante el juez de lo familiar, para que éste con base en todas esas declaraciones y pruebas

pueda declarar la incapacidad de la persona y como consecuencia de ello decretar la suspensión del ejercicio de su cargo.

3.1.2. Por ausencia declarada en forma.

Al respecto se hace necesario destacar lo que debe entenderse por ausencia tanto en el sentido común como en el sentido jurídico; en lo referente al primer aspecto, por ausencia debe entenderse que una persona no se encuentra o está presente en un lugar determinado, pero con la certeza de su existencia. En el sentido jurídico “ la ausencia es, para la legislación, la persona cuyo paradero se ignora, de quien no se han tenido noticias y ha desaparecido de sus lugares habituales, sin dejar razón de su actitud”(30).

Hemos considerado necesario dar el concepto de ausencia para poder entender mejor la figura del ausente contenida en el artículo 649, el cual se refiere al caso en que una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle, además de no tener quien lo represente.

Como podemos observar, éste precepto legal, encuadra en el concepto jurídico de ausencia, aunque propiamente dicho, no lo defina.

(30)Código Civil. Comentado. Op. Cit p. 406

Ahora bien, según los artículos 649 y 650 del ordenamiento en cuestión, antes de declarar la ausencia es necesario promover su presunción; es decir, cuando una persona haya desaparecido del lugar de su residencia ordinaria y se ignore su paradero y si tiene o no representante o apoderado, se deberá presentar ante un Juez competente, un escrito haciéndole saber tal circunstancia, el Juez al tener conocimiento de esa situación nombrará a petición de parte o de oficio un depositario de los bienes del ausente si los tuviere, con el fin de asegurarlos y protegerlos, asimismo, deberá citarlos por medio de edictos, los cuales deberán ser publicados en los principales periódicos del lugar en donde haya tenido su último domicilio, para que se presente ante él dentro de un término no inferior de tres meses ni superior de seis, debiendo el Juez (en su caso), remitir copia de los edictos publicados a los Cónsules mexicanos de los países en donde se presuma pudiera encontrarse el ausente o tener noticias de él.

Las medidas provisionales que el juez tomará serán en relación a la protección de los hijos, nombrándoles tutor dativo para el caso de no haber ascendientes que ejerzan la patria potestad sobre ellos, asimismo, nombrará también *representante o ampliando las facultades* al que se hubiera designado, según el caso.

Si cumplido el término del llamamiento, el citado no compareciere por sí, ni por apoderado legítimo ni por medio de tutor o de pariente que pueda representarlo, se procederá al nombramiento de representante para que actúe en nombre del ausente en todos los actos jurídicos relacionados con su persona, su familia y bienes, esto con apoyo en el artículo 654.

Lo anterior se hará también cuando habiendo representante, el poder que le haya conferido el ausente, caduque o sea insuficiente, según lo señala el artículo 655 del mismo ordenamiento.

El artículo 666 señala que para el caso de ser designado el representante ante el juez o por él, cada año contando a partir de aquél en que haya sido nombrado el representante, se publicarán nuevos edictos llamando al ausente, debiendo éstos contener el nombre y domicilio de su representante y el tiempo que faltase para que se cumpla el plazo para declarar formalmente la ausencia, éstos edictos deberán de acuerdo con el artículo 667 del mismo ordenamiento, publicarse durante dos meses con un intervalo de quince días cada uno, siguiendo el mismo señalamiento hecho anteriormente.

Es necesario seguir este procedimiento para poder solicitar la declaración de ausencia, pues de acuerdo con el artículo 669, habrá acción para pedirla, pasados dos años contados a partir del día en que haya sido nombrado el representante del ausente..

Para el caso de haber dejado el ausente, apoderado general para la administración de sus bienes, el artículo 670 del ordenamiento legal antes invocado, indica que la acción para solicitar la declaración de ausencia, podrá pedirse pasados tres años, los cuales se contarán desde la desaparición del ausente, si en ese período no se tuvieren noticias de él, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas.

Una vez transcurridos cualesquiera de los términos arriba señalados, cualquier persona interesada o el Ministerio Público, podrá solicitar a la autoridad competente la declaración formal de ausencia.

Si el juez encuentra fundada la demanda, deberá ordenar con apoyo en el artículo 674 se publique ésta durante tres meses, con intervalos de quince días, publicación que deberá hacerse en el periódico oficial que corresponda, y en los principales periódicos del último domicilio del ausente, remitiendo una copia de la misma, a los Cónsules según el caso, esto de conformidad con el artículo 650 del mismo ordenamiento.

Hecho lo anterior, y pasados cuatro meses contados a partir de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente ni oposición de algún interesado, el juez procederá a declarar en forma la ausencia.

Para el caso de tener alguna noticia del ausente, o de haber oposición por parte de algún interesado, el juez con apoyo en el artículo 676 no declarará la ausencia sin repetir las publicaciones a que se refiere el artículo 674 y hacer la averiguación por los medios que el oponente proponga y por los que el mismo juez crea oportunos.

Una vez agotados los recursos tendientes a lograr la comparecencia del ausente, sin resultados positivos, el Juez declarará formalmente la ausencia, ordenando de acuerdo a lo establecido en el artículo 677, la publicación de la resolución en los periódicos a que hemos hecho referencia con anterioridad, por tres veces en intervalos de quince días, mandando las

copias correspondientes a los Cónsules. Estas publicaciones se repetirán cada dos años hasta que se declare la presunción de muerte.

De acuerdo con el artículo 705 del Código Civil reformado el 10 de enero de 1986, en su primer párrafo establece que la presunción de muerte podrá ser pedida a instancia de parte interesada, pasados seis años contados a partir del día en que el juez haya declarado formalmente la ausencia.

El mismo artículo en su segundo párrafo señala que para el caso de haber desaparecido el individuo por haber tomado parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años contados a partir de su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que sea necesario para estos casos previamente la declaración de ausencia.

Asimismo, en su último párrafo previene para el caso de ser la desaparición consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y existiendo presunción fundada de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses contados a partir del trágico acontecimiento, para que el Juez de lo familiar declare la presunción de muerte. En éstos casos el juez ordenará se publique la solicitud de la declaración de presunción de muerte, por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días.

Después de haber estudiado lo referente a la presunción de ausencias, la ausencia declarada en forma y la declaración de presunción de muerte, podemos hacernos la siguiente pregunta: ¿ En cuál de estos procedimientos cabe declarar la suspensión de la patria potestad?.

De acuerdo a lo señalado en la fracción segunda del artículo 447, la ausencia de este derecho procede en el segundo caso planteado; es decir, cuando la ausencia es declarada en forma por el juez.

Nosotros no estamos de acuerdo con esta disposición, toda vez que consideramos necesario que ésta sea suspendida desde el momento en el cual se presume la ausencia de la persona que ejerce el cargo, ya que los menores no deben de quedar desprotegidos, ni mucho menos depender de una persona de la cual se ignore su paradero, más aún cuando él y la otra persona que la ejercen (si lo hubiere), dependan económicamente del ausente, y éste no tuviese bienes con los cuales se pudieran seguir sosteniendo las personas que dependan de él.

En lo referente a los hijos que se encuentran bajo el cargo del ausente, como ya lo hemos mencionado, el artículo 651 previene para el caso de no haber ascendientes que deban ejercer el cargo conforme a derecho, ni tutor testamentario, ni legítimo , el Ministerio Público deberá solicitar que se le nombre tutor, llevándose a cabo este procedimiento antes de declarar formalmente la ausencia.

Como podemos darnos cuenta, lo dispuesto por el artículo 651 es totalmente contradictorio a lo establecido por la fracción II del artículo 447, ya que mientras el primero trae implícita la suspensión del ejercicio de la potestad del ausente cuando no ha sido declarada formalmente la ausencia por el juez, el segundo señala que se suspenderá del ejercicio al ausente cuando el juez haya declarado formalmente su ausencia.

Por lo anterior cabe proponer, con el fin de evitar contradicciones y poner en peligro la persona del menor, sea reformada la fracción II del artículo 447 la cual debe manifestar:

Artículo 447 .- La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. *Por la presunción de ausencia declarada por el juez competente.*

III . Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión

Lo anterior con el fin de procurar que los menores queden protegidos en cierta forma, cuando por alguna causa la persona que ejerce este derecho sobre él, se ausente y no deje resuelta la situación del menor, por lo que será necesario que otras personas o dependencia lo asistan y representen.

3.1.3 Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Guillermo Colín Sánchez define a la sentencia condenatoria como: “ La resolución judicial que, sustentada en los fines específicos del proceso penal, afirma la existencia del delito, y tomando en cuenta el grado de responsabilidad de su autor, lo declarará culpable, imponiéndole por ello una pena o una medida de seguridad” (31).

De acuerdo con esta definición debemos decir que para ser suspendida una persona del ejercicio de la patria potestad, es necesario que haya cometido un delito que si bien no es grave, es decir, cuando no implique un peligro grande para la familia o sea ya un hábito marcado en el delincuente, si es necesario que el juez penal castigue al delincuente con la suspensión, además de imponerle la sanción pecuniaria o corporal que el delito amerite.

Creemos necesario que la ley penal sancione al delincuente con la suspensión para que éste tome conciencia de la gravedad de sus actos y de la forma en que perjudica a los menores que están bajo su cargo; es decir, de la influencia nociva que sus actos pueden traer para el menor, lo cual puede traerle problemas de conducta que pueden afectar su desarrollo psíquico, trayendo como consecuencia la desadaptación del menor a su medio social.

(31) COLÍN, Sánchez, Guillermo Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 8ª edición. Editorial Porrúa. México 1984 p. 467

Así pues la suspensión en materia penal se deja en función de la gravedad del delito, al hecho de que afecte o no directamente a la familia, si se cometió o no en la persona del menor, o no en la medida en que afecte psíquicamente al menor.

En materia civil encontramos que la suspensión se puede decretar de conformidad con el artículo 283, el cual señala que quedará al arbitrio del juez determinar en que casos deberá proceder la suspensión, pérdida o limitación, atendiendo a las causas de divorcio impugnadas por alguno de los cónyuges y que esa situación afecte gravemente al menor, además de que pueda constituir un delito penal, situación que estudiaremos más adelante.

A continuación pasaremos a estudiar los casos en que se pierde.

3.2. PERDIDA.

Antes de estudiar las causas que traen como consecuencia su pérdida, definiremos la palabra pérdida como: “ La privación, carencia de lo que se poseía. Menoscabo o daño que recibe una cosa. Cantidad o cosa pérdida”(32).

Después de haber aclarado el concepto general de pérdida, pasaremos a estudiar la

(32)PALOMAR, de Miguel, Juan. Ob. Cít.p.1007

definición de la institución que nos ocupa, la cual consiste en “ La desaparición del vínculo que unía en esta forma a los hijos menores con sus progenitores, en ciertos casos de faltas imputables a estos últimos”(33).

Como podemos observar la pérdida del cargo de que quien la ejerce siempre se dará en razón de la conducta inadecuada de estos sujetos, conducta que afectaría el desarrollo psíquico del menor, por lo que se considera necesario separarlo de toda relación y contacto existente entre él y el sujeto que ejerce el cargo.

A continuación estudiaremos las causas por las cuales un sujeto la puede perder, según lo señala el artículo 444.

3.2.1 Cuando el que la ejerza es condenado a la pérdida de ese derecho.

Al respecto cabe mencionar que la ley considera indigno de ejercerla a todo individuo que cometa delitos que de algún modo afecten a la familia, y más aún cuando esos delitos se cometan en la persona de los menores.

En lo referente a la primera parte de la fracción I del artículo 444, cabe señalar que el Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 295, otorga al juez penal la facultad de suspender o privar de su ejercicio a aquellas personas que abusando del derecho que el mismo cargo les confiere, les infieran lesiones que pongan en peligro la vida a los

(33) *Idem* p.1007

menores que se encuentran bajo su guarda, ésta medida será independiente de la pena que por el delito de lesiones se le imponga al sujeto.

De acuerdo con el artículo 203 del mismo ordenamiento, la persona quien ejerce este cargo, puede ser privada de ella cuando cometa el delito de corrupción en la persona del menor que está bajo su guarda, o permita que un tercero lo corrompa, o bien cuando le permita, u obligue al menor a trabajar en una cantina, taberna o centro de vicio, delitos comprendidos en los artículos 201 y 202 de la misma ley.

Estos delitos pueden relacionarse con la causal de divorcio contenida en la fracción V del artículo 267 y con la contenida en el artículo 270 del Código Civil, las cuales se refieren a los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

El Código Penal también señala como condena, la pérdida para el caso de que la persona que ejerce el cargo cometa el delito de violación en la persona del menor, esto con apoyo en el artículo 266 bis.

Como podemos observar son cuatro los delitos por los cuales el juez puede privar al ascendiente de su ejercicio, señalando además el Código Penal, que para el caso de lesiones comprendidas en el artículo 295, la patria potestad se perderá únicamente respecto del menor ofendido; para los casos comprendidos en los artículos 201 y 202 de la misma ley,

este cargo se pierde respecto de todos los ascendientes; para el delito de violación la ley nos señala si se pierde respecto del ofendido o si se pierde respecto de todos los descendientes.

Respecto de lo anterior hemos de decir que no estamos de acuerdo con lo establecido por el artículo 295 del Código Penal, el cual señala únicamente la pérdida respecto del menor agredido, toda vez que consideremos que una persona que abusando de las facultades que la ley le otorga agrede al menor, lo más probable es que haga lo mismo con los demás descendientes que por alguna causa se encuentran bajo su cargo, con esto queremos decir que el ordenamiento en cuestión debería sancionar a la persona que en su ejercicio lesiona a un menor, con la privación de éste derecho sobre todos los descendientes que tuviese o que llegase a tener, tratando con esto de proteger a los menores de posibles agresiones que pongan en peligro su salud física y mental.

En lo referente a las sanciones establecidas por los casos comprendidos en los artículos 203 y 204, estamos de acuerdo en que se pierda respecto a todos los descendientes, incluyendo a los que pudieren tener después de cometer un delito, aunque sean de segundas nupcias.

En cuanto a la omisión existente en lo referente al caso comprendido en el artículo 266 bis de la misma ley, consideramos necesario que los legisladores la subsanen, debiendo privar al agresor de su ejercicio de todos sus descendientes incluyendo a los que pudiera tener después de haber cometido el delito.

A nuestro juicio es necesario que todos estos delitos sean sancionados con la pérdida respecto de todos los descendientes que pudiera tener el delincuente, pues creemos que las personas que se atreven a realizar este tipo de delito en la persona del menor que está bajo su guarda, difícilmente reprimirá sus impulsos para cometer el mismo delito en contra de los demás menores que estén o que pudieran estar bajo el ejercicio de su potestad, toda vez que se consideran a estas personas como enfermas de sus facultades mentales, pues no se puede concebir que una persona sana de sus facultades mentales pudiera cometer este tipo de agresiones en contra de un menor al que se supone debe amar y proteger sobre todas las cosas.

En cuanto a la fracción VI del Artículo 444 del Código Civil que señala la pérdida de la patria potestad para el sujeto que sea condenado dos o más veces por delitos graves, la ley no señala específicamente cuáles son esos delitos graves o qué debemos entender por delitos graves.

Al respecto, el Lic. Manuel Herrera Lasso señala que deben considerarse delitos graves a “aquellos delitos respecto de los cuales niega la Constitución la garantía caucional”(34).

De acuerdo con el artículo 20 Fracción I, de nuestra Constitución interpretado a contrario “sensu”, debemos entender por un delito grave a aquél que merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión.

(34)HERRERA, Lasso, Manuel Derecho Constitucional Mexicano, 4ª edición. Editorial Porrúa. México 1985.p.521

Con base en lo establecido por nuestra Constitución, hemos de considerar como delitos graves los siguientes: la traición a la patria; el espionaje; la rebelión; el terrorismo; el sabotaje; la piratería; el genocidio (atentados en contra de grupos étnicos, raciales o religiosos); evasión de presos (cuando se trate de dos o más presos), usos de explosivos o materias incendiarias; el delito contra las vías de comunicación y de correspondencia cuando haya o no personas abordo; la producción, tenencia, tráfico, proselitismo, etc., de estupefacientes; los actos de corrupción que se realicen reiteradamente sobre el mismo menor y que debido a ello, éste adquiera los hábitos del alcoholismo, drogadicción, se dedique a la prostitución, etc., cuando sea servidor público y con tal carácter cometa delito de concusión (exija dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida o en mayor cantidad que la ley señala a título de renta, impuesto o contribución, etc.,), exigiendo una cantidad o valor indebido que exceda de quinientas veces salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal; cuando siendo servidor público comete el delito de intimidación, de ejercicio abusivo de funciones, debiendo ascender la cuantía de sus operaciones de quinientas veces el salario mínimo, al momento de cometer el delito; el cohecho cuando la cantidad exceda de quinientas veces el salario mínimo; la falsificación de billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito público, la falsificación de sellos, marcas, cuños o troqueles, pesas y medidas oficiales, los delitos contra la economía pública (acaparamiento, limitación de la producción, suspensión de la producción, ventas con inmoderado lucro, etc.), la violación; las lesiones que den origen a una enfermedad incurable o cuando la persona ofendida quede inutilizada parcial o totalmente; el homicidio; el parricidio; el infanticidio; el aborto; quien entregue la custodia de un menor a un tercero a cambio de un beneficio económico; el robo que exceda de quinientas veces el salario

mínimo; abuso de confianza cuando el monto exceda de dos mil veces el salario mínimo; el fraude que exceda de ciento veinte veces el salario mínimo; y el daño en propiedad ajena que cause incendio, inundación o explosión.

Como consecuencia de lo anterior, debemos decir que aunque el delito cometido por la persona que ejerza la potestad no sea en contra del menor sujeto a su cargo, o no se le condene expresamente a la pérdida del mismo, bastará que el sujeto sea condenado dos veces por la comisión de delitos graves, motivo suficiente para que el Juez a petición de parte prive al sujeto de su ejercicio, debiendo abarcar esta resolución a todos los descendientes del sujeto.

3.2.2. En los casos de divorcio.

La fracción II del artículo 444 señala que la patria potestad se pierde en los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del propio Código Civil.

Consideramos que el legislador quiso encuadrar en esta fracción los casos en los cuales la conducta de alguno de los cónyuges o de ambos es totalmente culposa, y de efectos nocivos para el desarrollo físico, psíquico, intelectual y moral de los hijos que estuvieran bajo su cargo, por lo que se considera necesario privar a uno o a ambos padres de su ejercicio.

De acuerdo con el artículo 283 del mismo código, el juez gozará de las más amplias facultades para decidir la situación de los hijos, resolviendo todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes al cumplimiento de esta institución, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo para ello obtener los elementos de juicio necesario. Para el caso de resultar culpables ambos cónyuges el juez observará las normas del presente Código, con el fin de llamar al ejercicio a quien legalmente tenga el derecho o en su caso designará tutor.

Según lo establecido anteriormente, el Juez tiene la facultad de decidir a cuál de los cónyuges se le otorgará la custodia y guarda del menor, y si es necesario sancionar al cónyuge que dio motivos para el divorcio o la pérdida de la institución en comento.

Nosotros consideramos que la pérdida debe darse en casos específicos y no dejarse al arbitrio del juez, pues puede suceder que el cónyuge inocente no se encuentre en posibilidades de proporcionarle a éste los elementos necesarios para probar la mala influencia del cónyuge culpable sobre sus hijos.

Por lo anterior también consideramos que cuando las causales de divorcio sean las que a continuación señalamos, deberá establecerse siempre como sanción la pérdida de su ejercicio toda vez que los actos que comprenden las mismas son una amenaza para el desarrollo adecuado del menor.

A continuación mencionamos las causales contenidas en el artículo 267 que a nuestro juicio al ser fundadas y probadas deben traer como consecuencia su pérdida para el cónyuge que dio lugar a ellas.

Fracción III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer no sólo cuando el marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer, toda vez que consideremos que cuando el cónyuge es capaz de inducir a su esposa a la prostitución lo más probable es que induzca a sus hijos a la corrupción o depravación, por lo que creemos necesario se le prive de la patria potestad al cónyuge culpable.

Fracción IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge a otra para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; también creemos que el cónyuge que incita al menor a realizar actos delictuosos para obtener beneficios propios.

Fracción V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción, ésta causal es obvia ya que todos los actos dirigidos a la corrupción del menor van en contra de los fines protectores que con la reglamentación de la patria potestad se buscan.

Fracción XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro; ésta causal la consideramos motivo de pérdida de la patria potestad toda vez que los malos

tratos hacia el cónyuge son considerados como mal ejemplo para los menores, además de que el cónyuge culpable puede en cualquier momento hacer extensivos esos malos tratos, amenazas o injurias a los menores causándoles con ello graves desequilibrios emocionales que indudablemente afectarán el desarrollo psíquico del menor trayéndole problemas de conducta difíciles de modificar.

Fracción XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez, o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un motivo continuo de desavenencia conyugal. En lo referente a esta causal consideremos que la pérdida de la patria potestad se debe dar en función del mal ejemplo que se da al menor, el cual necesariamente influye en su conducta y hábito.

Apoyamos nuestro deseo de que sean consideradas estas causales como específicas para declarar su pérdida del cónyuge o cónyuges que adecuen su conducta a ellas, en el hecho de que consideremos las causas arriba mencionadas, como conductas nocivas que afectan directamente el desarrollo físico, psíquico, intelectual y moral de los menores, provocando en ellos los entes negativos que albergan resentimientos en contra de todas las personas que lo rodean, conductas y sentimientos que harán de él un ser infeliz e incapaz de enfrentar los problemas que se le presenten en forma adecuada, buscando salidas falsas, es decir, entregándose al alcohol, droga o delincuencia; circunstancias que la ley busca evitar con la reglamentación de la patria potestad, motivos por los cuales nosotros consideramos que en estos casos específicos el Juez debe declarar su pérdida.

Con lo anterior no queremos decir que en todas las causales de divorcio se debe especificar la pérdida, suspensión o limitación de su ejercicio como lo establecía anteriormente nuestro Código Civil, sino por el contrario, creemos que para los demás casos el Juez puede sancionar al cónyuge culpable de acuerdo a las circunstancias particulares que el caso presente, sin atender una regla general sino más bien al bienestar del menor, procurando actuar siempre a favor de él y no de los intereses particulares de los cónyuges.

3.2.3 Costumbres depravadas de los padres y malos tratos.

Al respecto la fracción III del artículo 444 señala como causa de pérdida las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

Debemos entender por costumbres depravadas los hábitos o conductas que atenten contra la moral y la salud de los hijos, ejemplo de ello sería la embriaguez, la mendicidad, la delincuencia, la drogadicción, etc..

Por malos tratos debemos de entender las agresiones físicas o mentales que al hijo se le den, es decir, a los golpes, causen o no lesiones graves y al hecho de hablarles siempre con

CAPITULO IV

LEGISLACION SOBRE LA

RECUPERACION Y OBTENCION

DE LA PATRIA POTESTAD.

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

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

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

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

Así pues tenemos que etimológicamente “ familia proviene del latin famulus que significa siervo”(41), por cuanto en un principio encerraba factores de dominio y sujeción y no de consanguinidad.

Es también el grupo definido por una relación sexual lo suficientemente precisa y duradera como para promover a la procreación y crianza de los hijos.

“La familia es el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer”. (42)

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

(41) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española. 19ª edición, Editorial Espasa-calpe, S.A. Madrid. 1970.p.514

(42) MONTERO Duhait, Sara Derecho de familia 4ª edición, editorial Porrúa S.A. México 1990.p 2

Para nuestro derecho mexicano, “ constituyen a la familia los cónyuges, los concubinos, los parientes en línea recta ascendiente y descendiente sin limitación de grado, ya sean surgidas dentro o fuera del matrimonio, los colaterales hasta el cuarto grado, los afines, el adoptante y el adoptado entre sí”. (43)

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

Efectivamente, es el núcleo de la sociedad compuesta no solamente por los padres y los hijos, sino por los abuelos, tíos, primos, etc.

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

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

(43)Ibidem. P.9

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

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

Ahora bien, este capítulo trata de dos conceptos diferentes como son: la recuperación por suspensión y pérdida, y la de obtención para el caso de los parientes que quieran ejercerla cuando falten los llamados preferentes; a continuación estudiaremos la primera de ellas.

4.2. RECUPERACION.

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

Si no se alcanza este fin, si los padres no cumplen con sus deberes, no tienen ya razón de ser las facultades que les corresponden, debiéndoseles privar de ellas.

Para poder hablar de recuperación es importante tomar en cuenta que por suspensión debemos entender “el acto judicial por medio del cual se priva temporalmente a la persona o personas que la ejercen sobre un menor, del ejercicio de su cargo por causas imputables a la propia persona o personas; y por pérdida de la patria potestad, a la desaparición del vínculo que unía en esta forma a los hijos menores con sus progenitores, en ciertos casos por faltas imputables estos últimos”. (44)

Después de haber hecho este recordatorio es necesario hacer mención de lo que debemos entender por recuperación, así tenemos, que es el hecho de “ volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía”. (45)

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

(44)PALOMAR, De Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, De. Mayo, México 1981,p 1007

(45)Ibidem p 1150

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

4.2.1. En caso de suspensión.

Como recordaremos, la suspensión sólo puede ser decretada por un juez del orden familiar y como consecuencia de ello, la recuperación de la misma debe solicitarse ante el juez que la decretó, por vía incidental, es decir, dentro del mismo juicio en que se tramitó la suspensión deberá tramitarse la recuperación, como una consecuencia lógica, pues en la desaparición de las circunstancias en que se fundó la primera se apoya la segunda.

Para poder solicitar la recuperación es necesario que el descendiente sea menor de edad no emancipado, así como el haber cesado la causa que produjo esta suspensión.

Las causas de suspensión están señaladas en el artículo 447 de nuestro multicitado código las cuales son:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Al respecto Sara Montero señala: “ estas tres causas de suspensión pueden extinguirse en un momento dado; el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio; el ausente regresa; y al sancionado se le extingue su condena” . (46)

Lo señalado por esta autora es muy razonable, pues si desaparece el obstáculo que impedía al ascendiente ejercer su cargo, obvio es que se le permita recobrar ese derecho, más aún si de ello depende el bienestar del menor, circunstancia que debe prevalecer pues “la suspensión solo debe ser alzada por los jueces y tribunales de menores, cuando haya seguridad plena que el ambiente familiar va a ser propicio para el hijo y que va a recibir una adecuada formación”. (47)

De lo anterior podemos manifestar que si a pesar de haber desaparecido la circunstancia originadora de la suspensión, el ambiente familiar que con la incorporación del suspendido se forme en el hogar es nocivo para el menor, el juez por ningún motivo deberá decretar su recuperación.

(46) MONTERO Duhañ, Sara Op. Cit. p. 353

(47) RIVERO Hernández, Francisco. Derecho de visita. Teoría y praxis. Editorial. Ediciones Universitarias de Navarra S.A. Pamplona. España. 1982.p. 204

Después de lo expuesto y con el fin de que nuestra legislación subsane la omisión a que se ha hecho mención, nos permitimos proponer la adición de un artículo 447 bis señalando.

Art 447.- La patria potestad se suspende:

I.- Por incapacidad declarada judicialmente;

II.- Por la ausencia declarada en forma;

III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Art. 447 bis.- El ascendiente o ascendientes que por alguna de las causas mencionadas en el artículo anterior haya sido suspendido del ejercicio de la patria potestad, podrá solicitar por única vez su recuperación cuando hubiere cesado la causa que dio origen a la misma, y que a consideración del Juez que conoció de dicha causa determine que no se verá afectado el ambiente familiar en el que se desarrollen los menores sujetos a ella.

La anterior propuesta se hace tomando en consideración que no todos los padres o ascendientes ven en la suspensión la forma de desatenderse de sus obligaciones, sino por el contrario, se hace pensando en aquellos ascendientes que en verdad aman a los menores y desean protegerlos, educarlos y asistirlos, y que al ser suspendidos de su cargo toman conciencia de la importancia que este tiene en el desarrollo físico, mental e intelectual del menor.

4.2.2 En caso de pérdida.

Al igual que la suspensión, la pérdida de la patria potestad sólo puede ser decretada por autoridad judicial, por lo que la solicitud para recuperarla también se debe hacer ante el juez que decretó dicha pérdida.

Siendo las causas que dan origen a su pérdida más delicadas que las que dan lugar a la suspensión, el juez debe tener más cuidado y ser más minucioso en el estudio de las causas originadoras de la pérdida, así como de poner especial atención en las pruebas tendientes a comprobar fehacientemente la rehabilitación de la persona o personas, para poder decretar la recuperación o negación de la misma.

Recordemos lo que nos establece el artículo 444 respecto de las causas por las cuales se puede perder, y que son:

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

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

III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, las seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Al respecto Planiol y Ripert señalan: “ Cuando la pérdida que los afectó resultaba de una condena penal, sólo se les concede la acción de restitución en tanto cuanto hayan obtenido su rehabilitación, beneficio que borra los efectos de la condena y el recuerdo mismo de la infracción.

Cuando la pérdida ha sido decretada por tribunal civil, sin que los padres hayan incurrido en una condena penal, la acción sólo puede ejercitarse tres años después de haber causado ejecutoria la sentencia que decretó su pérdida” (48).

Estamos ciertos que la rehabilitación de una persona es muy difícil de probar, por ello insistimos en la necesidad de que el juzgador ponga especial atención en esa circunstancia, pues una equivocación o mala apreciación de él podría perjudicar gravemente el desarrollo mental, intelectual y moral del menor.

La rehabilitación de la persona o personas no sólo gira al rededor de las acciones tipificadas en el Código Penal sino también las que no están, pero que por influencia nociva para el menor, implica cierta modificación de la conducta de los ascendientes para poder recuperar la patria potestad sobre sus descendientes.

(48) PLANOIL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Torno II. 1ª. Edición, traducción del Lic. José M. Cajica Jr. Editorial Cárdenas. Editores y distribuidor. Puebla, Pue. 1983.

Con lo anterior queremos decir que no solamente las conductas tipificadas son nocivas para el desarrollo del menor, sino que también lo son aquellas que sin estar tipificadas significan una mala influencia para el infante.

En cuanto a la pérdida por causa de divorcio, Castán Vázquez señala: “ a la muerte del cónyuge inocente, volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos si la causa que dio origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos (artículo 37 del Código Civil español)”.(49)

Nosotros consideramos que como no todas las causas originadoras de los divorcios están dirigidas a la mal formación de los hijos, es justo que en aquellas que nada tienen que ver con el desarrollo adecuado del menor, se le permita al cónyuge privado recuperarla, y más cuando muere el cónyuge inocente y el culpable demuestre plenamente su rehabilitación y buena disposición para amar, proteger, educar y asistir al menor.

En estos casos, para la recuperación por pérdida debe el juez, como en el caso de la suspensión, atender al bienestar del menor, por lo que debe considerar que si a pesar de estar rehabilitado el ascendiente la convivencia con él puede perjudicar al menor, no deberá acordar a favor de aquél la recuperación de su cargo.

(49) CASTAN, Vázquez, José Ma. Op. Cñ. p.431

Asimismo y por la causa expuesta en el inciso anterior, proponemos la integración de un artículo 444 bis para reglamentar la recuperación de este derecho en los casos de pérdida:

Art. 444 bis.- El ascendiente o ascendientes que por alguna de las causas mencionadas en el artículo anterior haya perdido el ejercicio de la patria potestad, podrá solicitar por única vez su recuperación cuando demuestre fehacientemente su rehabilitación y arrepentimiento y que a consideración del juez que conoció de la causa, determine que la convivencia familiar no perjudicará al menor en su desarrollo integral.

La anterior propuesta se hace pensando en aquellos ascendientes que al verse privados de sus derechos sobre el descendiente, toman conciencia de lo importante que es su función para el buen desarrollo de los menores.

Ahora bien, la interrogante que surge al leer ésta y la anterior propuesta es ¿ cómo podrá considerar el juez que conoció de la causa que dio origen a la suspensión o pérdida de la patria potestad, que la integración del ascendiente arrepentido no pondrá en duda el buen desarrollo del menor?.

La siguiente propuesta que expresaríamos para contestar la anterior pregunta sería la que en el transcurso de seis meses después de haberse solicitado su recuperación, una trabajadora social designada por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia vigile que se acate una armonía familiar y no haya reincidencia en la conducta del

ascendiente infractor, para que al cabo de los seis meses recupere el ejercicio de este derecho.

Hemos insistido a lo largo de este capítulo que la finalidad que perseguimos con la reglamentación de la recuperación de la institución en comento, es la de que aquellas personas que tienen el honor de desempeñar su ejercicio, lo hagan correctamente, lo cual se puede cumplir mejor cuando se convive con el menor, pues solo así se le puede proporcionar a este la asistencia, protección y educación tanto intelectual como moral, necesaria para hacer de sus hijos personas seguros de sí mismos, libres de complejos y traumas, que los lleven a lograr su pleno desarrollo y adaptación dentro del núcleo social donde se van a desenvolver.

Así pues consideramos de gran importancia que la ley le otorgue a las personas encargadas de ejercerla privados o suspendidos de ella, la facultad expresa de recuperar su ejercicio cuando demuestre sin lugar a dudas su rehabilitación, tratándose de pérdida; y cuando haya cesado la causa que dio origen a la suspensión.

La propuesta arriba presentada la basamos en la importancia que la figura paterna y materna tienen en el desarrollo emocional del menor, por lo que al suspender o privar de su ejercicio a alguno de ellos, también lo es para el menor, pues en realidad es él quien queda privado de la protección, del apoyo y del cariño de aquellos, lo cual trae como consecuencia que el menor se convierta en una persona agresiva, huraña, acomplejada y deshubicada, incapaz de adaptarse a su entorno social.

Todas estas circunstancias son las que nosotros consideramos para que la pérdida de la patria potestad definitiva o total se deba dar en los casos de divorcio necesario, cuando éste se funde en actos que afecten directamente al menor o les den un mal ejemplo, pues creemos que en estos casos es más saludable alejar al hijo de los ascendientes para evitar la nociva influencia que puedan tener sobre él.

4.3.OBTENCION.

En este punto nos referimos principalmente, a proponer que se legisle para aquellos familiares, llámese tíos, primos hermanos o cualesquiera otro pariente cercano o lejano que se vea, no en la necesidad, sino en el deseo de brindar amor, cariño, protección, cuidado, educación y bienestar al menor o menores, que por un hecho o acontecimientos ajeno a sus voluntades se quedaron huérfanos de padre y madre, y que además no tienen a sus abuelos paternos ni maternos, pero que en cambio le sobreviven algunos de los parientes mencionados, que de alguna manera quieren tratarlos como hijos propios.

Así es, hemos visto que muchos menores se quedan de momento “ desamparados “ por diversas causas como lo son los temblores, tornados, lluvias, etc., o bien, por acontecimientos y hechos violentos, como guerras, disturbios sociales; o enfermedades o meros accidentes, en donde perecen sus ascendientes y sólo les sobreviven los familiares por parte del padre o de la madre.

Bajo estas circunstancias, los familiares cercanos adoptan de hecho a los menores, pero consideramos más estrecha esta adopción cuando se tiene la figura jurídica que cuando no se tiene, porque como ya lo dijimos antes, podrían hacerse cargo de los menores más por obligación que por devoción, teniendo como consecuencia el que sólo les proporcionen los alimentos y olvidándose de procurarles satisfactores afectivos y una guía moral.

Por lo que en este rubro proponemos, siempre en beneficio de los menores y para conservar a la familia como el núcleo donde se gestan los ciudadanos responsables del mañana, modificar el segundo párrafo del artículo 414 el cual ya conocemos, para quedar de la siguiente manera:

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.

(Segundo párrafo) 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 que así lo deseen, siempre que a criterio del juez de lo familiar determine que los solicitantes cumplirán con las obligaciones y ejercerán los derechos que esa responsabilidad les confiere. Y si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo.

La anterior propuesta tiene como finalidad, el que se faculte a los parientes que desean velar por el bienestar de los menores, soliciten ante un juez de lo familiar, les otorgue el ejercicio de la patria potestad en beneficio de los lazos consanguíneos que los unen, y por que de alguna manera sienten a los “nuevos” integrantes de la familia como propios.

En caso contrario, si no hubiera parientes que desearan el ejercicio del cargo, entonces sí, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, determinaría el orden de los ascendientes que habrán de cumplir con esta obligación.

De igual manera esta propuesta la extendemos para el caso de los menores adoptados, quienes de alguna manera ya son miembros de una familia y aunque la ley así no lo provee, las personas como tíos, primos, abuelos, etc. puedan solicitar la obtención de la patria potestad sobre estos.

De lo anterior, da cuenta el artículo 419 del mismo ordenamiento, que a la letra reza:

La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

Y nosotros nos preguntamos, ¿cuál es entonces su situación jurídica cuando sus padres adoptivos fallecen?, la respuesta bien podría ser la tutela, que entonces va, o van a desempeñar algunos miembros de la familia, pero, ¿qué diferencia tiene ésta con la patria potestad?, ¿cuáles son las ventajas y desventajas entre una y otra?.

Y aún nos queda, además de los familiares ya mencionados, otra persona negada por la ley a ella, quien también es susceptible de solicitarla, nos referimos al nuevo marido al que hace mención el artículo 446; aunque aquí no abundaremos tanto en el tema porque consideramos que esta situación se puede salvar si el nuevo marido adopta a los hijos de ella cuando no exista impedimento alguno para tal situación, y el solicitarla, sería para el caso de que la pareja estuviera viviendo junta sin que aún se diera la figura jurídica del concubinato, pero con el único requisito de haber transcurrido por lo menos un año de sana convivencia entre el solicitante y el hijo de su pareja.

4.4 VENTAJAS SOBRE LA TUTELA.

El objeto de la tutela nos dice el artículo 449, es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413, (se refiere a las que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal).

Como vemos, en el más estricto sentido del concepto arriba mencionado, la tutela no es otra cosa que el fideicomiso de la vida y bienes de los menores o incapacitados sujetos a ella, en donde no se contemplan los valores morales y afectivos que proponemos otorgue la patria potestad, sino que únicamente se enfoca a administrar su futuro.

Nuestro sentir lo basamos en el pensamiento del legislador, quien a lo largo de los artículos que componen el Título Noveno, Capítulos X y XI del ordenamiento jurídico citado, nos establece las obligaciones que tiene el tutor para desempeñar su cargo, mismas que nosotros comparamos con la figura jurídica del fideicomiso, en donde el tutor hace el papel de fiduciario, el ascendiente o la propia ley, el papel de fideicomitente, y los sujetos a ella, el papel de fideicomisarios, como si estuviéramos hablando de un negocio.

Quizá nuestra apreciación sea muy rigurosa o pueda ser calificada como tendenciosa, sin embargo, en ninguno de esos artículos, ni en todo el apartado que se refiere a la tutela, se hace alusión al ambiente familiar del que un ser humano no debiera de prescindir, porque si bien es cierto que también menciona que alguno de los padres puede fungir como tutor procurándolo en vestido, alimentos y educación, no menos cierto es que esa función gira en torno de la administración de sus bienes; y aunque la misma actitud pudiera desempeñarse dentro de una familia normal, los padres no están obligados a rendirle cuentas a nadie sobre la formación de sus hijos, porque no los están administrando, los están educando.

Y es así como finalizamos el presente trabajo de tesis, en donde como ya lo dijimos antes, nuestro pensamiento no tienen otra finalidad que la de estrechar los lazos que unen a una familia, pero no únicamente a la integrada por los esposos y los hijos, sino a todos aquellos miembros comunes a ella que forman una sociedad.

Por eso reiteramos, la familia es el núcleo de la sociedad en la que se sientan los principios básicos respecto al amor, la moral y la educación, elementos con los cuales cada sujeto debe contar para su interrelación con los demás miembros de dicha sociedad, por lo que siendo este grupo impulsor de la humanidad se le debe otorgar una gran importancia para que no peligre la estabilidad de la misma.

La familia es el conducto idóneo para el nacimiento físico y moral del hombre equilibrado.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La familia es la célula social básica de una nación, ya que ésta será más fuerte, unida y organizada en la medida en que sus integrantes lo sean. Por eso, para mejorar a la sociedad debemos empezar por mejorar cada hogar.

SEGUNDA.- Para que éste grupo cumpla adecuadamente con su función social, en cada uno de ellos se dictan determinadas normas de conducta a las que sus integrantes deben de sujetarse, y respecto a lo legal, existen un conjunto de disposiciones jurídicas que establecen sus derechos y obligaciones.

TERCERA.- La familia señala la pauta de la patria potestad, de la tutela, de la curatela y de la adopción; protege y beneficia, da seguridad al hombre, regula las relaciones matrimoniales de los cónyuges, la propiedad privada y las sucesiones hereditarias, es el primer núcleo económico, laboral, jurídico, moral, religioso y social.

CUARTA.- La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que a los padres en primer término corresponde, con el objeto de proveer a la representación, asistencia, educación y protección de la persona e intereses patrimoniales de los hijos, desde la concepción y en tanto sean menores de edad no emancipados.

QUINTA.- Consideramos como elementos de integración familiar la recuperación y obtención de la patria potestad, porque sus figuras encierran la sujeción de valores y principios morales en forma voluntaria.

SEXTA- La importancia de que se legisle la recuperación y obtención radica esencialmente, en la oportunidad que al hijo se le dé para que cuente con la sólida guía y estructura familiar que le permita incorporarse a la sociedad como un sujeto productivo.

SEPTIMA- El ascendiente o ascendientes que por alguna de las causas mencionadas en el artículo 447 haya sido suspendido del ejercicio de la patria potestad, podrá solicitar por única vez su recuperación cuando hubiere cesado la causa que dio origen a la misma, y que a consideración del juez que conoció de dicha causa, determine que no se verá afectado el ambiente familiar en el que se desarrollan los menores sujetos a ella.

OCTAVA- El ascendiente o ascendientes que por alguna de las causas mencionadas en el artículo 444 haya perdido el ejercicio de la patria potestad, podrá solicitar por única vez su recuperación, cuando demuestre fehacientemente su rehabilitación y arrepentimiento, y que a consideración del juez que conoció de la causa, determine que la convivencia familiar no perjudicará al menor en su desarrollo integral.

NOVENA - La patria potestad se ejerce por los padres. A falta de ambos o por cualquier otra circunstancia prevista en el Código Civil, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado que así lo deseen, siempre que a criterio del juez de lo familiar, determine que los solicitantes cumplirán con las obligaciones y ejercerán los derechos que esa responsabilidad les confiere, y si hubiere varios parientes del mismo grado, él mismo eligirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo.

BIBLIOGRAFIA

- Castán Vázquez José María. La Patria Potestad. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1960.
- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Octava edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1984.
- Couto Ricardo. Derecho Civil Mexicano. Tomo III. Editorial La Vasconia. México. 1919.
- De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta edición. México. 1984.
- De Pina Vara Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Décima edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980.
- Flores Gómez Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. Cuarta edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1984.
- Galindo Garfías Ignacio. Derecho Civil. Cuarta edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980.
- Herrera Lasso Manuel. Derecho Constitucional Mexicano. Cuarta edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1985.
- Montero Duhalt Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta edición. México. 1990.
- Muñoz Luis. Derecho Civil Mexicano. Editorial Modelo. México, 1971.
- Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo II. Décima segunda edición francesa. Traducida por el Lic. José M. Cajica jr. Editorial Cultura. Puebla, Puebla. 1968.
- Rivero Hernández Francisco. Derecho de Visita. Teoría y Práxis. Editorial Ediciones Universitarias de Navarra, S.A. Pamplona, España. 1982.
- Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Décima octava edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1982.
- Rotondi Mario. Instituciones de Derecho Privado. Traducido por Francisco F. Villavicencia. Editorial Labor, S.A. México. 1953.

- Trabucchi Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Traducido por Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1967.

DICCIONARIOS.

- De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Novena edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980.
- Diccionario Enciclopédico Quillet. Tomos V y XI. Editorial Cumbre, S.A. México. 1985.
- Palomar de Miguel Juan. Diccionario para Juristas. Editorial Mayo. México. 1981.
- Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Décimo novena edición. Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1970.

LEGISLACION.

- Código Civil para el Distrito Federal. 67ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1998.
- Código Penal para el Distrito Federal. 45ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1989.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 94ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992.