

301809

102
24



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS
HIJOS DEL MATRIMONIO Y ADOPTIVOS POR
EL MALTRATO DE LOS MISMOS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A

CLAUDIA MARISOL VILLAMAR REYES

PRIMER REVISOR
Guillermo Cortez y Garnica

SEGUNDO REVISOR
Lic. Jesús Mora Lardizábal

MEXICO, D. F.

1995

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

D E D I C A T O R I A S

A MI QUERIDO VIEJO QUE SIEMPRE CAMINO A MI LADO,
ESPERANDO MIS TRISTEZAS Y ALEGRÍAS,
A MI PADRE, A QUIEN MIRO CANSADO, CON LA
CARA AGOTADA Y LA FIGURA PESADA DE TANTO ANDAR.
NUNCA ANALICE SUS SENTIMIENTOS, PORQUE EL BRILLO
DE MI MADRE ES TAN FUERTE QUE LO ECLIPSA
Y SOLO LE HICE JUSTICIA CUANDO ME TOCO
VIVIR SU PROBLEMA, HOY TODO LO COMPRENDO
Y QUE BUENO QUE ESTAS A MI LADO, MI QUERIDO VIEJO.
GRACIAS POR LO QUE HE LOGRADO, TE QUIERO MUCHO.

SOLO MI MADRE CONOCE EL DOLOR DE MI MIRADA
SOLO ELLA ME DEFIENDE PORQUE SOY DE SU
SANGRE, SOLO ELLA ME DA LA AMISTAD QUE NUNCA
SE VENDE, ¿ QUE LE PUEDO ESCRIBIR ?, SOLO LE
PUEDO DECIR EN LA TERNURA DE UN BESO,
GRACIAS MAMA.

QUE SUERTE QUE TE CONOCI, PARA ESTRECHAR TU MANO Y
PODER ASISTIR CONTIGO AL MILAGRO DE CADA AMANECER
QUE SUERTE QUE TE CONOCI, PARA TENER LA OPCION DE
LA BALANZA, SOPESAR LA DERROTA Y LA ESPERANZA CON
LA GLORIA Y EL MIEDO AL CAER. GRACIAS POR TU APOYO
TE AMO, LUIS ALFREDO.

PARA MI HIJO, TODO MI TIEMPO, MI AMOR Y
MIS SENTIDOS, MI CONCIENCIA, TODOS LOS
SUEÑOS Y TODA MI PRESENCIA, PARA MI HIJO
SERE BRILLANTE, PACIENTE, PRECISA, JOVIAL
E INTELIGENTE, HAZME BUENA MADRE, ALEGRE
Y EFICIENTE. GRACIAS DIOS MIO POR DARME
UNA LUZ EN MI CAMINO, GRACIAS POR
LUIS OCTAVIO.

A MI HERMANO ARMANDO Y SU ESPOSA ANA,
GRACIAS POR SU APOYO, ESTIMULO,
AMOR Y CARINO QUE NOS UNE.

A MIS TIOS LIC. JULIO CESAR VILLAMAR
Y SERGIO AUGUSTO VILLAMAR, POR EL
APOYO ACADEMICO Y MORAL QUE ME
BRINDARON A LO LARGO DE MI CARRERA.

A MI ABUELITA CLEMENTINA, GRACIAS
POR SU CARINO Y APOYO.

AL LIC. JESUS MORA LARDIZABAL
POR SU TIEMPO Y DEDICACION PARA
LA REALIZACION DE ESTE PROYECTO.

A TODOS MIS PROFESORES QUE ME
GUIARON A LO LARGO DE MI CARRERA
MI ETERNA GRATITUD.

A LA UNIVERSIDAD DEL VALLE DE
MEXICO, UN PROFUNDO AGRADECIMIENTO.

A MI JURADO:

MUCHAS GRACIAS.

I N D I C E

LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN CASOS DE CORRUPCION Y
EXPLOTACION DE LOS HIJOS DENTRO DEL MATRIMONIO

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD.....3

| | | |
|-----|------------------------------------|----|
| 1.1 | En el Derecho Romano..... | 3 |
| 1.2 | En el Derecho Frances..... | 7 |
| 1.3 | En el Derecho Español..... | 9 |
| 1.4 | En el Derecho Alemán..... | 11 |
| 1.5 | Código Civil de 1870 Mexicano..... | 14 |
| 1.6 | Código Civil de 1884 Mexicano..... | 17 |

CAPITULO II

CONCEPTO Y EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.....30

| | | |
|-----|---|----|
| 2.1 | Concepto de patria potestad..... | 31 |
| 2.2 | Quiénes ejercen la Patria Potestad..... | 41 |
| 2.3 | Derechos y Obligaciones de quiénes ejercen la patria potestad..... | 51 |
| 2.4 | El ejercicio de la patria potestad en hijos de Matrimonio y Adopción..... | 62 |
| | A) Matrimonio..... | 62 |
| | B) Adopción..... | 70 |

CAPITULO III

LA TERMINACION Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD...78

3.1 La muerte declarada de quien ejerce la patria potestad.....78

3.2 La emancipación.....80

3.3 El cumplimiento de la mayoría de edad de los hijos hijos.....83

3.4 La incapacidad declarada judicialmente.....86

3.5 La ausencia declarada en forma.....90

3.6 Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.....94

CAPITULO IV

CAUSAS EN QUE PROCEDE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.....98

4.1 Cuando el que la ejerce es condenado a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.....98

4.2 En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.....105

4.3 Cuando por costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.....111

4.4 Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de seis meses.....116

CAPITULO V

INSTITUCIONES PUBLICAS COMPETENTES EN CASOS DE MALTRATO
Y EXPLOTACION DE LOS HIJOS DENTRO DEL MATRIMONIO.....123

- 5.1 Antecedentes de Organismos e Instituciones dedicadas
al cuidado del menor.....123
- A) Instituto Nacional de Protección a la Infancia
I.N.P.I.....127
 - B) Instituto Mexicano de Asistencia a la Niñez
I.M.A.N.....129
 - C) Sistema Nacional para el Desarrollo Integral
de la Familia D.I.F.....132
 - D) Albergue Temporal a cargo de la Procuraduría
General de Justicia del Distrito Federal.....135
 - E) Centro de Atención de Violencia Intrafamiliar
C.A.V.I.....138
- 5.2 Funcionamiento de las Instituciones que Protegen
al menor maltratado.....141
- A) Sistema Nacional para el Desarrollo Integral
de la Familia D.I.F.....143
 - B) Albergue Temporal.....146
- 5.3 Concepto de Menor Maltratado.....151
- 5.3.1 Repercusiones Sociales.....153
- A) Factores Individuales.....153
 - B) Factores Familiares.....155
 - C) Factores Sociales.....156

| | | |
|-------|--|-----|
| 5.3.2 | Repercusiones Jurídicas..... | 157 |
| A) | Desde el punto de vista del Derecho Penal..... | 157 |
| B) | Desde el punto de vista del Derecho Civil..... | 159 |
| | CONCLUSIONES..... | 161 |
| | BIBLIOGRAFIA..... | 167 |

I N T R O D U C C I O N

Los problemas familiares que se presentan en nuestra sociedad son tan complejos y variados, que hay que lograr un equilibrio necesario en las relaciones familiares, principalmente el comportamiento que deben tener los hijos con sus ascendientes y las obligaciones de éstos con sus descendientes.

La patria potestad es una institución de las más antiguas en el Derecho, pero si bien es cierto, no es tan compleja como en la actualidad, por lo tanto, es a través del tiempo que constantemente se estuvo modificando las normas que regulan las condiciones sociales dependiendo del lugar y circunstancias en el momento histórico en que se presentaron dichas legislaciones.

La patria potestad aparte de ser una institución jurídica es social y moral, ya que abarca la educación, vigilancia y corrección de los menores por sus progenitores, los cuales tienen la obligación de cuidar de ellos.

También el Estado debe salvaguardar que los ascendientes cumplan con dichas obligaciones, como son las de educar, cuidar y corregir a sus menores.

Con la elaboración de este trabajo de tesis no pretendo llegar al fondo del problema latente del menor maltratado, ya que mi modesta opinión no se compara con la de los distinguidos jurisconsultos que se han pasado la mayor parte

de su vida al estudio del Derecho; por mi parte trataré de explicar los puntos esenciales de la pérdida de la patria potestad de los hijos del matrimonio y adoptivos por el maltrato de los mismos.

Primeramente presentaré un recopilamiento de la patria potestad en el Derecho Romano, en el Derecho Francés, en el Derecho Español, en el Derecho Alemán y en el Derecho Mexicano especialmente a los Códigos de 1870 y 1884.

En el capítulo segundo trataré de dar una definición de acuerdo a nuestra legislación vigente, tomando como simientos la opinión de diferentes autores de la materia, así como las personas que pueden ejercer los derechos y obligaciones que esta institución otorga.

En el capítulo tercero trataré de explicar y comentar las causas de suspensión y extinción de la patria potestad enunciando algunos de sus efectos.

En cuanto a la pérdida del ejercicio de la patria potestad, estudiaré las normas jurídicas previstas en el Código Civil, auxiliándome en el Código Penal, y transcribiendo algunas tesis jurisprudenciales, comentando cada una de ellas.

En el quinto y último capítulo estudiaré las instituciones que a través del tiempo se han ocupado de los niños maltratados y abandonados, así como su funcionamiento, y las repercusiones sociales y jurídicas, ya sean por factores individuales, familiares y sociales.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA

POTESTAD

1.1. EN EL DERECHO ROMANO

En el antiguo derecho romano, la patria potestad se conoció como un principio absoluto, fundándose en la potestad del "pater familias". Una de las principales características de esta potestad es, la protección del hijo, sin embargo, quedaba relegada porque estaba sobre los interés de la familia.

El poder paternal era ilimitado, convirtiendo al pater en soberano absoluto de la personas y bienes de sus hijos, disponiendo libremente de ellos, exponerlos y venderlos, sus determinaciones debían cumplirse estrictamente.

Los llamados " pater familias " o " sui juris " eran los jefes de familia libres de toda autoridad dependiendo de ellas mismas, es decir, implica tener derecho de adquirir su patrimonio y ejercer cuatro poderes: 1.- La autoridad del señor sobre el esclavo. 2.- *La patria potestas* la autoridad paterna. 3.- *La manus*, la autoridad del marido a veces de un tercero, sobre la mujer casada. 4.- *El mancipium*, autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre.

Había dos clases de adquirir la patria potestad:

1.- *La justae nuptiae*: Era el matrimonio legítimo conforme a las regla del derecho civil romano. La sociedad romana tenía especial interés en la conservación de sus

cualidades políticas y creencias religiosas, por lo que era necesaria la continuación de la familia, siendo finalidad primordial del matrimonio la procreación de hijos.- La mujer una vez casada entraba a formar parte de la familia del marido, quedando sometida a la potestad de la quien ejercía en ella, como una hija de su padre. " La unión del hombre y la mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos." (1)

2.- La adopción: " es una institución de derecho civil, por la que se establecen entre dos personas relacionadas formando la justae nuptiae entre el hijo y el jefe de familia." (2)

En el derecho romano existían dos clases de adopción:

a) La adopción propiamente dicha que era por la que adoptaba a un alieni juris." acto por el cual un extraño quedaba agregado a una familia romana sometiéndose a la potestad del pater como hijo o nieto. " (3) El extraño se introducía a la familia no teniendo ningún lazo de parentesco natural con el pater familias.

b) La adopción de una persona suis juris que era la llamada adrogación. " es un acto grave que hacía pasar un ciudadano sui juris acaso jefe de familia, bajo la autoridad de otro jefe. " (4)

(1) PETIT EUGENE.-Trato Elemental de Derecho Romano.- Ediciones Selectas.-México.-1982.pág.103.
(2) PETIT EUGENE.-Idem.-pág.113.
(3) VENTURA SILVA SABINO.-Derecho Romano.-Imprenta Azteca.-México.-1962.-pág.90.
(4) PETIT EUGENE.-Idem.-pág.113.

LA EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se extinguía por acontecimientos fortuitos y por medio de actos solemnes.

Los acontecimientos fortuitos eran la muerte del jefe de familia, su reducción a la esclavitud, la pérdida del derecho de la ciudadanía y convertirse el hijo o sacerdote del Dios Júpiter, y salvo el último de los casos mencionados, las personas que estuviesen sometidos directamente a la autoridad paterna se convertían de alieni juris a suis juris.

Sabino Ventura " Incluye dentro de los acontecimientos fortuitos dos casos que no dan por terminada la patria potestad sino que únicamente la suspendían en casos de cautiverio: el primer caso el pater familia recobraba su libertad y al volver se le admitía nuevamente en el seno de la familia como jefe; volvía ejerciendo todos sus poderes sobre sus hijos y los bienes adquiridos durante su ausencia pasaban a formar parte de su patrimonio."

En el segundo caso si el alieni juris regresaba, se consideraba como si la autoridad paterna ejercida sobre él nunca se hubiese interrumpido, sin embargo si murió estando cautivo se consideraba extinguida la potestad sobre él, desde el día que fue tomado prisionero.

Los actos solemnes fueron la adopción y la emancipación. Se extinguía la patria potestad en adopción porque el alieni juris dejaba de estar bajo autoridad de su padre natural, para pasar a la de su padre adoptivo; para

poder llevar a cabo la adopción el padre natural hacía pasar al hijo por tres veces al adoptante, que se obligaba a través de un pacto a manucitirlo a la tercera, el adoptante se llevaba al hijo a su casa y para que se consumara la adopción, el padre natural lo cedía por cuarta vez al padre adoptivo que él tenía la potestad sobre el hijo y como el padre natural no lo contradecía, el magistrado le declaraba perdida la autoridad paterna del padre natural, otorgándosela al adoptivo.

La pérdida de la patria potestad por emancipación " es la institución jurídica, en virtud de la cual se extingue la patria potestad por voluntad del ascendiente que la ejerce, convirtiendo al hijo o descendiente de persona alieni juris en sui juris. " (6)

La emancipación se obtenía por un procedimiento indirecto, en la ley de las Doce Tablas prevenía que el padre que vendiese tres veces a su hijo perdía sobre él la patria potestad; para la emancipación de un nieto o de una hija sólo bastaba su venta.-

En al época clásica se usaba el procedimiento antiguo, en 1502 se establece una nueva forma, se emancipó al hijo estando ausente sin exigir su presencia, el padre llevaba el título de patrono conservando los derechos que de él emanaban.

1.2 EN EL DERECHO FRANCES

" En las regiones de Francia en donde regía el derecho escrito, se aceptó en casi todos los lineamientos la patria potestad, tal y como fue conocida en Roma, sin embargo habían ciertas diferencias, ya que únicamente la patria potestad existía hasta que cumpliera la mayoría de edad y también se podía obligar a los padres a emancipar al hijo, cuando estos lo trataban con crueldad, le negasen alimento al menor o lo indujeran al mal.

A diferencia en las regiones en donde se aplicaba el Derecho Consuetudinario, se dudaba que existiera la patria potestad. Esto se debía que la autoridad paterna se ejercitaba únicamente en interés del hijo y no del padre el que tenía limitados sus atributos porque el menor quedaba fuera de su autoridad cuando al alcanzar la mayoría de edad o fuese emancipado o por medio del matrimonio. A la muerte de algunos de los padres, ya que ambos ejercían la misma autoridad se abría la tutela a favor del padre sobreviviente. En este régimen no se conocía el derecho al usufructo de los bienes del menor porque a éste siempre le pertenecerían en exclusividad su patrimonio, por ese motivo tales acepciones se podían considerar como derivadas de la patria potestad." (7)

En el Código Civil de Napoleón se reglamentó esta Institución por lo tanto ha sido reglamentada en la mayor parte de los Códigos.

En el " Código Civil no se había previsto que la patria potestad pudiera ser extinguida, ni aún en los casos de absoluta necesidad, se resistía a todo, como a malos tratos, abandono y violencia. " el legislador niega quitar a los padres una potestad que es intangible ."(8)

En el siglo XIX el legislador prevenía los derechos y ventajas concedidas sobre la persona y los bienes del hijo, la protección de los niños empleados en profesiones ambulantes, la protección de los hijos maltratados, la represión de violencia, vías de hecho, actos de crueldad, atentados cometidos contra los niños, prostitución de los menores y los tribunales para niños y adolescentes sobre la libertad vigilada.

Se daba la pérdida de la patria potestad cuando la condena era para el padre o por quien detenta la autoridad paterna:

- a) Por un atentado cometido contra la persona o la moralidad del hijo o en convivencia con él.
- b) Por excitación habitual de menores al desenfreno.
- c) Por un crimen cometido en la persona de uno de sus propios hijos.
- d) Por el crimen cometido con la participación del hijo.

Se asentó el principio de la autoridad paterna en la familia legítima, le otorga al padre el ejercicio de la patria potestad y este poder se extingue al cumplir la mayoría de edad del hijo.

En el siglo XX la patria potestad concebida en el Código Civil como autoridad del padre, se transformó en una potestad que debe ser ejercida en interés común del patrimonio y de los hijos. También se acentuó una mayor intervención de los tribunales en el ejercicio de la patria potestad y en el control de la misma.

1.3 EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el Derecho español encontramos que recibe una gran influencia del Derecho Germánico y del Romano, "siguiendo la tradición del Derecho Romano la patria potestad se denominaba officium virile que constituía el poder absoluto y perpetuo a favor del padre, solo se concebía en la familia legítima." (9).

"El más antiguo de los Códigos de España fue el FUERO JUZGO contenía disposiciones acerca de la patria potestad, concedió el ejercicio de la potestad a la madre, en caso de que el padre falleciera, hasta que los hijos cumplieran quince años, siempre y cuando ella lo aceptara o no contrajera segundas nupcias; por impedimento o negativa de la madre la patria potestad pasaba al hijo mayor cuya edad era

entre los 20 y 30 años o en su defecto el tío del menor o al hijo de aquel, y en el supuesto de que ninguno de los mencionados se encontrara capacitado para ejercitar tal derecho, el juez le otorgaría a cualquier otra persona ya sea pariente o extraño." (10)

No solo le correspondía la patria potestad a la madre cuando el padre muriera sino también en caso de ausencia, incapacidad, interdicción civil y demás pronunciados en el artículo 169 del código civil español comentado " por la muerte del padre o el hijo; por la emancipación y por la adopción del hijo." (11) Los tribunales concedían a la madre la administración de los bienes del hijo, su alimentación su corrección y castigo en el hogar .

Se ejercía la patria potestad según el código, sobre los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y concesión soberana y los naturales reconocidos y adoptivos menores de edad, con respecto al padre o madre que los reconoce o adopta.

Los deberes de los hijos eran obedecer a sus padres mientras permanecieran bajo su potestad y tributarles respeto y reverencia siempre.

- - - - -
 (10) VERDUGO AGUSTIN.-Principios de Derecho Civil Mexicano.-Imprenta de el Derecho.-México.-1890.-pág.17.
 (11) ROMERO Y GIRON VICENTE.-Instituciones Jurídicas y políticas de los pueblos modernos.-Tomo XII.-Madrid España.-1888.-pág.337.

Los deberes de los padres eran con los hijos era de alimentarlos y educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna; debían de representarlos en el ejercicio de todas sus acciones que pudieran redundar en su provecho.

MODOS DE ACABARSE LA PATRIA POTESTAD

Según el Código Civil Español se acaba la patria potestad en los siguientes casos :

- a) La muerte de los padres o del hijo. (12)
- b) Por la emancipación: La patria potestad se extingue por el matrimonio de los hijo; era la independencia doméstica.
- c) La adopción: se acaba la patria potestad del padre natural y la adquiere el adoptante sobre el adoptado.

1.4. EN EL DERECHO ALEMAN

Las concepciones que tenían tanto de la familia como de la patria potestad, fueron influenciadas por las costumbres romanas y por el cristianismo aunque separando de estas algunos aspectos sobre todo lo que se refiere al gobierno de la familia.

En la legislación alemana la patria potestad tomaba el nombre MUND MUNDIO que significa etimológicamente mano.

(12) ROMERO Y GIRON VICENTE.-Instituciones Jurídicas y Políticas de los pueblos modernos.-Impreso José Góngora y Alvarez.-Madrid España.- 1888.-pág. 333.

En sentido amplio entre los germanos venía a representar los múltiples aspectos de la autoridad familiar real y militar.

En el derecho germanico el poder de los padres sobre los hijos no era vitalicio, se extinguía cuando el hijo llegaba a la mayoría de edad. El padre tenía el deber de cuidar al hijo y no se conocía la privación de la capacidad de los hijos para adquirir bienes.

" Los germanicos tenían la costumbre de colocar al niño en el suelo, a los pies del padre, si este los levantaba en sus brazos se entendía que lo reconocía como suyo, lo acogía y lo introducía a la familia". (13). Se admitía la posibilidad de vender a los hijos como esclavos, era un derecho salvaje que duraba hasta la pubertad de los varones o el matrimonio de las mujeres.

La mujer no ejercía la patria potestad por ser inhábil para la guerra, sin embargo se permitía ejercerla a la muerte del padre. Se puede ver aquí que se empieza a generalizar la idea de que la mujer también esta facultada para ejercitar la patria potestad quedando en segundo término el principio del derecho romano, que establecía al hombre como el único que podía ejercer este derecho.

En la Edad Media la patria potestad fué evolucionando ya no era solamente un poder establecido a favor del padre sino principalmente a favor del hijo, tenía que defenderlo y

(13) BENEYTO PEREZ JUAN.-Instituciones de Derecho Historico Español.-Volumén I.-Primera Edición. Imprenta Claraso.-Barcelona.-1930.-pág. 134.

representarlo en juicio y sostener por él la prueba de juramento o del duelo, debía educarlo según su condición social, estaba obligado a su entendimiento corporal y si tenía la administración de los bienes de los hijos no los podía enajenar.

" Una nota económica de la época fué esa curiosa indivisión de bienes ya que los hijos no podían salir del círculo familiar por que sus intereses económicos se regían por medio del condominio. " (14)

La patria potestad en el derecho germano se extinguía por la muerte del padre, matrimonio de los hijos, emancipación del hijo, los cuales llegada la pubertad tenían que servir al ejército y éste se verificaba mediante la entrega del hijo ante la asamblea pública para el servicio de las armas, cuando el hijo adquiría su independencia económica ya no necesitada de los cuidados de la madre ni la protección del padre.

1.5 CODIGO CIVIL DE 1870 DE MEXICO

La institución de la patria potestad fue reglamentada en el Libro I Título VIII que se dividió en tres capítulos, que comprendieron de los artículos 389 al 429.

Dicho Código tiene similitud con el de 1884 por lo que cuando hagamos referencia a esta última legislación, servirá para completar el estudio del Código Civil de 1870.

En su artículo 389 decía: " Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condiciones deben de honrar y respetar a sus padres y demás descendientes ".

El precepto transcrito, es una norma de derecho natural, no pudiendo tomarse como una definición jurídica de la patria potestad, sino más bien como concepto moral. En su artículo siguiente, ya hacía una referencia específica a la institución estudiada al delimitar que: " los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponda aquélla, según la ley ".

De lo anterior se puede hacer una distinción de la patria potestad en sentido amplio y estricto, tal comentario es igualmente válido para la legislación civil vigente.

a) En sentido amplio, el primer artículo transcrito comprende las relaciones que existen entre los ascendientes y descendientes de respeto mutuo.

b) En sentido estricto con referencia al segundo artículo, el derecho que tienen los padres o quien ejerza la patria potestad de educar, vigilar y corregir a los menores que están bajo su cuidado así como la administración de sus bienes.

Este código hace ya una enumeración de quienes están facultados para ejercer la patria potestad, dándole mayor importancia al hombre que a la mujer, pues señala que ejercitarán tal derecho en orden cronológico 1. el padre, 2. la madre, 3. el abuelo paterno, 4. el abuelo materno, 5. la abuela paterna, 6. la abuela materna. Y solo por muerte, interdicción, ausencia o renuncia en el caso permitido, entrará en ejercicio de la patria potestad el que siga en el orden establecido.

Como se apuntó, los que ejercen la patria potestad tienen los siguientes derechos sobre los hijos: educarlo, vigilarlos, corregirlos, y administrar sus bienes.

El derecho de educación más que derecho es una obligación que tienen los que están en el ejercicio de la patria potestad, estando obligados a proporcionarla en forma conveniente, es decir, que vaya de acuerdo con las aptitudes del menor.

La vigilancia y la corrección debe ejercitarse en forma mesurada de modo tal que el menor no sufra alteraciones en su salud a consecuencia de los medios empleados para corregirlo.

En cuanto a los bienes de los menores, había cinco clases de ellos: los que procedían de la donación del padre; los que procedían de la donación de la madre o de los abuelos, aun cuando algunos de éstos estuvieran ejerciendo la patria potestad; los que procedían de donaciones de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque donado en consideración al padre; bienes debidos al don de la fortuna y bienes que el hijo adquiriera por un trabajo honesto.

En las cuatro primeras especies, el padre tiene la administración de los bienes, por ser él el legítimo representante, pudiendo cederle al hijo cuando lo estime lo suficientemente capaz. En cuanto a la quinta clase de bienes, los hijos tienen la exclusiva propiedad y administración de ellos.

Haré una aclaración que debe tomarse en consideración al estudiar los Códigos de 1870 y 1884. Cuando me referí al padre, se entenderá no solo a él en lo particular, sino a todas aquellas personas que ejercen la patria potestad, pues lo usaré como sinónimo, para seguir en sus lineamientos a las legislaciones mencionadas sin estar de acuerdo con la forma limitativa en que lo utilizaron tales códigos.

Por lo que hace al derecho de usufructo que gozaban los padres en relación con los bienes del hijo, en los de la primera especie de bienes el padre tiene la facultad de señalar la porción de frutos que recibirá el hijo, y en este caso de no hacerlo se entendía que gozaba de la mitad del usufructo. En cuanto a los bienes de segunda tercera y cuarta

especie tenía el padre la mitad de los frutos los cuales podía ceder al hijo. En los bienes de la quinta clase el menor es el único propietario y usufructuario de los mismos.

El padre tenía prohibido enajenar los bienes del menor de los cuales tenía la exclusiva administración; esta medida es eminentemente proteccionista del menor y la única excepción era cuando se hacía por causas de absoluta necesidad o evidente utilidad y previa autorización judicial.

Al terminar su gestión el padre como administrador, tiene la obligación de entregar al hijo los bienes y frutos que estaba administrando y que recibió bajo inventario.

En lo que hace la extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad, haré los comentarios un poco más adelante, cuando estudio el Código de 1884, por ser igual su reglamentación y evitar repetición de cuestiones que se pueden estudiar en una sola parte de este trabajo.

1.6 CODIGO CIVIL DE 1884 DE MEXICO

Puede uno darse perfecta cuenta que a estas alturas la patria potestad se presenta ya bastante evolucionada y distinta a como estaba reglamentada en la antigüedad; y que el poder del padre, ilimitado, absoluto y cruel se ha transformado en beneficio del hijo.

En este código no se considera ya el poder paternal como un conjunto de facultades en favor del padre, sino como nos dice Ricardo Couto: " Dichas relaciones son un conflicto de

deberes que por el hecho mismo de la generación, tienen los padres respecto de los seres que han engendrado: verdad es que aquellos ejercen determinadas facultades sobre los hijos, pero tales facultades no son propiamente, medios que la ley otorga a los padres para llenar el cumplimiento de los deberes que la naturaleza les ha impuesto ". (15)

Este ordenamiento legal nos dice, quiénes están sujetos a la patria potestad y son los hijos menores de edad, no emancipados mientras que exista y algunos de los ascendientes a quienes corresponde ejercerla, se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos.

La legislación de referencia no hace ninguna mención a que los hijos adoptivos estén sujetos a la patria potestad; porque como puede verse esto se debió a que los legisladores pasaron por alto la institución de la adopción, lo que constituye un lamentable retraso en comparación con otras legislaciones, ya que hasta en las más antiguas estaba reglamentada .

Se hizo una simulación de los hijos legítimos y naturales para los efectos de que ambos quedaran bajo la patria potestad, pero los hijos naturales debían ser reconocidos; debemos pensar en que los hijos que nunca fueron reconocidos por ningunos de los padres no tienen por qué ejercer éstos la patria potestad sobre aquéllos , ya que la -
(15) COUTO RICARDO.- Derecho Civil Mexicano.-Tomo II.-
Editorial la Vasconia.-1919.-Pág. 295.

patria potestad se adquiere sólo: por el matrimonio, o sea sobre los hijos legítimos; por legitimación de los hijos naturales; por reconocimiento voluntario y por reconocimiento forzoso.

Moralmente los hijos deben guardar respeto y obediencia a sus padres, pero en el caso en que éstos no los hayan reconocido, legalmente no pueden ni deben ejercer derecho alguno sobre ellos. En lo que respecta a los hijos reconocidos por ambos padres no hay ningún problema por que ejerceran los derechos las personas en el orden marcado por la misma ley.

En este código solo hay dos posibles casos de la designación de los hijos espurios, que son : en el acta de nacimiento o por testamento.

En el acta de nacimiento se hacía la designación del padre que sea soltero para el caso de adulterio y únicamente se asentará el nombre de uno de ellos si fuere incestuoso por esto se puede concluir que el hijo adulterino o incestuoso que se reconoció en el acta de nacimiento y por testamento, se ejercerá la patria potestad por quien lo haya reconocido y a la falta de él por los ascendientes de éste.

El Código Civil de 1884 se explica sin dejar duda quien ejercerá la patria potestad y lo son: el padre, el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna y la abuela materna siendo esto un adelanto en comparación a otras legislaciones en que se tiene que interpretar el sentido del artículo que hace mención a quienes corresponde el ejercicio de la patria potestad. Lo anterior nos demuestra muy

claramente que aunque le da ya autoridad a la mujer para ejercer la patria potestad le deja relegada al segundo término, porque le da mayor preferencia al hombre que a la mujer. También nos damos cuenta que únicamente es una sola persona que puede ejercer la patria potestad.

El artículo 377 del Código Civil de 1884 nos dice: solo por muerte, interdicción, entrará al ejercicio de la patria potestad el que siga en el orden establecido anteriormente mencionado. En caso de renuncia hecha conforme a la ley.

Dicho artículo deja la puerta abierta para que aquellas personas que ya fueron condenadas a la pérdida de la patria potestad ya sea por tratar con excesiva severidad a los que están sujetos a su autoridad, porque no los haya educado, por haberles impuesto preceptos inmorales o los haya corrompido, vuelvan a ejercerla por lo que debió haber sido conveniente a verle agregado que: solo por muerte, interdicción, ausencia o impedimento legal llamado

En cuanto a los derechos y deberes de los padres e hijos que nacen de la patria potestad podemos distinguir los siguientes:

a) Los derechos que tiene el padre es el de retener al hijo en su casa para ejercer el derecho de vigilancia, corrección y también poder cumplir con la educación conveniente.

b) El padre puede corregir y castigar mesuradamente pudiendo acudir a las autoridades a fin de cumplir su cometido.

c) En cuanto a la obligación que tiene el padre al hijo que estaba bajo su potestad, existen diversas opiniones en cuanto obligar al hijo a estudiar o trabajar o lo que el mismo padre quisiera y juzgara más conveniente para el menor.

El menor que estaba sujeto a patria potestad no podía comparecer en juicio ni contraer obligación alguna, sin el consentimiento de quien ejercía la patria potestad. Con referencia a este precepto fundado en la incapacidad del menor de edad, el Licenciado Agustín Verdugo manifiesta que "había dos excepciones impuestas por el legislador, pero que si bien es cierto no se referían a la patria potestad sino a la tutela, se podían aplicar por analogía ambos casos y estas dos excepciones: cuando el hijo era perito en alguna profesión o arte, que se relacione con las obligaciones contraídas y cuando el mismo hijo haya procedido, ya presentando certificados falsos del Registro Civil para hacerse pasar por mayor de edad o manifestando por medio de engaños o artificios. " (16)

Los efectos de la patria potestad respecto de los bienes que están sujetos a ella nos encontramos que la persona que la ejerce es el representante legítimo de quienes están sujetos a la misma y por lo tanto tiene el derecho de administrar los bienes de éstos y el usufructo legal de dichos bienes en la forma y términos establecidos por la ley.

El legislador sigue los lineamientos del Código de 1870 respecto a la clasificación de los bienes de quienes están sujetos a la patria potestad, los dividió en :

I. Bienes que proceden de donación del padre.

II. Bienes que proceden de herencia o legado del padre (esta fracción no existía en el Código Civil de 1870).

III. Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre o abuelos, aun cuando aquella o alguno de estos esté ejerciendo la patria potestad.

IV.- Bienes que proceden de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre.

V.- Bienes debidos a don de la fortuna.

VI.- Bienes que el hijo adquiere por su trabajo honesto.

La administración que ejerce la persona que tiene la patria potestad sobre los bienes del menor comprendidos de la primera a la quinta clase de la clasificación anterior, obedece a la misma naturaleza de protección y supuesta incapacidad de los hijos, ya sea por falta de aptitudes o por inexperience de ellos, para poder manejar sus bienes con la capacidad necesaria que se necesita en los negocios, por lo cual se hace indispensable una persona que se encargue de ellos; y quien sino nadie más adecuado para esto que los padres o ascendientes, quienes por los lazos de sangre y afecto que los une, para el mejor manejo de los intereses de los descendientes.

Sin embargo, la regla anterior tiene una excepción y es cuando quien ejerce la patria potestad tiene la convicción de que el menor puede administrar sus bienes y por lo tanto le cede la administración de los mismos y los bienes de la sexta clase o sean aquellos bienes que el menor adquiere por su trabajo.

Lo anterior tiene sus limitaciones ya que la ley considera al hijo como emancipado respecto de dicha administración y las restricciones que pone al menor son las siguientes:

a) La imposibilidad de enajenar, grabar o hipotecar sus bienes sin autorización judicial.

b) Comparecer en juicio sin autorización del que ejerce la patria potestad.

Las reglas sobre la administración de quienes ejercen la patria potestad son distintas, a las de la administración ordinaria, las que aplican supletoriamente siempre y cuando no vaya en contra de aquella, es distinta, porque se le concede a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad independientemente de cualquier otra voluntad, y el administrador de los bienes del menor no se rigen por las reglas del mandato, porque no tiene que obedecer a éste, aunque sea el propietario de los bienes; el que ejercita este derecho no tiene la obligación de rendir cuentas a nadie, únicamente en el caso en que fueren menores administradores o sea que no tengan el usufructo de los bienes, ni otorgar pago para su manejo y en el caso que el padre tenga un interés o

puesta al de sus hijos menores, éstos serán representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez.

El padre no puede enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles en que, le corresponden el usufructo o la administración, sino por causas de absoluta necesidad o de evidente utilidad y previa autorización de la autoridad competente.

Con respecto al usufructo que tiene los que ejercen la patria potestad sobre los bienes de los menores que están sujetos a ella, en los bienes de la primera clasificación mencionada, es el padre la porción de frutos que el hijo vaya a recibir y si no lo hace se entenderá que recibe la mitad de ellos, en los bienes de la segunda, tercera y cuarta clase, pertenece a quien ejerce la patria potestad la mitad del usufructo de dichos bienes, pero éstos lo pueden ceder o renunciar a favor de los menores sujetos a ella.

El Código Civil de 1870 expresaba que el usufructo de los bienes del menor lleva aparejada la obligación de proporcionarle alimentos. A este respecto no estoy de acuerdo con ello, porque independientemente de que el padre tenga o no el usufructo de los bienes del menor, tiene la obligación de proporcionarle a la posibilidad del que debe darlos a la necesidad de quien los recibe.

La administración y usufructo de los bienes termina por:

- - Emancipación o al llegar a la mayoría de edad.
- - Los menores que están bajo la patria potestad.
- - La pérdida o la suspensión de la patria potestad de quien la ejerce y por renuncia.

Los primeros son consecuencia de terminación de la patria potestad y renuncia a la administración de los bienes, se le considera al menor emancipado con respecto a los bienes.

Siendo el principal objeto de este trabajo lo relacionado con la pérdida de la patria potestad y suspensión de la misma, desde ahora debo delimitar los conceptos de extinción, pérdida y suspensión.

Siguiendo las ideas de Ricardo Couto que dice: " La patria potestad se extingue o acaba, cuando de un modo definitivo deja de pertenecer a una persona si que ésta implique una extinción de aquel derecho más que con relación a la persona que lo ha perdido y se suspende cuando de una manera temporal es privado de su ejercicio aquél que lo tenía." (17)

El Código Civil de 1884, enuncia el capítulo como " De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad ", entendiéndolo así, puede considerarse incompleto puesto que en dicho capítulo también incluye los modos de perderse que es distinto y tiene diferentes causas a las de la extinción y suspensión de la misma.

(17) COUTO RICARDO.- op.cit.-pág.326.

Las causas de extinción de la patria potestad que anuncia la legislación civil de 1884 son:

- - La muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en que recaiga.

- - La emancipación y la mayoría de edad del hijo.

En el primer supuesto, se refiere a cuando muere la persona que ejerce la patria potestad y no existe ninguno de los padres ni ascendientes que conforme a la ley correspondiese el ejercicio de tal derecho, por lo que en este caso el menor al quedar sin representación procede nombrarle un tutor que lo represente y cuide de él.

La emancipación del hijo mayor de 18 años y mayor de 21 la hace quien ejerce la patria potestad, siempre que el menor consienta en que se le emancipe y con aprobación de un juez con conocimiento de causa y se hace con el carácter de irrevocable, igualmente se alcanza por el matrimonio del menor, aunque el matrimonio se termine después por muerte de alguno de los cónyuges y si el sobreviviente es menor de edad no recaerá nuevamente en la patria potestad.

Finalmente la mayoría de edad se alcanza al cumplirse 21 años de edad.

Al extinguirse la patria potestad terminan todos los derechos de quien la ejerce sobre la persona y bienes del menor, a excepción de las limitaciones que se imponen a los emancipados, con relación a las mujeres mayores de 21 años pero menores de 30, no pueden dejar la casa paterna sin consentimiento del padre o la madre en cuya compañía se

hallan, a no ser para contraer matrimonio o que su padre o su madre pasen a segundas nupcias.

Se pierde la patria potestad:

- - Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho.

- - En los casos que procediere como consecuencia del divorcio de los padres.

El Código Penal castigaba a quienes ejercían la patria potestad como independientemente de la sanción corporal con la pérdida de tal ejercicio a quien expusiera o abandonara a un menor, pero dicha pérdida era únicamente sobre el menor que fue expuesto al abandono.

Cuando el que ejercita la patria potestad era castigado por el delito de corrupción, perdía el derecho de la patria potestad sobre todo los descendientes y cuando el delito era el de lesiones se privaba únicamente del derecho de corrección sobre los menores.

Cuando el cónyuge culpable en los casos de divorcio pierde la patria potestad sobre sus hijos por dar origen a algunos de las cuasales del mismo y por lo tanto es castigado con la pérdida de tal ejercicio pero dejando subsistentes las obligaciones inherentes a ella, siendo las causales: la de adulterio ; la de dar la mujer a luz a un hijo durante el matrimonio y judicialmente sea declarado ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a la mujer, por incitar a su cónyuge a cometer un delito; por corromper a los hijos; por el abandono del hogar conyugal sin causa justa por más de

un año; por la negativa de suministrar alimentos si está obligado a ello; por tener vicios incorregibles como el juego o embriaguez.

La pérdida de tales derechos no es definitiva para el cónyuge culpable, porque vuelve a recobrarla al morir el cónyuge inocente, en los siguientes casos:

Cuando se concedió el divorcio por sevicia, amenazas o injurias graves; porque la causal del divorcio se fundó en la acusación falsa por un cónyuge contra el otro y cuando el divorcio se obtuvo por que el cónyuge culpable violó las capitulaciones matrimoniales.

Otras causas de la pérdida de la patria potestad eran, la desobediencia de la madre o abuela a oír el dictamen de consultores, en caso de que el padre por testamento haya impuesto esa obligación, la renuncia hecha por la madre, abuelos o abuelas, que son únicos que pueden renunciar al ejercicio de la patria potestad, pues el padre nunca puede hacerlo y porque la madre o abuela viuda viva en manebía o dé a luz a un hijo ilegítimo; cuando la madre o abuela contraigan segundas nupcias y en tal caso se le nombre al menor un tutor que nunca podrá ser el nuevo marido, pero si la madre o abuela enviudan, vuelven a recabar el ejercicio de la patria potestad.

La patria potestad se suspende cuando el que la ejerce es privado temporalmente de su ejercicio ya sea por incapacidad declarada judicialmente; por ausencia declarada en forma y por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Se le suspende del ejercicio de la patria potestad, al que pierda el uso de sus facultades mentales por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos y a los sordo-mudos que no sepan leer ni escribir; la incapacidad debe ser declarada judicialmente.

Se suspende la patria potestad cuando el juez ha declarado legalmente ausente a quien la ejerce, esto es, cuando han pasado cinco años desde el día que se ausentó sin dejar apoderado a pasados diez años si lo hizo, y se hayan hecho durante tres meses, con intervalos de quince días, las publicaciones de la demanda en la que se pide la declaración de ausencia.

Pasados seis meses desde la fecha de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente, el juez declara en forma la ausencia, y es hasta ese momento cuando se suspende la patria potestad.

Siendo lo anterior, en esencia los antecedentes más importantes de la patria potestad, dejo concluido el primer capítulo con estas notas.

CAPITULO II

CONCEPTO Y EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

2.1 CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

La patria potestad es una institución que continuamente está evolucionando por el transcurso del tiempo, influenciada por la civilización, de acuerdo con la época y nación en que nos situemos, ha ido desarrollándose en forma tal que ya en la actualidad no se conoce igual que en sus principios, o sea como un derecho concedido al padre en beneficio de éste, sino que ahora por el contrario, esta institución es en beneficio del hijo, pero con las variaciones de cada autor, y de acuerdo con la legislación vigente en su país.

En la antigua Roma no existió un concepto propiamente dicho de patria potestad, el Lic. Sabino Silva Ventura dice " La autoridad del pater familias se ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños arrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legítimos." (18)

Como podemos observar no era una institución del derecho de gentes, sino civil y no puede ejercerse más que por un civis romano sobre sus hijos también ciudadanos .

El carácter principal de la autoridad del padre eran los intereses familiares y no la protección del hijo, de esto se derivan las siguientes consecuencias :

a) No se modifica por el desarrollo de las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les puede dar libertad.

b) La autoridad la ejercía el padre de familia sin embargo, la autoridad siempre pertenecía al abuelo paterno .

c) La madre no puede tener la patria potestad .

Raúl García Lemus conceptúa a la Patria Potestas como: " Una institución del ius civitatis, era el poder que correspondía y ejercía el jefe de familia sobre todos sus ascendientes legítimos o legitimados, por vía de varones, e incluso sobre quienes ingresaban a la familia por adopción ." (19)

Afirma este autor que la Patria Potestas fue evolucionando y transformando sus características como institución jurídica y podemos notar las siguientes:

- 1.- Era una institución de derecho civil.
- 2.- Correspondía al ascendiente varón de mayor edad, éste ejercía la patria potestad sobre sus hijos, nietos, bisnietos, etc.

3.- La mujer en ningún caso podía ser titular de la patria potestad; ésta únicamente podía ejercitarse por los varones.

4.- Se decía que la patria potestad era perpetua, porque no terminaba por la mayoría de edad de las personas que estaban sometidas a ella.

5.- Era un poder que se ejercía por un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano.

6.- Era una potestad que otorgaba derechos a su titular sobre la persona y bienes de quienes estaba sujetos a ella.

El maestro Eugene Petit en su obra, señala que " confiere al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No es, como la autoridad del señor, una institución de derecho de gentes; es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano." (20)

Juan Beneyto Pérez dice que " la historia nos muestra un proceso de la patria potestad *poder* (derecho) a la patria potestad *función* (deber), y de la patria potestad como poder exclusivo del padre a la patria potestad como autoridad única del padre." (21)

En otra de sus obras el Maestro Juan Beneyto dice" que la patria potestad es poder sobre los hijos. Cuando éstos no son legítimos se consigue por la legitimación, que se arranca

(20) PETIT EUGENE.-op.cit.-pág.100.

(21) BENEYTO PEREZ JUAN.-op.cit.-pág.131.

de instituciones romanas *per rescriptum matrimonium*; que es el influjo eclesiástico hace que la forma más frecuente sea la del subsiguiente matrimonio". (22)

Nos muestra la historia de esta institución un proceso de debilitación y decadencia gradual del poder paterno, muy vigoroso originariamente. Ello tiene una explicación muy sencilla, en los pueblos primitivos, en que la familia era la única sociedad y la autoridad del padre era el que tenía la exclusiva autoridad, esta autoridad debía de ser fuerte y robusta.

En el Derecho medieval la iglesia y la evolución de la costumbres determinaron una modificación en la naturaleza de la patria potestad, que adquirió definitivamente un carácter temporal para el menor de edad.

La reacción contra el sistema romano llegó hasta el punto de que algunas legislaciones rechazaran rotundamente la patria potestad.

En los últimos siglos la patria potestad era una delicada función, no estaba abandonada al arbitrio y posibles abusos de los padres, en las legislaciones modernas someten a inspección el ejercicio de ésta al Estado, ejercida a veces por una autoridad especial pupilar. Los padres usaban los medios correctivos acostumbrados, no tenían mas facultad que dirigirse a los tribunales tutelares quienes tomaban las medidas disciplinarias adecuadas.

La patria potestad en el derecho francés ha acentuado el principio de la autoridad paterna en la familia legítima. En el Código Civil de 1804 otorga al padre el ejercicio de la patria potestad, y que este poder se extingua cuando el hijo cumpliera la mayoría de edad.

En el Código Civil Italiano organiza la patria potestad sobre la base de reconocer la autoridad paterna y materna en el seno de la familia, pero sometiendo el ejercicio de esta función a la vigilancia y control de la autoridades judiciales, particularmente a los jueces tutelares.

En el Código Civil Portugués, la patria potestad se recibe de un poder paterno derivado de la filiación y es ejercicio tanto en lo que se refiere a los hijos nacidos dentro del matrimonio como a los hijos extramatrimoniales, proclama que corresponde a ambos padres la guarda y dirección de los hijos menores no emancipados, con la finalidad de protegerlos, educarlos y alimentarlos.

En el Código Civil de 1928 de México, en cuanto al ejercicio de la patria potestad se confiere a ambos progenitores, en nuestra ley no establece una división de poderes y facultades que deben ejercer por separado cada uno de los progenitores, si no que las cargas, los deberes y las facultades que imponga la patria potestad deben ser cumplidos conjuntamente por el padre y la madre, siempre mirando por la educación y formación del hijo.

Nuestro Código Civil establece deberes (no derechos) relativos a la guardia y dirección de los hijos (alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos). Únicamente señala como derecho el de corregirlos y castigarlos moderadamente.

Establece que el ejercicio de la patria potestad, compete conjuntamente al padre y a la madre en primer lugar; a falta de ambos la patria potestad será ejercida por el abuelo y abuela paternos o abuelo y abuela materna, según lo determine el juez.

Como hemos estudiado la patria potestad ha sufrido una serie de evoluciones, ya que en un principio dicha figura la ejercitaba únicamente el padre y con el transcurso del tiempo y ya en Código Civil Italiano como en el Portugués y más adelante en nuestro Código de 1928, la patria potestad la ejerce el padre como la madre conjuntamente teniendo los mismos derechos y obligaciones sobre sus menores hijos.

Al respecto Marcelo Planiol y Jorge Ripert dicen " la patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre su persona y bienes de sus hijos para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales." (23)

Rafael Rojina Villegas dice " que en la patria potestad los padres ejercen el mayor tipo de interferencia respectivamente sobre la persona, la conducta, la actividad jurídica y el patrimonio de sus hijos y este dura sólo el tiempo de la minoridad de los menores." (24)

Recordemos la palabras de los Licenciados Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro donde conceptúan a la patria potestad como " conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y representen a sus hijos desde su nacimiento hasta su mayoría de edad o la emancipación así como para que administren sus bienes en tal periodo." (25)

Las definiciones dadas por los anteriores autores están elaboradas de acuerdo a que los padres son las únicas personas facultadas para ejercer tales derechos, sin embargo se les puede criticar porque afirman categóricamente que la patria potestad únicamente se ejerce por el padre y la madre, no haciendo alusión alguna a los ascendientes, personas también facultadas por nuestra ley para ejercer en suplencia de los padres.-

Lo que se puede aceptar de las definiciones anteriores es que ya se faculta para el ejercicio de la patria potestad tanto al padre y la madre y no excluyéndose a ésta última como antiguamente se hacía.

(24) ROJINA VILLEGAS RAFAEL.-Derecho Civil Mexicano.-Tomo II.-Editorial Porrúa.-México.-1975.-pág.73.

(25) EDGAR BAQUETRO ROJAS Y ROSALIA BUENROSTRO BAEZ.Derecho de familia y Sucesiones.-Colección Textos Jurídicos Universitarios.-Editorial Harla.-México 1990.-pág.227.

También es de aceptarse que la institución no se considera como un poder absoluto en beneficio del padre, sino que lleva consigo derechos y obligaciones a cargo de quienes la ejercen, presentando por ello un aspecto de relaciones jurídica bilaterales y principalmente en beneficio de los menores sujetos a ella.

Critico las definiciones anteriores a las que hecho alusión, por utilizar las palabras patria potestad, por significar ésta que el padre es la única persona facultada para poder ejercerla. De lo anterior no me parece muy acertado porque si bien es cierto, que etimológicamente patria potestad significa poder que tiene el padre sobre los hijos, es decir que se están limitando las facultades únicamente al padre, no deja tampoco de ser cierto que si se usare la frase " autoridad de los padres " se ésta excluyendo a los ascendientes que conforme a nuestro derecho también puede ejercer los derechos que le concede la patria potestad.

De lo anterior se desprende que la patria potestad se confiere a los padres y abuelos paterno o maternos por estar investidos de tal calidad y en virtud de tener demasiadas obligaciones que cumplir con los menores y se otorga el ejercicio de éste derecho para facilitar el cumplimiento de sus deberes.

Las definiciones que los autores han vertido sobre la materia en el derecho moderno y que se pueden considerar importantes por la evolución que ha tenido la patria potestad.

Mencionaré al Maestro Ignacio Galindo Garfias que define a la patria potestad como " una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)." (26)

Por otro lado el Diccionario Jurídico de Rafael De Pina conceptúa a esta Institución " Como conjunto de las facultades que suponen también deberse conferidas a quienes las ejercen padres, abuelos, adoptantes, según los casos destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes." (27)

La Licenciada Sara Motero define a la patria potestad como " 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." (28)

- - - - -
(26) GALINDO GARFIAS IGNACIO.-op.cit.-pág.669.

(27) DE PINA RAFAEL Y DE PINA VARA RAFAEL.-Diccionario de Derecho.-Decimasexta Edición.-Editorial Porrúa.-México 1989.-pág.381.

(28) MONTERO DUHALT SARA.-Derecho de Familia.-Cuarta Edición.-Editorial Porrúa.-México 1990.-pág.319.

Antonio de Ibarrola dice " la patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos juridicos que señala la ley, de administrar sus bienes y de proporcionarles alimentos." (29)

Las anteriores definiciones son más acertadas, al enunciar que la patria potestad la ejerce tanto los progenitores y en su caso los ascendientes, también se hace referencia a que las personas que la ejercen lo hacen tanto sobre la persona del menor como en sus bienes.

Nuestro Derecho no cuenta con ninguna Ley, Código o Artículo que diga específicamente que debe entenderse por patria potestad.

El Artículo 411 del Código Civil vigente: " Los hijos, cualesquiera sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes."

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."

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..... "

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

En cuanto a una definición adecuada a nuestro régimen legal me permito a poner a consideración la cual enseguida expondré, no pretendiendo que sea aceptada en su totalidad, porque puedo estar equivocada.

La patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones legalmente reconocidos, otorgados al padre y a la madre; posteriormente en su caso, a los ascendientes respecto a los hijos menores nacidos de matrimonio o fuera de él pero reconocidos, sobre los adoptivos, no emancipados, tanto en su persona como en su patrimonio.

Se dijo: conjunto de derechos y obligaciones legalmente reconocidos, porque esta institución ya no está establecida en beneficio exclusivo de quien la ejerce, sino que trae consigo obligaciones que deben cumplirse.

Se afirmó que: en un principio el padre y la madre, porque siendo ellos las personas más adecuadas para vigilar y velar por el bienestar de sus hijos, son lo indicados para ejercitar con mayor diligencia sus obligaciones y derechos.

Se anunció: posteriormente y en su caso a los ascendientes, porque una vez que faltan los padres o estén impedidos legalmente para ejercer la patria potestad, entrarán en ejercicio de la misma los ascendientes.

Se dice: y en su caso, en lo relativo a los hijos adoptivos, por artículo expreso del Código Civil, sólo ejercerá la patria potestad, la persona o personas que adopten al menor.-

2.2. QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD

En esta parte de mi capítulo estudiaré, que personas están facultadas para ejercer la patria potestad. Pero para comprender bien el siguiente problema, creo que es necesario dar contestación a la siguiente pregunta ¿ Quiénes están sujetos a la patria potestad ?.

Para contestar la pregunta anterior debo hacer referencia a varios artículos de nuestra legislación civil en vigor; artículo 412 nos dice: " Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforma a la ley."

Dicho artículo de referencia se establece que todos los hijos menores de edad no emancipados, que tengan algún ascendiente, es éste quien ejercerá la patria potestad.

El artículo anterior no hace distinción alguna sobre las diversas clases de hijos, sino que los agrupa a todos en general, por lo que los hijos incestuosos o adulterinos pueden ser objetos de la patria potestad ya que al ser reconocidos por algunos de sus padres o ambos son estos

quienes la ejercen; y la ley los agrupa en hijos nacidos fuera del matrimonio tal y como lo establece el artículo 62, 64, 360 del código civil:

Artículo 62." Si el hijo fuere adulterino, podrá asentarse el nombre del padre, casado o soltero, si lo pidiere; pero no podrá asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su marido a no ser que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que declare que no es hijo suyo."

Artículo 64." Podrá reconocerse al hijo incestuoso los progenitores que lo reconozcan tienen derecho de que conste su nombre en el acta pero en ella no se expresará que el hijo es incestuoso."

Artículo 360." La filiación de los hijos fuera del matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad."

Respecto a la edad de los hijos que se encuentran sujetos a la patria potestad, se establece que será menor de edad toda persona que no haya cumplido los dieciocho años, tal y como lo señala el artículo 646 del código civil que nos dice textualmente:

Artículo 446." La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos."

También son sujetos a la patria potestad los menores que hayan sido legalmente adoptados, y quienes adquieren derechos y obligaciones que corresponden a los hijos tal y como lo establecen los artículos 395 y 396 del código civil.

Artículo 395." El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de los hijos."

El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción.

Artículo 396." El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo."

El principal fundamento de que los hijos menores de edad se encuentren bajo la patria potestad, estriba en la incapacidad que tienen para gobernarse a sí mismos y administrar sus bienes durante sus primeros años de vida.

Una vez contestada la interrogante planteada, pasará al estudio de las personas facultadas para ejercer la patria potestad.

En el Derecho antiguo la patria potestad como lo estudiamos en el capítulo anterior solo le confería al pater familia derechos absolutos y estrictos sobre la persona y bienes de sus hijos, similares a los que se ejercían con los esclavos, ya que ambos estaban bajo su dominio.

Podían imponerles castigos corporales, darles muerte, abandonarlos, venderlos y para casarse tenía que dar su consentimiento el pater familia, el cual podía romper el matrimonio de su hijo mediante el divorcio.

En el Derecho Clásico se limitó los derechos y poderes del pater familia tanto sobre la persona como sobre los bienes del hijo.

-- Se suprimió el derecho de vida y muerte sobre los hijos.

-- Se limitó el derecho del pater familia a romper el matrimonio de sus hijos mediante el divorcio.

-- Se limitó al pater familia a vender a sus hijos

-- Se prohibió al pater familia a abandonar a sus hijos.

-- Se facultó al hijo a reclamarle alimentos al pater familia.

-- Se le reconoció el derecho al hijo de quejarse judicialmente en contra del pater familia.

Resumiendo, en el Antiguo Derecho Romano, la única persona que ejercía la patria potestad era el pater familia sobre todos sus descendientes, y la mujer romana estaba marginada para tal derecho.

En el antiguo Derecho Francés la patria potestad corresponde únicamente al padre y se extinguía a la mayoría de edad, posteriormente se le concedía a la madre también este derecho, sin embargo únicamente el padre la podía ejercer esta autoridad mientras perdurase el matrimonio.

En el Derecho Italiano, la patria potestad se basa en reconocer la autoridad del padre y de la madre en el seno familiar.

En la legislación Española, se le concede en primer término el ejercicio de la patria potestad al padre y al efecto a la madre, José Castán Tobeñas nos dice " la patria potestad pertenece al padre y en su defecto a la madre sobre los hijos legítimos no emancipados; la madre no queda completamente excluida de tal ejercicio mientras viva el padre, porque ella tiene dentro del hogar el derecho de corrección, castigo y alimentación sobre sus hijos y el padre tenía preferencia en relación con la representación legal del menor." (30)

El Código Civil Español nos dice que el hecho de que conceda a la madre subsidiariamente la patria potestad comprende no solamente el caso de muerte del padre, sino también en los casos de ausencia, interdicción civil o por incapacidad.

En el Derecho Alemán, se ha ido imponiendo poco a poco la potestad de la madre ya que ésta, entra en el ejercicio de la patria potestad cuando el padre muere, haya sido declarado la muerte o se prive de la patria potestad; en los casos anteriores, la madre entrará por sí sola a ejercer la patria potestad, excluyendo por completo el nombramiento de tutor

para el menor, como lo establecía antiguamente el derecho común alemán, tomando en consideración que a la madre se le llamaba en primer término para el ejercicio de la tutela, por lo que esta legislación ha reemplazado la llamada potestad del padre por la potestad de los padres. " Si el padre vive queda en segundo término la potestad de la madre; se limita al cuidado de la persona del hijo, por tratarse de una simple potestad accesoria. Solamente cuando el padre está impedido en el ejercicio de la potestad, se refuerza la potestad de la madre y se convierte en potestad sustantiva. En caso de discrepancias de opinión entre los padres prevalecerá la del padre." (31)

Una vez examinado en grandes rasgos a quienes compete el ejercicio de la patria potestad en diversas legislaciones, pasará a ocuparme de este problema en nuestro derecho civil vigente.

Primeramente, debemos recordar que el Código Civil de 1884 pone fin a las posibles confusiones que podían suscitarse, como en otras legislaciones, respecto a quienes corresponde el ejercicio de la patria potestad al enumerar que la ejercen:

El padre, la madre, el abuelo paterno, la abuela paterna, el abuelo materno y la abuela materna.

Y que sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferente entrará en el ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido.

Al respecto comenta Edgar Baqueiro Rojas " Se ha seguido el sistema de prolongar la patria potestad a los abuelos, a diferencia del código actual en el que el padre y la madre conjuntamente la ejercen respecto de sus hijos y el abuelo y la abuela respecto a sus nietos, el orden de su ejercicio era dando prioridad a los varones, esto es, solo la madre podía ejercerla cuando faltare el padre y la abuela cuando faltaran los dos abuelos." (32)

Nuestra legislación vigente ha evolucionado considerablemente con respecto a los anteriores y en comparación a las legislaciones de otros países, porque ya otorga el ejercicio de la patria potestad conjuntamente a los padres o a los abuelos, desapareciendo en parte la idea de primacía del hombre en relación con la mujer.

Como lo podemos ver en el artículo 414 :

Artículo 414.- La patria potestad sobre los hijos del matrimonio se ejerce:

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

Al respecto Ignacio Galindo Garfias dice " la patria potestad tiene su origen en la paternidad y maternidad. A los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes y ejercicio de la función de la patria potestad." (33)

El maestro Rafael Rojina Villegas afirma: " Que la patria potestad, los padres o abuelos ejercen el mayor tipo de interferencia respectivamente sobre la persona, la conducta, la actividad jurídica y el patrimonio de sus hijos o nietos menores de edad." (34) (SIC)

Ahora bien nuestra legislación indica a quien corresponde la patria potestad cuando los padres hayan muerto como nos indica el artículo 420 del código civil:

Artículo 420. " Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quien corresponde ejercer la patria potestad la que quede continuará en el ejercicio de este derecho."

Por lo que respecta a la redacción y sentido del artículo 414 y de los autores antes mencionados, no estoy muy de acuerdo con ellos, pues si el sentido de todo Código Civil

(33) GALINDO GARFIAS IGNACIO.-op.cit.-pág.374.

(34) ROJINA VILLEGAS RAFAEL.-op.cit.-pág.73 y 75.

es equiparar tanto al hombre como a la mujer y por lo mismo le da prioridad a la familia del varón y no hay razón de ello que ha alcanzado la igualdad jurídica del hombre y de la mujer.

Por lo anterior, dicho artículo estaría mejor redactado si se reformase suprimiendo la fracción III y quedando la fracción II en los siguientes términos: Por los abuelos paternos o maternos, prefiriendo de entre ellos a los que brinden mejores condiciones de vida al menor y, en caso de no ponerse de acuerdo, el Juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a los ascendientes interesados y al Ministerio Público resolverá lo que creyese más conveniente para los intereses del menor.

Por lo que se refiere a los hijos fuera del matrimonio, pero reconocido por sus progenitores y si éstos viven juntos, ejercitarán la custodia ambos; pero si los padres viven separados y el hijo fuera reconocido en el mismo acto, convendrán cual de ellos ejercerá sobre el menor la custodia y si no se ponen de acuerdo, el Juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, decidirá lo que creyese más conveniente a los intereses del menor. Artículo 380 del Código Civil.

Si el hijo nacido fuera de matrimonio es reconocido sucesivamente por sus padres y no viven éstos juntos, ejercerá la custodia el que primero lo haya reconocido, salvo convenio de los padres en contrario y siempre que el Juez de Primera Instancia no creyese necesario modificarlo

por causas graves, lo que resolverá con audiencia de los interesados y del Ministerio Público. Cuando por cualquier circunstancia el progenitor que ejerce la custodia en los dos casos anteriores dejase de hacerlo entrará a ejercerla el otro. Artículo 381 del Código Civil.

En los artículos anteriores se indica sobre quien recaerá la custodia de los menores hijos nacidos fuera del matrimonio, sobre entendiéndose que ambos padres ejercerán la patria potestad, ya que esta es irrenunciable, y sólo se excusarán en los casos señalados del artículo 448 del Código Civil.

Por lo que hace al ejercicio de la patria potestad sobre el hijo adoptivo, el Artículo 419 nos dice: " La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerá únicamente las personas que lo adopten."

En este punto la legislación tiene lagunas, por estar limitando el ejercicio de la patria potestad a las personas que adopten al menor y no regula el supuesto de que si la persona o personas que ejercen este derecho, se mueren, se les prive o suspenda el ejercicio de la patria potestad o estén impedidos para seguir ejercitándolo. En este caso ¿ quién será la persona que le suceda en el ejercicio de la patria potestad.?

A este respecto me permito proponer un segundo párrafo que se adicionara al artículo anterior para que quedare en los siguientes términos:

La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten y solamente por falta o impedimento de los adoptantes, entrarán al ejercicio de la patria potestad los padres naturales que hayan transferido dicho ejercicio conforme al artículo 403 del Código Civil y a falta de éstos las personas a que se refiere la fracción II del artículo 414 y si no lo hubiese se le nombrará tutor.

Habiendo dado una definición de patria potestad y dejando asentado qué personas la ejercen, pasará a ocuparme de los derechos y obligaciones de quienes ejercen la patria potestad.

2.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD

En este punto analizaré primeramente los derechos de que gozan quienes ejercen la patria potestad y las obligaciones que se les imponen en relación con la persona del menor " los hijos están obligados a obedecer a sus padres mientras permanezcan en su potestad y a tributarles respeto y reverencia siempre." (35)

En efecto, el primer Artículo del capítulo de la patria potestad, en el Código civil nos dice : " Los hijos cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes."

(35) CASTAN TOBEÑAS JOSE.-op.cit.-pág.42.

Lo expresado por el artículo anterior, evidentemente no es una obligación a cargo de las personas que ejercen la patria potestad, sino por el contrario, dicha obligación de respetar y honrar a los padres y ascendientes es a cargo de los hijos y que no se extingue aún cuando ya no se ejerza sobre ellos la patria potestad, ni tampoco cuando los ascendientes nunca hayan desempeñado tal ejercicio.

Esta disposición establece una obligación jurídica aunque por su esencia es eminentemente moral, algunos juristas están de acuerdo, por que dicen que es una norma de derecho natural, moral.

Por lo anterior estoy totalmente de acuerdo, porque si bien es cierto que el fondo de dicho artículo es de carácter ético, es igualmente cierto que el derecho ordena a los hijos que con sus actos exteriores a los sentimientos de honra y respeto que deben a los autores de sus días y a sus ascendientes, por que con esto se da margen para poder impedir y reprimir los abusos y faltas de los hijos para con sus ascendientes. Ante tales consecuencias se ve el porqué el derecho penal castiga con más severidad al delito de parricidio que el de homicidio, puesto que no sólo se privó de la vida a un semejante sino también violó los principios del derecho natural de respeto y honra que deben los hijos a sus ascendientes.

Por lo que respecta a los derechos que otorga el ejercicio de la patria potestad a los ascendientes, encontramos en primer lugar el de guarda, que consiste en la facultad que tienen las personas que la ejercen de cuidar y proteger los actos del menor, imponiendo correlativamente la obligación a los hijos sujetos a ella, a obedecer y permanecer en la casa de quien ejerce tal autoridad concedida, que es lo consagrado en el artículo 421 del Código Civil que dice : " 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 " .

El anterior principio tiene dos excepciones que consagra el mismo artículo 421 a saber:

I. Con permiso del padre : este caso se presenta cuando por razones de estudio, trabajo, enfermedad etc., el hijo se ve en la necesidad de dejar la casa paterna que conforme a la ley es su domicilio legal.

II. Con permiso de la autoridad competente: esto es cuando la autoridad teme fundadamente está en peligro la seguridad o moralidad del menor, ya sea porque recibe éste malos tratos o pésimos ejemplos. Igualmente se presenta este supuesto, cuando el que ejerce la patria potestad retiene al menor empiéndole injustamente dedicarse a una profesión, trabajo, oficio honesto. Los padres o ascendientes necesitan de este derecho de guarda, para poder cumplir satisfactoriamente sus deberes de educación y corrección sobre los hijos.

¿ Por el hecho que la autoridad competente autorice al hijo abandonar el domicilio de sus padres o ascendientes, ya sea porque recibe malos tratos y ejemplos, ponen en la imposibilidad de éstos de educar convenientemente al menor ?.

No porque el padre que maltrata a sus hijos sin limitación, puede por ese hecho perder el ejercicio de la patria potestad y la institución, como ya se dijo está establecida en beneficio de los menores, la autoridad puede intervenir para proteger al hijo en su persona y sus bienes, mientras que los Tribunales Civiles declaran la pérdida de la patria potestad de quienes la ejercen.

El precepto a que me he referido ha querido dar apoyo a la autoridad paterna, pero no por eso se va a convertir ese poder en una odiosa tiranía, ya que si la patria potestad se ejerce tanto en la casa paterna como fuera de ella, no por un egoísmo o un cariño mal entendido se le va a causar al menor algún perjuicio.

Los hijos que sin permiso de la persona o personas que ejercen la patria potestad o sin autorización judicial, abandonen su domicilio, quienes ejercen la patria potestad pueden dirigirse a la autoridad para hacerlos volver al hogar y aún en caso necesario utilizar la fuerza pública.

No se niega que el padre está ejercitando un derecho de carácter esencialmente civil, pero debe solicitar la intervención de una autoridad competente para obligar al hijo a volver al hogar paternal. No por eso se piense que el hijo con el simple hecho de haber abandonado su domicilio a

cometido algún delito, sino que el Ministerio Público al buscar al menor que ha abandonado su casa, no trata de aprehenderlo, es decir, privarlo de su libertad encerrándolo en una casa de corrección y someterlo a vejaciones por parte de alguna autoridad, sino por lo contrario, obliga al hijo a obedecer a sus padres medida de corrección, pero nunca privándolo de la libertad.

Como ya hemos visto anteriormente la guarda está regulada en casi todas las legislaciones, por ejemplo en Francia únicamente puede abandonar el domicilio de sus padres con autorización de ellos o por alistarse voluntariamente al ejército habiendo cumplido 18 años.

En España encontramos igual sistema al nuestro pero a diferencia del derecho Francés, no se autoriza que el hijo pueda abandonar el hogar paterno por alistamiento voluntario en el ejército .

En la legislación alemana se conoce como derecho y obligación de vigilancia la que ejerce el padre a fin de evitar que el menor corra algún peligro y cometa algo ilícito que cause daño a terceros, porque en última instancia puede hacerse responsable al padre ante los demás de los actos ilícitos que comete el hijo." (36)

En nuestro derecho no se hace ninguna mención sobre si el hijo puede o no abandonar el domicilio paternal para alistarse en el ejército.

Rosalía Buenrostro y Edgar Baqueiro conceptúan la guarda: " cuando el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor ." (37)

" De todo lo anterior se desprende que los padres tienen una dirección general sobre la persona del hijo, quien queda obligado a vivir con ellos; si se escapa se le hará regresar, a su domicilio legal." (38)

Una de las obligaciones que impone el Código Civil a quienes ejercen la patria potestad en su artículo 422, es la de educar al hijo convenientemente y dice: " A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente ..."

El deber de educación se puede dividir en dos aspectos.

El primero contendría los principios de buena crianza, de moralidad o urbanidad que indiscutiblemente deben tener todos los menores para ser personas honestas y útiles a la sociedad.

El segundo aspecto abarcaría la instrucción, comprendiendo ésta la enseñanza primaria y secundaria indispensable en nuestra época y obligatoria para todas las gentes, prolongándose hasta proporcionar al menor un oficio u

(37) BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA.-
op.cit.-pág.230.

(38) DE IBARROLA ANTONIO.-op.cit.-pág.447.

ocupación, estimularle en algún arte o carrera, según las posibilidades de los padres y aptitudes del menor. " El deber de educación es parte de los alimentos, se determina que la educación mínima debe ser la primaria y la preparación para que el menor pueda tener un medio de trabajo para bastarse a sí mismo. " (39)

A diferencia de lo anotado en el capítulo primero de esta tesis, respecto a la educación de los menores, ya en nuestra época será el menor de acuerdo con sus aptitudes el que puede elegir qué carrera, arte u oficio seguirá y no el que ejerce la patria potestad.

La obligación de proporcionar una educación primaria y secundaria se encuentra consignada en la Constitución en su Artículo 3ro. que dice: " Todo individuo tienen derecho a recibir educación, el Estado - Federación, estados y municipios - impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación primaria y la secundaria son obligatorias ".

También establece el Artículo 308 del Código Civil que: " Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. respecto de los menores, los alimentos comprenden, además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y educados a su sexo y circunstancias personales ".

(39) MONTERO DUHALT SARA.-op.cit.-pág.347.

La obligación de dar alimentos a quienes están sujetos a la patria potestad no nace a consecuencia de la institución a que me estoy refiriendo sino que dicha obligación tiene su fuente en el parentesco y que aún personas que no ejercen la patria potestad están obligados a darlos.

Lo anterior se desprende de los artículos 303 que dice: " Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado, y el

Artículo 307. " El adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos en los casos en que la tienen el padre y los hijos."

Cuando llegue al conocimiento de una persona que un menor no recibe la educación conveniente por quienes ejercen la patria potestad debe darse aviso de inmediato a los Consejos Locales de Tutela a fin de que éstos avisen al Ministerio Público para que promueva lo que estime pertinente ante el Juez de Primera Instancia del lugar, a fin de que el menor reciba la educación correspondiente. Lo anterior se desprende del párrafo segundo del artículo 422 del Código civil.

Por lo que hace al deber de educación debemos resaltar la importancia tan extraordinaria de este problema, porque la sociedad está vivamente interesada en los padres, en los hijos y en general sobre las personas que ejercen la autoridad de que están investidos por la patria potestad,

para que impartan toda clase de consejos y de ayuda moral a los menores, para mantener el equilibrio y bienestar de la familia que es donde está el cimiento de la sociedad y del Estado, ya que vivimos en una época en extremo materialista en la que los valores morales al parecer han sido relegados a un segundo término.

Nuestra legislación no establece en que forma debe llevarse a cabo esa educación, pero se entiende que debe ser de acuerdo con lo principios morales, conforme a las buenas costumbres y grado de civilización del pueblo y será el juzgador cuando conozca el caso particular, el que decida si las personas han o no cumplido debidamente con la obligación de educar a los menores.

En el derecho romano no se estableció ninguna obligación a quienes ejercían la autoridad paterna, para educar a las personas que están bajo su cuidado, y sólo se empezó a reglamentar en la época actual mas o menos en todas las legislaciones.

" En cuanto al deber de dar instrucción a los hijos, está en parte sancionado por las prescripciones de la ley de Instrucción Pública de 1857, que declaran obligatoria la enseñanza elemental y hacen responsable a los padres del cumplimiento de esta obligación. " (40)

En Francia por ejemplo los padres de familia deben dirigir la educación del hijo, de normar su conducta, su carácter y sus ideas.

En España el deber de educación es igual que en Francia siendo imperativa la educación primaria y posteriormente de acuerdo con la posibilidad económica de los padres.

Otra de las facultades que el Código Civil reconoce a favor de quienes ejercen la patria potestad, es la corregir y castigar prudencialmente a los menores que se encuentren bajo su cuidado.

Artículo 423.- " Para lo efectos del artículo anterior los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo ".

Esta facultad concedida por la ley no debe tomarse únicamente como tal, sino que es igualmente una obligación impuesta a quienes ejercen la patria potestad, ya que el poder de corrección a que se refiere nuestra legislación se hace con el propósito de que se pueda cumplir eficazmente la obligación de educar a los menores convenientemente y para hacerlos acatar las determinaciones y mandatos de sus ascendientes que están en ejercicio de este derecho.

El derecho de corrección en ejercicio de la patria potestad no es ilimitado ya que el Estado, por medio del Código Penal, castigan a quienes se exceda en el ejercicio de este derecho, lo anterior se desprende de los lineamientos seguidos por dicho código.

Artículo 295 del Código Penal.- " Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos".

Al respecto la Licenciada Sara Montero expresa:

" Anteriormente el artículo 423 señalaba: *Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente*; suprimida la facultad de castigar que otorgaba anteriormente el Código Civil en el ejercicio de la patria potestad las lesiones que los padres o abuelos infieran a sus hijos o nietos ya no correspondrán al ejercicio de un derecho." (41)

En el segundo párrafo del artículo 423 nos expresa:

" Las autoridades en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente " .

Nuestra legislación no dice qué clase de amonestaciones y correctivos aplicará la autoridad que concurra en auxilio del que ejerce la patria potestad, sino que se limita únicamente a enunciar, que serán los necesarios para dar apoyo suficiente a quienes ejercen la patria potestad.

A este respecto se puede concluir que la autoridad únicamente podrá amonestar y ayudar en ciertos casos a la internación del menor en el consejo tutelar, siempre a petición de quien ejerce la autoridad paterna.

Tal ayuda para la internación en un centro de orientación y educación del menor, no debe tomarse como un encarcelamiento o detención como en otras legislaciones.

" Los padres o abuelos podrán pedir el auxilio de las autoridades para que les presten su apoyo en el ejercicio de educar y corregir, a través de las amonestaciones y correctivos necesarios." (42)

Con lo anterior doy por terminada mi investigación respecto a los derechos y obligaciones de quien ejerce la patria potestad.

2.4 EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN HIJO DE MATRIMONIO Y ADOPTIVOS A) MATRIMONIO

Se llama *justae nuptiae* o *justum matrimonium* al matrimonio legítimo, conforme al Derecho Civil Romano.

EL Licenciado Sabino Ventura da una definición sobre el matrimonio: " El matrimonio es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer." (43)

- - - - -
(42) VENTURA SILVA SABINO.-op.cit.-pág.99
(43) IDEM.-pág.100,101

En la sociedad romana, el interés político y religioso hacían necesaria la continuación de cada familia por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe, de aquí la importancia del matrimonio, cuyo fin era la procreación de los hijos.

La mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido, que tenía autoridad sobre ella, como un padre sobre su hijo y se hacía además propietaria de todos sus bienes.

Los requisitos para contraer matrimonio eran:

I. PUBERTAD: Era la edad necesaria que se requería para llegar al objeto del matrimonio, que es la procreación de los hijos; se fijó que la mujer debería de tener 12 años y al hombre su padre le realizaba un examen de su cuerpo y le reconocía las señales de pubertad.

II. CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRAYENTES: Estos deben casarse libremente.

III. CONSENTIMIENTO DEL JEFE DE FAMILIA: Los sui iuris podían casarse libremente. En cambio los hijos bajo la autoridad del pater familia necesitaban su consentimiento, ya que su autorización era necesaria fuere cual fuere la edad del descendiente; en el caso de los nietos debía de contar con el consentimiento de su padre como el del pater familias, porque los hijos que hubieren de nacer de su matrimonio se encontrarían, algún día, bajo su potestad.

IV. CONNUBIUM: Era la capacidad legal para contraer matrimonio; para que disfrutaran de este derecho se requería que fueran personas libres.

Uno de los efectos del matrimonio con respecto a los cónyuges era la de los hijos; y sólo me referiré a ellos, porque es el objeto de este trabajo.

Los hijos legítimos caían en la autoridad del padre o del abuelo paterno, si el padre era *alieni iuris*; integraban la familia civil del padre, llevaban su nombre, y participaban de su condición social, en cambio entre los hijos y la madre sólo existían lazos de parentesco natural.
(44)

La concepción del matrimonio como un acto civil, regulado exclusivamente por la leyes seculares, fué ya preparada por la reforma protestante al negar al matrimonio su cualidad de sacramento.

En 1580 se introdujo por vez primera al matrimonio civil en Holanda, al obligarse a todos los católicos y a los que no profesaran la religión calvinista, a celebrar el matrimonio, en presencia del ministro calvinista o ante el oficial civil.

El ejemplo de Holanda fué seguido por Inglaterra, que en 1652 promulgó una ley de matrimonio civil obligatorio, que estuvo en vigor hasta la vuelta de los Estuardos, en 1660.

Más tarde, la tendencia secularizadora de la Revolución francesa facilitó la difusión del matrimonio civil. La Constitución francesa de 1791 estableció que la ley no consideraba al matrimonio más que como un contrato civil.

En las legislaciones contemporáneas se observan las siguientes direcciones:

a) La de las leyes que no conceden valor más que al matrimonio civil. (sistema del matrimonio civil obligatorio).

b) La de aquellas otras que dejan al ciudadano derecho de elección entre el matrimonio religioso o civil (sistema de libre elección o del matrimonio civil facultativo).

c) La de las legislaciones que reconocen el matrimonio religioso como forma ordinaria, admitiendo de modo excepcional la forma civil para los que no profesen la religión dominante o las reconocidas (sistema del matrimonio civil subsidiario)

d) La de las leyes que no reconocen el matrimonio civil y en que la unión conyugal no puede celebrarse más que según las reglas de la confesión a que pertenecen los contrayentes (sistema del matrimonio religioso).

En nuestra patria, la ley de 18 de junio de 1870 estableció el matrimonio civil como forma obligatoria para todos los españoles.

En México, al artículo 130 de la Constitución de 1917 ha declarado que el matrimonio es con contrato civil y, por lo tanto, se regula exclusivamente por las leyes del Estado sin que tengan ingerencia alguna los preceptos del derecho canónico. Sin embargo, debe reconocerse que para la debida interpretación de las normas que regulan los impedimentos, así como las sanciones de nulidad, es necesario tomar en

cuenta los antecedentes canónicos. Desde nuestro Códigos Civiles de 1870 y 1884 el matrimonio a quedado totalmente reglamentado por la ley civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Oficial del Registro Civil competente, como en lo que atañe a la materia de impedimentos, a los casos de nulidad y a los efectos de la institución.

La importancia del matrimonio en Derecho mexicano es porque constituye la base fundamental de todo el derecho de familia, ya que el concepto de familia reposa en el matrimonio.

Del matrimonio se derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden sugerir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera.

La unión del hombre y de la mujer sin matrimonio es reprobable por el derecho y degradada a concubinato, aún cuando en la actualidad, por desgracia éste último está desplazado de hecho al primero.

Como vemos el matrimonio es la base fundamental de la familia y al respecto el Licenciado Ibarrola dice: " El matrimonio es un instituto jurídico, pero acaso de mayor importancia para todas las demás instituciones del derecho privado, porque forma o constituye el fundamento de la sociedad, y representa a su vez la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el derecho." (45)

(45) DE IBARROLA ANTONIO.-op.cit.-pág.149.

Otra opinión respecto al matrimonio Edgar Baqueiro comenta: " El matrimonio es definido como la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer que unen en vínculo insoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." (46)

José Castan Tobeñas expresa: " Es el contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente y varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos ." (47)

A mi manera de pensar siento que el matrimonio es la base de la familia y esta a su vez la célula de la sociedad, con el fin de crear derechos y obligaciones, tanto para los cónyuges como para los hijos procreados de esta unión, derivándose de ésta relaciones jurídicas de paternidad, maternidad y patria potestad.

A hora bien, dado mi punto de vista respecto al concepto de matrimonio, pasaré a los efectos de éste, con respecto a los hijos, ya que de la unión de un hombre y de una mujer derivan derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

En primera instancia veremos los hijos legítimos, que como ya sabemos son los hijos nacidos dentro del matrimonio, y al respecto el artículo 324 del Código Civil dice:

- - - - -
(46) BAQUEIRO ROJAS EDGAR.-op.cit.pág.381.
(47) CASTAN TOBENAS JOSE.-op.cit.-pág.484.

" Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."

Pasaremos a los hijos naturales, nacidos antes del matrimonio, de ellos el Código Civil en sus artículos 354 y 357 que dicen:

Artículo 354." El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración."

Artículo 357. " Aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres."

Ahora hablaremos del ejercicio de los derechos y las obligaciones que impone la patria potestad.

En nuestro Derecho, a diferencia de otras Legislaciones el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues éstos existen independientemente del mismo en favor y a cargo de los padres y abuelos, sean legítimos o naturales.

Por este motivo, nuestro Código Civil al regular la patria potestad, no toma en cuenta la calidad del hijo legítimo o natural, sino que confiere ese poder del padre y madre, a los abuelos paternos y a los abuelos maternos, conforme al orden reconocido por el artículo 420.

Por consiguiente el matrimonio sólo viene a establecer una certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad, respecto de los hijos legítimos.

En la mayoría de las legislaciones, el matrimonio sí se produce efectos; por lo que se refiere al padre, se requiere que se trate de hijos legítimos para que se ejerza la potestad respectiva, con el conjunto de derechos y obligaciones.

En cuanto a la madre generalmente se admite que tratándose de hijos naturales, a ella le corresponde la patria potestad.

Existe un sistema distinto conforma al cual, tratándose de hijos naturales, no se reconocen los efectos de la patria potestad, sino que se somete a los menores a una tutela especial.

Partimos del supuesto de que se trata de hijos naturales reconocidos, pues faltando el reconocimiento, o una sentencia que declare la paternidad o maternidad, es evidente que también en nuestro derecho sólo cabe el régimen de la tutela, dado que los padres son desconocidos. (48)

(48) ROJINA VILLEGAS RAFAEL.-Compendio de Derecho Civil.- Tomo I.-Editorial Porrúa.-México.-1989.-pág.337 y 338.

Para terminar con este punto, diremos que los hijos legítimos y los hijos naturales reconocidos están sujetos a la patria potestad, derivando ésto, derechos y obligaciones como lo mencionamos en el punto anterior de este tema.

B) ADOPCION

El derecho de adoptar se apoya en fundamentos igualmente sólidos que en la Roma, tenían un carácter muy diverso del que pudiera tener entre nosotros.

Sus orígenes se dan desde los tiempos más antiguos de que guarda memoria la historia de la humanidad, ya que los fines de ésta era de continuar el culto doméstico por los descendientes para evitar la desaparición de la familia.

En razón de esa remontísima existencia, se encuentra regulada en las legislaciones más antiguas como fueron la de los babilonios, hebreos, indios, griegos; estos pueblos conocieron y regularon la adopción desde el doble aspecto religioso y jurídico. Sin embargo donde se encuentra una plena sistematización legal es en el Derecho Romano. Desde el primitivo Derecho Romano hasta el de justiniano.

Al respecto Eugene Petit dice: " Es una institución de Derecho Civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las justae nuptiae entre el hijo y el jefe de familia. " (49) (sic.)

(49) PETIT EUGENE.-op.cit.pág.113

Sabino Ventura expresa: " Esta institución puede definirse como el acto por el cual, un extraño quedaba agregado a una familia romana sometándose a la patria potestad del pater, como hijo o como nieto. Mediante ella se introducía en la familia civil a personas que no tenían, por lo regular, ningún lazo de parentesco natural con el jefe. Se efectúa sin la intervención del pueblo ni de los pontífices, porque el adoptado es un alieni juris. " (50)

Había dos formas de adopción:

1. Arrogatio: A través de la arrogación se incorporaba a una familia a un sujeto sui juris, el que entraba al nuevo grupo con todos los alieni juris sujetos a su potestad, era pues la arrogación una forma de incorporar todo un grupo familiar a otro. Los fines de la arrogación eran preponderantemente políticos en razón de la mayor importancia que adquiría la familia al crecer como unidad religiosa, económica y militar.

2. La adoptio: Se incorporaba a la nueva familia a un sujeto alieni juris. Significaba salir de la patria potestad primitiva para entrar dentro de la esfera del nuevo pater. Tenía que realizarse la misma frente al magistrado, con la expresión del consentimiento del adoptante, del adoptado y de quien lo tenía bajo su patria potestad. El adoptado se desligaba totalmente de su familia de origen y

pasaba a ser parte de la nueva familia a cuyos dioses debían rendir culto. El adoptado no podía regresar a su familia de origen y únicamente podría reincorporarse a ella si dejaba en su lugar en la familia del adoptante a un hijo propio, pero en este caso se desligaba totalmente de este hijo.

La adopción cae en descenso durante la Edad media y reaparece en el Derecho Germano primitivo con finalidades primordialmente básicas.

En España surge en el Fuero Real y en las Partidas que entienden por adopción el prohiamiento de una persona que está bajo la patria potestad y a la cual se recibe en lugar de hijo o nieto.

En Francia, en el Derecho Antiguo y por influencia del Derecho Canónico que desconoce a esta institución, no se reguló la misma. Fue en el Código de Napoleón el que la introdujo en Francia. El proyecto original del Código proponía una forma muy parecida a la adoptio plena romana.

La adopción plena surgió en Francia a raíz de los efectos de la Primera Guerra Mundial, y en la actualidad se regulan ambos tipos de adopción.

Por lo que hace a nuestro Derecho los Códigos para el Distrito y territorios Federales del siglo pasado ignoraron totalmente la figura de la adopción.

En el Código de 1870 para nada mencionó la adopción. El Código de 1884 siguió inexplicablemente la misma tesis, sin embargo la restituyó la adopción y la definió como " el acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta respecto de la persona de un hijo natural. La misma surgió por primera vez en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, aunque curiosamente la propia Ley, al establecer el parentesco expresa que solamente existe dos tipos: la consanguinidad y la afinidad.

Ahora a la adopción la definen diferentes autores, por mencionar algunos como la Licenciada Sara Montero que dice: " Es la relación jurídica de filiación creada por el Derecho, entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo. " (51)

Los Licenciados Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro conceptúan: " La adopción constituye la tercera fuente de parentesco, ya que tienen por objeto establecer un parentesco civil entre adoptante y adoptado, donde no existe vínculo biológico. Se imita así la filiación de sangre; de ahí que se hable de hijos y padres adoptivos. " (52)

- - - - -
 (51) MONTERO DUHALT SARA.-op.cit.pág.320
 (52) BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA.-
 op.cit.-pág.213.

Ignacio Galindo Garfias expresa: " Por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación, con un menor de edad o un incapacitado. " (53)

Se dice que la adopción ha creado una relación de paternidad respecto con un extraño, creando únicamente un vínculo jurídico entre el adoptante y el adoptado, como lo expresa el artículo 295 del Código Civil:

Artículo 295." El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado."

Para que nazca esta figura el adoptante tendrá que reunir ciertos requisitos requeridos por el artículo 390 y 391 del Código Civil.

Artículo 390." El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar.

II. Que la adopción es benéfica para la persona que trate de adoptarse; y

III. Que el adoptante es persona de buenas costumbres.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el Juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente."

Artículo 391. " El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar el adoptado como hijo aunque sólo uno de los cónyuges cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos."

De esta figura resultan consecuencias jurídicas como son:

1. Crea parentesco civil entre adoptado y adoptante, de primer grado en línea recta. Artículo 396: " El adoptado tendrá para con las persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo. "
2. El adoptante tiene el derecho de darle el nombre y sus apellidos al adoptado. Artículo 395 " El adoptante podrá darle el nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en la acta de adopción."
3. Crea o transmite la patria potestad al que adopta. Cuando el adoptado menor de edad no estaba previamente sujeto a patria potestad, en razón de la adopción quedará bajo la del o de los adoptantes. Si son los padres o abuelos los que consienten en dar al menor en adopción, entonces transmiten la patria potestad que ejercían sobre su hijo o nieto el padre o padres adoptivos. Salvo que el adoptante éste casado con

alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges. Artículo 403 " Los derechos y las obligaciones que resulten 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.

4. No extingue el parentesco consanguíneo del adoptado con todas sus consecuencias jurídicas, excepto la patria potestad que se trasmite a los adoptantes. Artículo 403.

5. Los derechos y las obligaciones derivados del parentesco civil se limitan al adoptante y al adoptado. En vista de ellos el adoptado no entra a formar parte de la familia del adoptante. Ciertamente que en el caso de que el adoptado tenga una familia de origen, seguirá teniendo a ésta como su familia; pero cuando se trate de los menores abandonados, la adopción no beneficia en nada al adoptado en el sentido de incorporarlo a un grupo familiar. (54.)

En si la adopción se desprende de la siguiente manera que:

- - No se destruyen los lazos de parentesco consanguíneo del adoptado.
- - Esta institución sólo produce efectos entre el adoptante y el adoptado.

- - Ambos tienen derechos y obligaciones que existen entre los padres e hijos: ejercicio de la patria potestad, alimentos, sucesión e impedimentos para contraer matrimonio.

- - Mientras subsista el vínculo, el adoptante no tiene ninguna relación con los parientes del adoptado ni éste respecto a los del adoptante.

- - La adopción sólo crea parentesco civil en primer grado.

Ahora bien, en el caso de un hombre que no tiene hijos declare suyo al que es de otro, es un acto voluntario y que acaso puede producir algunos buenos efectos, en favor del adoptante a quien puede proporcionar un objeto que llene el vacío de su vida, y en favor del adoptado a quien proporciona una buena educación y una fortuna, y es verdad que sin la gratitud del adoptante, la posición del adoptado es fatal, y viceversa, ya que los sacrificios del adoptante son estériles y el pago de sus beneficios recibe desengaños, sin embargo la adopción es un acto voluntario y espontáneo que a veces contrae consecuencias funestas; y acaso ¿no sería más digno de gratitud que el hombre que ampare a un huérfano sin que lo liguen obligaciones de ningún género y cuyos beneficios son por lo mismo más amplios, porque son mas libres ?.

CAPITULO III**LA TERMINACION Y SUSPENSION DE LA PATRIA****POTESTAD****3.1 LA MUERTE DECLARADA DE QUIEN EJERCE LA PATRIA****POTESTAD**

En este capítulo vamos a estudiar sobre la extinción y suspensión de la patria potestad, siguiendo la idea del Licenciado Ricardo Couto, que nos dice " La patria potestad se extingue o acaba, cuando carece en absoluto de razón de ser, y se suspende cuando de modo temporal es privado de su ejercicio el que la tenía." (56).

Cuando la patria potestad se extingue o se acaba, la Ley misma pone fin a la institución en si, por realizarse determinados acontecimientos naturales o voluntarios que impiden que se cumpla con las finalidades para la cual fué creada la misma y al efecto el Código Civil vigente en su artículo 443 expresa: " La patria potestad se acaba:

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

II. Con la emancipación derivada del matrimonio;

III. Por la mayor edad del hijo ".

Dentro de los acontecimientos naturales que traen como consecuencia la pérdida de la patria potestad:

La muerte de quien o quienes ejerzan cuando no existe alguna otra persona que conforma a los artículos 414 y 419 lo o los substituyan en su ejercicio, la muerte del menor que estaba bajo la potestad de sus ascendientes y por alcanzar el hijo la mayoría de edad.

Los tres casos anteriores no necesitan explicaciones mayor a excepción del segundo de ellos que no está incluido en nuestra ley, por sobre entenderse.

En estos supuestos, el menor por ningún motivo volverá a estar bajo la protección de la patria potestad.

Los efectos de la extinción por muerte de quien la ejerce, serían que el menor se le nombrara un tutor para que cuide de él y de sus bienes hasta que alcance la mayoría de edad o sea emancipado.

" La patria potestad termina totalmente para el que la ejerce, en el siguiente caso :

Con la muerte del que la ejerce, y si ya no hay otra persona en quien recaiga; como la ley señala limitativamente las personas que pueden ejercer la patria potestad: los dos progenitores y los cuatro abuelos, por parejas o por forma unitaria alguno de ellos, cuando ya no exista ninguna de estas personas, nadie más la podrá ejercer, aunque el hijo siga siendo menor de edad, en este caso se le nombrará un tutor." (57)

(57) MONTERO DUHALT SARA.-op.cit.-pág.354.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Expresa el Licenciado Ignacio Galindo Garfias " la patria potestad se puede extinguir o se puede acabar o simplemente suspender, pero jamás renunciar" (3), por ejemplo, cuando los padres hayan fallecido y los abuelos quienes le corresponde ejercer la patria potestad, su estado de salud no es buena, sin embargo, se puede excusar a quienes corresponde ejercerla, como lo menciona el artículo 448 del Código civil " La patria potestad no es renunciable; pero aquéllos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I. Cuando tengan setenta años cumplidos;

II. Cuando por mal estado habitual de salud no pueden atender debidamente a su desempeño ". (58).

En este caso y en todos los demás donde se acaba la patria potestad, los hijos siguen teniendo la obligación impuesta por el Derecho Natural de honrar y respetar a sus ascendientes, así como proporcionarles alimentos en los casos que la Ley así lo determine.

3.2 LA EMANCIPACION

Entre los acontecimientos voluntarios por los que se extingue el ejercicio de la patria potestad, sería la emancipación, digo voluntaria, tomando en consideración la voluntad del emancipado, aunque no estén de acuerdo con ello todas las personas que intervienen en el acto.

Siendo la emancipación el acto mediante el cual se libera a un menor de edad de la patria potestad o de la tutela, teniendo éste la libre administración de su persona y bienes pero con las restricciones que la misma ley le impone siendo esta irrevocable; entendida de este modo la emancipación puede ser expresa, tácita o forzosa.

Será expresa, Por quien ejerce la patria potestad con consentimiento del menor ante el Juez competente, se solicita que se declare emancipado al hijo, previos requisitos del Código Civil vigente.

Será tácita, cuando quien ejerce la patria potestad otorga el consentimiento, para que su hijo menor de edad contraiga matrimonio, y por el hecho del matrimonio, automáticamente surte efectos la emancipación.

Ahora bien el Licenciado Rafael Rojina Villegas dice " La emancipación le interesa tanto al Derecho de las personas como al Derecho de Familia. Respecto del primero determina una semicapacidad de goce en el menor emancipado dado que conforme al artículo 643 del Código Civil, éste tiene libre administración de sus bienes, con las restricciones que el propio precepto señala para contraer matrimonio, enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces y comparecer en juicio como actor o como demandado. Al Derecho de familia le interesa también la emancipación, por cuanto que de acuerdo con el artículo 641: " El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea

menor, no recaerá en la patria potestad." Es decir el estado de emancipación se presenta en este caso como consecuencia del matrimonio del menor emancipado ." (59)

Otra opinión al respecto es la de la Licenciada Sara Montero que dice: " La emancipación por matrimonio, significa que el menor de edad que se casa, sale de la patria potestad, Si su matrimonio se extingue persistiendo, la minoría de edad del cónyuge, no regresará a la patria potestad, sino que se le considera emancipado. " (60)

Los efectos de la extinción de la patria potestad, por la emancipación serían:

I. En relación con la persona del menor quedaría libre de la autoridad paterna.

II. Tendrá que pedir autorización mientras no cumpla dieciocho años, para contraer nupcias y para cualquier negocio judicial.

Dicen los Licenciados Edgar Baqueiro y la Licenciada Rosalía Buenrostro " En nuestra legislación Civil, el emancipado aunque tenga la libre administración de sus bienes, mientras sea menor necesitará:

a) Autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de sus bienes raíces, y

b) Tutor para los negocios Judiciales." (61)

(59) ROJINA VILLEGAS RAFAEL.-op.cit.pág.128

(60) MONTERO DUHALT SARA.-op.cit.-pág.354

(61) BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA.-op.cit.pág.223

3.3 EL CUMPLIMIENTO DE LA MAYORIA DE EDAD DE LOS HIJOS

Otro acontecimiento natural al que ya hice mención es la mayoría de edad del hijo, que será a los dieciocho años cumplidos, así lo estipula el artículo 646 del Código Civil.

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

" La mayoría de edad se obtienen al cumplirse los 18 años. Al llegar a ella el menor adquiere la plena capacidad para el ejercicio de sus derechos y uso y disposición de todos su bienes, terminando así la patria potestad ". (62)

Artículo 647. " El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes."

La mayoría de edad le interesa tanto al derecho de personas como al derecho de familia.

En el derecho de personas, el artículo 24 del Código Civil previene: El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes salvo las limitaciones que establece la ley.

la mayoría de edad determina una plena capacidad de ejercicio en el sujeto antes incapacitado por minoría de edad y, además, le permite disponer libremente de su persona y de sus bienes.

Estas dos posibilidades vienen a determinar consecuencias importantes en el derecho de familia y en el derecho patrimonial en general, tanto en derecho civil, mercantil, obrero y agrario.

Concretándonos al derecho de familia tenemos las siguientes consecuencias:

a) Para contraer matrimonio los mayores de edad no necesitan consentimiento de los padres.

b) Para los contratos de sociedad conyugal o separación de bienes ejecutados por mayores de edad, no se requiere la intervención de sus padres o ascendientes.

c) Para el reconocimiento de un hijo.

d) Para la adopción

e) La patria potestad, se extingue la mencionada institución por sólo hecho de que el hijo cumpla los 18 años, pero sin perjuicio de la obligación dispuesta por el artículo 411 del Código Civil, que cualquiera sea su edad, estado y condición, para honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

f) La tutela también termina cuando se trata de menores, por sólo hecho de éstos lleguen a la mayoría de edad. (63)

En el derecho francés, las causas de extinción de la patria potestad eran dos:

I.- La muerte del hijo.

II.- La emancipación.

En la Legislación Española se extinguía la patria potestad:

I.- Cuando la patria potestad no puede cumplir con su fin.

II.- Cuando su fin ha sido realizado o cumplido.

III.- Por muerte de los padres.

IV.- Muerte del hijo.

V.- La emancipación y la adopción del hijo por otra persona.

En el Derecho Alemán, termina la totalidad de la patria potestad:

I.- La muerte de los padres.

II.- Cuando muere el hijo.

III.- Cuando el hijo es mayor de edad.

IV.- Cuando alcanza su independencia económica.

VI.- Cuando es adoptado el menor.

Con estas notas doy por terminada las causas de pérdida o extinción de la patria potestad.

Ahora pasaré a las causas de suspensión de dicha institución.

3.4 LA INCAPACIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE

Siguiendo la idea del Licenciado Ricardo Couto que nos dice: " La patria potestad ... se suspende, cuando de un modo temporal es privado de su ejercicio el que la tenía." (64)

Por lo tanto en nuestra legislación puede suspenderse la patria potestad por tres causas, que son enumeradas en el Código Civil, en el artículo 447.

Artículo 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."

Hay que hacer notar la diferencia que existe entre pérdida y suspensión, ya que fundándose en ella puede hacerse la diferencia que existe entre ambas.

En casos de pérdida de la patria potestad, no se previene que la persona que haya sido privada de ella, pueda recuperarla, a excepción de los supuestos tratados en los casos de pérdida condicional, que más adelante explicaré en mi siguiente capítulo.

Ahora bien, en los casos de suspensión, si se presume que el ascendiente que haya sido condenado a tal suspensión, pueda recuperarla y siempre su tiempo de duración será temporal, es decir, perdurará hasta que desaparezca la causa que dio origen.

Quien fue suspendido en el ejercicio de la patria potestad, la recuperará íntegramente y la ejercerá como si nunca lo hubiera hecho, o sea, aceptando los acontecimientos tal como se le presenten, no pretendiendo que sean iguales a como él los dejó.

La primera fracción del artículo 447 dice: " La patria potestad se suspende: I. Por incapacidad declarada judicialmente ". Esto es, toda persona que estando en ejercicio de la patria potestad y que por sentencia ejecutoriada sea declarado incapaz, ya sea por estar privado de inteligencia, por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos: Por que sean sordo-mudos, que no sepan leer ni escribir, serán suspendidos de sus derechos y le serán nombrados un tutor para que los represente.

Artículo 450 fracción 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 adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación o alteración en la inteligencia que éstos les provoquen no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio ".

Al respecto la Licenciada Sara Montero dice : " El que ejerza tiene que ser forzosamente una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de otra. En el caso de quien le ejerce pierda la capacidad de ejercicio, él mismo necesitará que se le nombre un tutor para que actúe a su nombre ". (65)

El artículo 902 del Código de procedimientos Civiles al respecto dice:

Artículo 902. " Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella."

La declaración de estado de minoridad o demencia puede pedirse:

1. Por el mismo menor, si ha cumplido dieciséis años;
2. Por el cónyuge;
3. Por sus presuntos herederos legítimos;
4. Por la albacea;
5. Por el Ministerio Público.

No obstante lo anterior, como en el lapso que media entre la presentación de una demanda de interdicción y la sentencia que se dicte en el procedimiento de que se trate, la persona señalada como incapacitada no debe de quedar desprotegida, la ley prevé que, como medida prejudicial, se le designe a la misma un tutor interino.

Por lo que hace a los menores que estaban bajo su autoridad, que quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponde conforme a las prescripciones del Código Civil, y si no lo hubiere se le nombra un tutor, estableciendo así el artículo 465.

Artículo 465." Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo, se les proveerá de tutor."

Los efectos de esta suspensión serán que la persona incapaz quedará bajo la tutela de quien haya sido designado para ese efecto, quedando en suspenso todos sus derechos en relación con sus descendientes, subsistiendo en su caso, las obligaciones que pueda cumplir por su conducto de su tutor y no vayan en contra de las disposiciones de la patria potestad.

Los menores seguirán teniéndole el respeto que merece un padre, teniendo la obligación de dar en su oportunidad, los alimentos correspondientes en proporción a sus posibilidades.

La suspensión durará hasta que desaparezca la incapacidad y no será únicamente de hecho sino también de derecho, ya que así deberá determinarlo la autoridad judicial, recobrando todos sus derechos y obligaciones con sus ascendientes desde el momento en que recobre su capacidad legal.

3.5 LA AUSENCIA DECLARADA EN FORMA

La segunda fracción del artículo 447 del Código Civil, se refiere a cuando quien ejerce la patria potestad es declarado judicialmente y en forma, ausente.

Artículo 447. " La patria potestad se suspende:

Fracción II. Por la ausencia declarada en forma."

Para que una persona sea declarada legalmente ausente, será necesario que dicha persona haya desaparecido del lugar de su residencia ordinaria, se ignore su paradero y no haya nadie que lo represente, en entonces el Juez, a petición de cualquier parte interesada o de oficio, mandará publicar edictos en los periódicos, exhortando a la persona desaparecida para que se presente en un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis, si no obstante haberse hecho las publicaciones, el citado no comparece por sí, ni por apoderado legítimo, ni por medio de tutor o de pariente que pueda representarlo, se le nombrará un representante, artículos 649 y 654 del Código Civil.

El Código en su capítulo de la declaración de ausencia, establece que habiendo transcurrido dos años desde la fecha en que se designó representante, podrá pedirse la declaración de ausencia y en caso de que haya dejado apoderado no podrá pedirse sino pasados tres años, contados desde su desaparición.

Una vez solicitada la declaración de ausencia, el Juez la mandará publicar durante tres meses, con intervalos de quince días, en el periódico oficial que corresponda, y pasados cuatro meses, contados a partir de la última publicación, no se presentara, se podrá declarar formalmente la ausencia, artículos 669, 670, 674 y 675 del Código civil.

Es a partir de ese momento en que la persona que ejerce la patria potestad es declarada formalmente ausente, siendo suspendido el ejercicio de la patria potestad, quedando los menores que estaban bajo su autoridad, al cuidado del ascendiente que conforme a la ley le corresponde, y si no lo hubiere, se procederá a nombrarle tutor, como lo previene el artículo 652 del Código Civil, que dice: " Si el ausente tiene hijos menores, que estén bajo su patria potestad, y no hay ascendiente que deben ejercerla conforme a la ley, ni tutor testamentario ni legítimo el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor, en los términos prevenidos en los artículos 496 y 497 ". Siendo estos dos últimos artículos que se citan los que previenen el nombramiento de tutor para los menores de 16 años y los mayores de esa edad pero menores de dieciocho años.

Ahora bien, durante más o menos cuatro años que teóricamente se llevaría el trámite de la declaración de ausencia, ¿ quién ejercerá la patria potestad sobre los menores que hayan estado bajo el cuidado del ausente ?.

El Licenciado Ricardo Couto, opinaba que se aplicaría en esta caso el artículo que se encuentra y que ya mencioné dentro del capítulo de las medidas provisionales para los casos de ausencia.(65) No estoy muy de acuerdo con la opinión del Lic. Couto al decir que se aplica dicho artículo en este caso, por estar incluido dentro de las medidas provisionales. Si bien es cierto que procede su aplicación, ésta deberá hacerse por analogía y no por el título de su capítulo, ya que tal precepto hace referencia en su redacción a los tutores testamentarios, personas que no podrían desempeñar su cargo antes de la declaración de ausencia por no tener validez aún el testamento, porque uno de los efectos de la declaración formal de ausencia está la presentación y apertura del testamento.

Quisiera presuponer que los efectos de la patria potestad por la declaración de ausencia, serán que las personas designas provisionalmente en substitución del ausente para el ejercicio de la patria potestad, le serán ratificados sus cargos y removidos según el caso.

El ausente seguirá teniendo la obligación de proporcionar alimentos a los menores por conducto de su representante designado, así como los hijos la tendrán, aún cuando alcancen la mayoría de edad y aparezca el ausente.

Expresa el Licenciado Ignacio Galindo Garfias respecto a la ausencia " La patria potestad en el caso de ausencia debe entenderse el suspenso respecto del ascendiente que ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de su paradero, aunque haya dejado persona que lo represente; porque la patria potestad por su naturaleza y fundamento de la institución, es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de representante ." (66)

Al respecto la Licenciada Sara Montero dice: " La razón es obvia, si el que debe custodiar, representar, etc., se le declara ausente, es decir, no se sabe dónde está, se ignora su paradero y existe la incertidumbre inclusive si aún vive, no puede ejercer ninguno de sus derechos, incluyendo la patria potestad. " (67)

En caso de que aparezca el ausente, éste recobrará todos los derechos y obligaciones recibéndolas tal y como le sean entregadas.

Para concluir este punto respecto a la declaración de ausencia, deberá pasar un determinado tiempo, para que dé inicio el juicio de declaración de ausencia y al ser declarado ausente viene la presunción de muerte, de tal forma de que ésta también tiene que ser declarada judicialmente para que tenga efecto la suspensión de la patria potestad.

3.6 POR SENTENCIA CONDENATORIA QUE IMPONGA COMO PENA ESTA SUSPENSION

La fracción tercera del artículo 447 nos dice: " La patria potestad se suspende: III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión ".

Al respecto el artículo 283 del Código Civil, señala que " La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El Juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor ".

Expresa la Licenciada Sara Montero " Antes de las últimas reformas del Código Civil, la ley imponía como sanción al cónyuge culpable, la pérdida de la patria potestad, o la suspensión de la misma mientras viviera el cónyuge inocente. En forma enumerativa indicaba el artículo 283 las causas por las cuales se perdía o suspendía la patria potestad.

La derogación del artículo 283 del Código Civil que señalaba la pérdida o suspensión de la patria potestad derivada de las causa de divorcio nos parece totalmente

acertada, pues los efectos del divorcio no deben recaer en las relaciones de padres e hijos. Los que se divorcian son los cónyuges no los padres de sus hijos. una persona puede ser mal cónyuge, adúltero, etc., pero puede ser al mismo tiempo un progenitor (a) responsable o amoroso al que no debe privársele de la patria potestad, que implica el interés en todo lo que se refiere a la formación y contacto con el hijo.

Por otro lado, no le parece conveniente darle al Juez la más amplias facultades para resolver todo lo relativo a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación cuando existe todo un capítulo en el Código relativo a estas cuestiones.

El legislador debió limitar, las amplísimas facultades del juzgador en razón de las disposiciones del propio código en esa materia. No duda que exista jueces de lo familiar que al mismo tiempo sean peritos en materia familiar, de gran calidad humana, honestos, buenos psicólogos, etc.; pero, lamentablemente esta conjunción de virtudes no es la regla general en los seres humanos, así sean Jueces de lo familiar. " (68)

Ahora bien, difiero de la opinión de la Licenciada Sara Motero, ya que ella manifiesta respecto a la reforma al 283 del Código Civil (D.O.27-XII-83) que señala que la pérdida o suspensión de la patria potestad derivada de las causales de divorcio, le parece totalmente acertada, en virtud de que

los efectos del divorcio no deben recaer en las relaciones de padre e hijo, en virtud de que son los cónyuges los que se divorcian y no los hijos con sus padres, independientemente de que el padre o la madre divorciante puede ser un mal cónyuge, adúltero, ladrón, etc., pero puede ser al mismo tiempo un excelente padre o madre según el caso, amoroso y responsable al que no debe privársele del contacto con sus hijos y por consiguiente el ejercicio de la patria potestad.

Por lo anterior difiero de la opinión que antecede ¿ como puede ser posible que un progenitor a quien es adúltera (o), ladrón, sea un excelente padre cariñoso y responsable ?, ya que si se encuentra en uno de estos supuestos es imposible que sea un buen progenitor, pues por el simple hecho de ser adúltero, ladrón, etc., da un mal ejemplo para sus hijos y por lo tanto en ningún momento podrá ser excelente, ya que dicha palabra entiendo que se refiere a un comportamiento intachable, correcto y honorable regidos por la moral y las buenas costumbres.

Y respecto a que no es conveniente darle al Juez las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a la suspensión de la patria potestad, considero a diferencia de la Licenciada Sara Montero que sí es correcto que dicha autoridad judicial, tenga las más amplias facultades a fin de determinar a quien se le otorgará la guarda y custodia, y el ejercicio de la patria potestad, ya que es el Juez de lo Familiar conjuntamente con el Ministerio Público quienes verán por la seguridad y bienestar del menor, ya que dichas

autoridades tuvieron todos los elementos necesarios para determinar que cónyuge es el idóneo para velar por el bienestar de los hijos, aclarando que, aunque se determine la suspensión de la patria potestad a uno o ambos cónyuges estos no dejan de tener obligaciones con sus hijos.

En el Código Civil Español la patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia del padre o en su caso de la madre, declaradas judicialmente y también por la interdicción civil.

También en España se suspendía la patria potestad si trataben a sus hijos con dureza excesiva, o si les dieran órdenes, consejos, o ejemplos corruptos. (69)

En el Derecho Francés, no se habla nada de la suspensión del ejercicio de la patria potestad y esto se debe a que esta legislación autoriza, la modificación o la pérdida parcial de los derechos emanados de la patria potestad, pudiendo los padres ser privados de determinados atributos respecto a uno o varios de sus hijos y las prerrogativas que le son quitadas al padre, puede ser atribuidas a la madre, a un pariente, por lo que no fue necesaria la implantación de la suspensión del ejercicio de los derechos que otorga la institución. (70)

Con estas notas doy por terminado el capítulo referente a la terminación y suspensión de la patria potestad.

CAPITULO IV

CAUSAS EN QUE PROCEDE LA PERDIDA DE LA PATRIA
POTESTAD4.1 CUANDO EL QUE EJERCE ES CONDENADO EXPRESAMENTE A LA
PERDIDA DE ESE DERECHO O CUANDO ES CONDENADO DOS O MAS VECES
POR DELITOS GRAVES

En el presente capítulo me ocuparé de las causas de pérdida del ejercicio de la patria potestad.

" La patria potestad ...; se pierde, cuando de un modo definitivo deja de pertenecer a una persona, sin que esta pérdida implique una extinción de aquel derecho, más que con relación a la persona que lo ha perdido." (71)

Es decir que la pérdida de los derechos que concede la institución afecta únicamente al ejercicio de la misma respecto de la persona que la ejerce, a diferencia de la extinción que afecta directamente a la patria potestad, ya que le pone fin a la misma.

Ahora bien, hay varias hipótesis que plantean diferentes autores sobre la suspensión, extinción y pérdida de la misma, y en opinión personal, los llamaré pérdida condicional de la patria potestad, ya que el tiempo de duración de la pérdida estará sujeta a un acontecimiento futuro e incierto.

Al respecto la Licenciada Sara Montero dice: " La casuística del artículo 444 del Código Civil parece innecesaria, bastaría con declarar que la patria potestad se pierde, a juicio del juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores. En esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas, independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos."(72)

Con respecto a la opinión de la Licenciada Sara Montero estoy totalmente de acuerdo, ya que el mismo Código Civil en su artículo 383, da la facultad a los Jueces del orden Familiar para decidir sobre la situación de los menores relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, así como la suspensión como la pérdida o limitación de la misma.

Analizaré las causa de la pérdida de la patria potestad en la forma en que nuestro Código Civil vigente lo señala en su artículo 444: " La patria potestad se pierde:

I. CUANDO EL QUE LA EJERZA ES CONDENADO EXPRESAMENTE A LA PERDIDA DE ESE DERECHO, O CUANDO ES CONDENADO DOS O MAS VECES POR DELITOS GRAVES.

Esta fracción puede dividirse en dos casos. El primero de ellos es, cuando quien ejerce la patria potestad es privado o condenado expresamente de ella por sentencia firme dictada por un Juez competente.

Esta parte de la fracción I del artículo 44 es carácter general y aplicable a todos los demás de pérdida y su interpretación debe hacerse en el sentido de que siempre que alguna persona sea privada del ejercicio de la patria potestad será por una sentencia firme, es decir, que haya causado ejecutoria dictada por un Juez de lo Familiar o Penal en su caso, y que imponga expresamente como pena la pérdida de tales derechos a consecuencia de una demanda interpuesta por cualquier ascendiente que pudiese corresponderle el ejercicio de la patria potestad, un tercero o por el Ministerio Público. Es de carácter general, por que como puede verse, al ser incluida esta hipótesis, el legislador le dio al artículo de referencia un carácter enunciativo y no limitativo, como hubiese quedado sin la inclusión de este supuesto, ya que el la segunda parte de la fracción primera y las tres siguientes enumera alguno de los casos por los cuales puede perderse el ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien con fundamento en la primera parte de la fracción a que vengo refiriendo, podría demandarse a quien ejerce la patria potestad la pérdida de la misma, argumentando, la imposibilidad material de quien ejerce, para cumplir debidamente con los deberes de guarda, educación, corrección etc..., por estar recluso en algún penal, purgando una condena, por ejemplo, cuando un reo tiene bajo su cuidado uno o varios menores y es condenado a cumplir una pena de veinte años o más de prisión, es decir que cuando

obtenga su libertad todos sobre los que ejercía la patria potestad serán ya mayores de edad y sería muy peligroso que tales menores no tuvieran una persona que los cuidara y guiara mientras quien la ejerce está privado de su libertad.

Igualmente podría sostenerse que quien cometa algún delito que por las circunstancias bajo las cuales fue perpetrado sería perjudicial y de muy mal ejemplo para los menores, seguir al cuidado y guarda de quien lo realizó, por lo que será conveniente, en beneficio de los mismos, que tal persona fuera condenada a la pérdida de la patria potestad.

Como vemos esta fracción tiene íntima relación con el derecho Penal, ya que entre las penas establecidas para los que cometen el delito de corrupción de menores así como para los que emplean o permiten que laboren menores de edad en cantinas o centros vicio, máxime si los sujetos activos de estos delitos son ascendientes, padrastros o madrastras del menor, condenándolos además de la pena corporal a que se hayan hecho acredores, a la pérdida de la patria potestad sobre todos sus descendientes, de acuerdo a las disposiciones contenidas en los artículos 202 y 203 del código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 202." Queda prohibido emplear a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicios..... Incurrirán a la misma pena los padres o tutores que acepten que sus hijos o menores respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos....."

Artículo 203. " Las sanciones que señalan los artículos anteriores se duplicarán cuando el delincuente sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor, privando al reo de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad sobre todos sus descendientes."

También en el artículo 335 del Código Penal, hay disposición expresa respecto " Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo, o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuera ascendiente o tutor del ofendido ".

Artículo 336 " Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicaran de un mes a cinco años de prisión, o de 180 a 360 días de multa, privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado ".

Artículo 343 " Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos un niño que esté bajo su potestad, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito."

Es conveniente señalar que uno de los derechos de los padres es de corrección, sin embargo estos correctivos no deben de pasarse, ya que si llegan a las lesiones se tomará como un delito, artículo 295 " Al que ejerciendo la

patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos ".

Los anteriores supuestos son algunos de los que podrían presentar y fundar en la causal de pérdida de la patria potestad consignada en la primera parte de la fracción I del artículo 444 del Código Civil, máxime que en artículo 46 del Código Penal, que enumera los derechos de los cuales son suspendidos quienes cometen un delito, no hace ninguna mención a quienes ejercen la autoridad concedida por la patria potestad ya que se limita a indicar que serán suspendidos los derechos políticos, los de tutela, curatela albacea, síndico, etc.

En todos los casos enumerados con anterioridad, será el Juez que conozca el caso, el que decida en última instancia si las causales alegadas, son suficientes o no para condenar a quien ejerce la patria potestad, a la pérdida del ejercicio otorgado por la misma igualmente designará al ascendiente sobre el que recaerá la autoridad paterna, y si no existiese, nombrará el tutor correspondiente.

La segunda parte de la fracción primera del artículo 444, expresa, que se perderá la patria potestad: " Cuando el que la ejerza ... es condenado dos o más veces por delitos graves ". Aquí se me plantean dos preguntas que son : ¿ Qué

se entiende por delito grave ? ¿ Y por cometer una persona dos veces algún delito grave pero en forma culposa, también pierde la patria potestad ? .

Contestando a la primera de ellas diré, que debe entenderse por delito grave la acción u omisión castigada por la ley penal con la privación de la libertad corporal, de quien haya sido penalmente responsable de la comisión de un delito pero si la violación cometida a la ley penal , tiene como sanción una pena alternativa, es decir, que la privación de la libertad, puede ser conmutada por multa, entonces no puede considerarse ya como delito grave.

Contestando a la segunda de las preguntas planteadas, diré que artículo 9 en su segundo párrafo, define lo que deberá entenderse por delito culposo : " Obra culposamente el que produce resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

Ahora bien, opino que si alguna persona estando en ejercicio de la patria potestad es condenado por dos o más veces por algún delito grave, pero cometido en forma imprudencial no veo el por qué a de perder la patria potestad a lo sumo, podría demandarse que tal persona quedara suspendida en el ejercicio de la misma todo el tiempo que fue condenado a prisión por la comisión del delito.

Pero si la parte directamente ofendida al cometerse dos o más veces un delito no intencional por el ascendiente que ejerce la patria potestad es el menor sujeto a ella, sí puede demandarse y por lo tanto condenarse al delincuente a la pérdida de la patria potestad pero tal sentencia deberá ser declarada por un Juez de lo Familiar .

En estos casos los efectos de la pérdida de la patria potestad para quien es condenado, serían que dejara de tener derecho alguno sobre la persona y bienes de los menores que estaban bajo su cuidado, pero sigue sujeto a todas las obligaciones que impone la ley con sus descendientes y el ejercicio de la patria potestad corresponderá al ascendiente que conforme a la ley deba sustituirlo, en su caso se procederá al nombramiento de tutor .

4.2 EN LOS CASOS DE DIVORCIO, TENIENDO EN CUENTA LO QUE DISPONE EL ARTICULO 283 .

La fracción II del artículo 444 del Código Civil expresa: " La patria potestad se pierde; II. **EN LOS CASOS DE DIVORCIO, TENIENDO EN CUENTA LO QUE DISPONE EL ARTICULO 283"**

Artículo 283. " La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en

especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

El artículo antes mencionado, otorga al Juez Familiar la facultad para resolver lo que a su juicio sea procedente, de ahí que si las normas objetivas que antes hacían señalamientos concretos, ahora se reduce a la decisión de privar a un padre o a una madre del delicado ejercicio de la función de la patria potestad.

Anteriormente en el artículo 283 del Código Civil, los cónyuges podían saber con certeza los riesgos y consecuencias que tendrían que enfrentar en un procedimiento de divorcio.

Transcribiré la siguiente tesis jurisprudencial que se refiere a la reforma del artículo 283.

" PATRIA POTESTAD, DECISION SOBRE LA, EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO: Con motivo de la reforma del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, proveniente del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de Veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, vigente noventa días después, los juzgadores disponen de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes, tanto a la patria potestad en general, como a la custodia y al cuidado de los hijos en particular, en las sentencias que decreten el

divorcio. Como todos los casos en que se preve una facultad discrecional, en el ejercicio de ésta no implica simplemente que el órgano jurisdiccional cuente con un poder arbitrio de decisión, sino que su desempeño debe traducirse siempre, en el examen escrupuloso y en la evaluación razonada de todos los elementos con que se cuente y que sean susceptibles de conducir a la emisión del juicio más adecuado a fin que persigue la ley cuando concede dicha facultad. Respecto a la situación de los hijos en caso de divorcio, no debe pasar desapercibido que como consecuencia de la referida reforma legal, el sistema de pérdida de la patria potestad como pena responsable de la disolución del vínculo matrimonial quedó suprimido y esta circunstancia debe eliminar la idea de valorar las cosas en función de determinar una culpabilidad para imponer una sanción. Es claro que la ley tiene una meta más alta, que incluso no se reduce a evitar a los hijos el sufrimiento de un daño sino, a lograr lo que más les beneficie dentro del nuevo estado de cosas en los ordenes familiares, social y jurídico, originados por la separación de los esposos. Esto implica que las resoluciones que se pronuncien, los jueces pueden generar la más amplia gama de situaciones por la combinación de poderes y personas que tendrán que ver con los hijos en cuanto a su sostenimiento cuidado, educación administración de bienes, etcétera, pues se puede decretar la pérdida, la suspensión, o bien, la limitación de la patria potestad; se puede asimismo, dar la intervención a ambos padres, a uno solo o a otras personas

que conforme a la ley corresponda el ejercicio de dicha patria potestad o, en un caso extremo, a un tutor. De ahí que si para resolver la situación de hijos al decretar el divorcio, el órgano jurisdiccional no hace una evaluación pormenorizada de todos los elementos de juicio a su alcance o no razona debidamente su determinación, ello significará la existencia de un uso indebido de la facultad discrecional prevista en la disposición en comento. " (73)

Hay que hacer notar que en éstos casos, por ningún motivo quien haya sido condenado a la pérdida del ejercicio de la patria potestad la recuperará en relación con los menores a que expresamente haya sido condenado a perderla.

Es importante aclarar que quedan subsistentes para el cónyuge culpable todas las obligaciones impuestas para con los hijos, ya que únicamente pierde el ejercicio de sus derechos pero quedando siempre sujeto a sus deberes para con ellos.

En el caso de un divorcio necesario , la mujer tiene el derecho de retener a su lado y bajo su cuidado a los hijos menores de siete años, a no ser que en el juicio haya quedado debidamente probado que los hijos al permanecer a su lado correrían grave peligro para su salud, seguridad o moralidad.
Artículo 282, in fine, del Código Civil.

Hay que hacer mención a la situación que guardan los hijos menores en casos de divorcio por mutuo consentimiento (fracción XVII del artículo 267 del Código Civil).

En este tipo de divorcio no hay ningún problema ya que los cónyuges que quieren divorciarse por mutuo acuerdo, no pierden ninguno de ellos el ejercicio de la patria potestad, ya que se tienen que poner de acuerdo únicamente respecto a quien serán confiados los hijos, durante el tiempo del procedimiento del juicio o pudiendo ser uno de éstos, así como el modo de subvenir las necesidades de los hijos.

Con respecto del artículo 288 transcribiré la siguiente tesis jurisprudencial:

" PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. En le juicio de divorcio procede la condena a la pérdida de la patria potestad de conformidad con el artículo 444 fracción II del Código Civil, pues esta fracción la establece como forma autónoma, esto es, independientemente de las que a su vez preven las diversas fracciones del referido artículo 444 del Código civil, siempre y cuando se esté en los supuestos del diverso artículo 288 del propio código sustantivo, es decir que el Juez para decretar y condenar a uno de los padres a la pérdida de la patria potestad debe de tomar en cuenta las circunstancias del caso. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en contradicción de tesis número 30/90 que la autoridad jurisdiccional para decretar dicha pérdida, debe razonar (con el debido cuidado y

prudente inteligencia) los motivos por los cuales es procedente la condena, tomando en cuenta que en los autos del juicio debe probarse que existe la posibilidad de que pudiera afectarse la salud, seguridad o los valores éticos del menor, aun cuando todavía no exista en la realidad este daño. En consecuencia, es evidente que dentro de estas circunstancias que deben considerarse para decidir respecto a la pérdida de la patria potestad en el divorcio, están aquellas causales que por su relevancia implican afectación real o la innegable posibilidad de dañar al menor, como son el adulterio, la falta injustificada de administración de alimentos, el abandono, la separación o profundo alejamiento de los consortes que demuestre el absoluto rompimiento del vínculo matrimonial con el incumplimiento de sus deberes, la comisión de delitos de un cónyuge contra el otro o contra sus hijos, su corrupción o prostitución o propuesta para ellos, la sevicia o el uso de drogas que pueden causar la ruina familiar. " (74)

Por último hay que afirmar que el análisis valorativo que hiciera el Juez y de las circunstancias del caso concreto, podrá llegarse a una mejor comprensión del mismo a fin de saber si los cónyuges son dignos o no de ejercer el ejercicio de la patria potestad.

**4.3 CUANDO POR COSTUMBRES DEPRABADAS DE LOS PADRES,
MALOS
TRATAMIENTOS O ABANDONO DE SUS DEBERES PUDIERA COMPROMETERSE
LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS, AUN
CUANDO ESOS HECHOS NO CAYERAN BAJO LA SANCION DE LA LEY PENAL**

La fracción III del artículo 444 del Código Civil expresa: " La patria potestad se pierde: III. CUANDO POR LAS COSTUMBRES DEPRABADAS DE LOS PADRES, MALOS TRATAMIENTOS O ABANDONO DE SUS DEBERES PUDIERA COMPROMETERSE LA SALUD, SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS, AUN CUANDO ESOS HECHOS NO CAYERREN BAJO LA SANCION DE LA LEY PENAL ".

Ahora bien ¿ qué debe de entenderse por costumbres depravadas, malos tratamientos o abandono de sus deberes, para que tales hechos pongan en peligro la salud, la seguridad o la moralidad de los menores que están bajo la patria potestad ?

Por costumbres depravadas debe entenderse, como actos realizados por una persona con frecuencia o cierta habitualidad e inmorales y que pudiera corromper, viciar o dañar el medio social o familiar de convivencia en que se encuentran los menores que están bajo la patria potestad del individuo que cometa tales acciones.

Así lo establecen las siguientes tesis jurisprudenciales:

" LA PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA, POR COSTUMBRES DEPRABADAS Y ABANDONO DE DEBERES. CASO EN QUE NO SE CONFIGURA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO).

" El artículo 426, fracción III del Código Civil establece como motivos de pérdida; b) malos tratamientos, y; c) abandono de sus deberes y que la concurrencia de cualquiera de estas causas pueda comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal. Por lo que atañe a la primera de las causas mencionadas, debe decirse que el término " costumbres " significa " El modo habitual de proceder o conducirse ", la palabra " deprabado " expresa la idea de " pervertido, muy viciado "; esto es, la expresión " costumbres deprabadas " que emplea la ley, denota las costumbres reiteradamente viciosas de una persona; por lo tanto, para que el comportamiento de una mujer reciba un calificativo semejante y traiga como consecuencia la pérdida de la patria potestad, se requiere la demostración, de que realiza actos frecuentes que ponen en peligro la moralidad de los hijos. Pero tal hipótesis no tiene lugar cuando se le imputa haber cohabitado con una persona diferente de su esposo, que escribió un poema erótico, o de que tenía en su poder la portada de una revista pornográfica, si no hay ningún medio probatorio que acredite que ese proceder lo llevaba a cabo de manera constante.

Igual consideración debe hacerse respecto de la causa relativa al abandono de deberes paternos si no hay en autos prueba que ponga de relieve que dejó de cumplir sin causa justificada tales obligaciones y que con ello surgió la amenaza de menoscabo en la salud de quienes están sujetos a la patria potestad." (75)

" PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA, POR ABANDONO DE LOS DEBERES QUE COMPROMETEN LA SEGURIDAD DE LOS HIJOS, PARA DECRETLARLA NO BASTA CON EL MENOR PRESENTE DEFICIENCIAS FISICAS O PSICOLOGICAS, SINO DEBE DEMOSTRARSE QUE SON CONSECUENCIAS DE UNA CONDUCTA INJUSTIFICADA DE LOS PADRES.

Cuando el legislador estableció el abandono de los deberes que compromete la salud de los hijos, como causa para perder la patria potestad, indudablemente previó una conducta culposa e inexcusable y no de simples situaciones de hecho.

De lo anterior se sigue que no basta con el menor presente determinadas deficiencias de orden físico o psicológico, sino debe demostrarse plena e indiscutiblemente que fueron producto de acciones u omisiones, siempre injustificadas, atribuibles al padre, a la madre o a ambos. "

(76)

 (75) TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO.-Semanario Judicial de la Federación.-8A época.-Tomo XI.-Marzo.-Tesis II.2o.129 C.-pág 327.
 (76) TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO.-Semanario Judicial de la Federación.-8A época.-Tomo IX.-Junio.-Tesis VI.1o.114 C.-pág 399

Ahora bien las costumbres deprabadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes da como resultado el comprometer la salud, seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos hechos no cayeran bajo la sanción penal.

Como se ve, la vinculación del comportamiento de los padres da como resultado consecuencias que perjudican al menor, de ahí que estas conductas son muy difíciles de probar, y hacen casi imposible el que se pueda honestamente llevarlas a un Tribunal, ya que son pruebas fehacientes que justifiquen esas hipótesis para que alguno de los progenitores pierda el ejercicio de la patria potestad; sin embargo no hay que olvidar que si bien es cierto que pierde sus derechos, pero no las obligaciones con sus descendientes.

Los efectos de la pérdida de la patria potestad fundada en la III fracción del artículo 444 del Código Civil, son:

-- Quien fue condenado a la pérdida está obligado a seguir contribuyendo para la alimentación, educación de sus descendientes, pero queda privado de todas su facultades concedidas por la institución, las cuales no podrá recobrar nunca respecto a los menores de los cuales estaban a su cuidado.

-- Los hijos no obstante siempre deberán guardarle el honor, y respeto que conforme a los principios morales un padre merece.

-- Los menores quedarán bajo el cuidado del descendiente que les corresponda designado por el Juez y si no lo hubiere se les nombrará un tutor.

Como vemos la fracción anterior del artículo 444 del Código Civil, respecto a la pérdida de la patria potestad, y como se desprende, es consecuencia de alguna causal de divorcio comprendidas en el artículo 267 del mismo ordenamiento, sin embargo con la sentencia de divorcio se podría no condenar a la pérdida del ejercicio de la patria potestad, pero si alguno de los cónyuges ya sea el inocente o culpable viendo las costumbres deprecadas, los malos tratamientos para sus hijos, el abandono de sus deberes, actos que pudieran comprometer la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, por ejemplo, permitir trabajar a sus menores de edad en cabarets, prostíbulos, cantinas, etc., se abstenga de trabajar honestamente sin causa justificada, dedicarse a la vagancia, embriaguez habitual, adicción a las drogas, enervantes, ser deprecado sexual, no proporcionar alimentos estando en posibilidades económicas de otorgarlos, etc. Cualquiera de los progenitores que invoque la fracción III del artículo 444 del Código Civil, podrá pedir la pérdida del ejercicio de la patria potestad.

" CUSTODIA, SU PERDIDA COMO MEDIDA PROVISIONAL NO IMPLICA LA DE LA PATRIA POTESTAD.

Quando en el juicio natural se hace declaración sobre la custodia de los menores, como consecuencia de medidas provisionales, la declaratoria que concede la custodia en

favor de alguno de los padres, no implica para quien no la obtuvo, la pérdida de su derecho a ejercer la patria potestad, pues ésta es materia de sentencia definitiva que se dicte en juicio correspondiente ". (77)

4.4 POR LA EXPOSICION DEL PADRE O LA MADRE HICIEREN DE SUS HIJOS, O POR LOS QUE DEJEN ABANDONADOS POR MAS DE SEIS MESES

La fracción IV del Artículo 444 de Código Civil expresa: " La patria potestad se pierde: IV. POR LA EXPOSICION QUE EL PADRE O LA MADRE HICIEREN DE SUS HIJOS, O PORQUE LOS DEJEN ABANDONADOS POR MAS DE SEIS MESES. "

La fracción anterior supone dos casos: el primero la exposición que de sus hijos hicieron el padre o la madre, es decir, el hecho de que algún ascendiente deje abandonado a su hijo en una casa de cuna, en vía pública o con otra persona. Independientemente de haber cometido el padre el delito de abandono de persona consignada por la ley Penal, será condenado por un Juez Familiar a la pérdida del ejercicio de la patria potestad. Artículos 335, 342 y 443 de Código Penal.

Artículo 335. " Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo a a una persona enferma , teniendo obligación de cuidarlos se le aplicarán de un mes a cuatro

años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido."

Artículo 342. " Al que exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue en otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la que se le confió, o de la autoridad en su defecto, se le aplicarán de uno a cuatro meses de prisión y multa de cinco a veinte pesos."

Artículo 343: " Los ascendientes o los tutores que entreguen a una casa de expósitos a un niño que esté bajo su potestad, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito."

El segundo de los casos mencionados es el hecho de dejar a los hijos abandonados por más de seis meses, abandono realizado sin que hubiere causa justificada para ello.

En este supuesto, también será castigado el ascendiente responsable del abandono, con la pérdida de los derechos concedidos por la patria potestad, haciendo caso omiso de la pena a que sea acreedor por la comisión del delito previsto en la legislación penal en el artículo 336 el cual establece:

Artículo 336. " Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, o de 180 a 360 días de multa;

privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado."

Deberá entenderse que la patria potestad se pierde no por el hecho de haber cometido el delito de abandono de persona, ni porque lo establezca así el Código Penal, ya que la legislación no es la indicada para determinar si el reo culpable del delito a que me refiero, perderá todos los derechos familiares y concedidos en especial por la patria potestad, por ser éstos de carácter puramente civil y el único que puede juzgar sobre ellos es el Juez de lo Familiar que será el que determine si el ascendiente puede ser privado de la patria potestad sobre los menores que estén bajo su cuidado y será tomado en cuenta siempre que ésto se prolongue por más de seis meses sin que exista razón suficiente para justificar tal abandono.

Respecto a la fracción IV del Artículo 444 tenemos las siguientes Tesis Jurisprudenciales

" ABANDONO DE MENORES, NO PUEDEN CONSIDERARSE PROBADO, COMO CAUSAL PARA LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, CUANDO EXISTEN INDICIOS QUE PERMITEN PRESUMIR QUE LOS PADRES VIVAN SEPARADOS DE COMUN ACUERDO.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 426 fracción IV, del Código Civil para el Estado de México, uno de los casos expresos y excepcionales en los que se prevé la pérdida de la patria potestad es el abandono de los menores hijos por más de seis meses. Ahora bien para decretar la pérdida de la

patria potestad se requiere de prueba plena que no deje lugar a dudas respecto a la necesidad de tal privación, ya que la patria potestad es un derecho fundado de la naturaleza de la relación paternofamiliar, reconocido por la ley y su privación entraña graves consecuencias tanto para el menor, como para aquél de los padres que es condenado a la pérdida de la misma. En este orden de ideas, cuando la causal invocada para la pérdida de la patria potestad se hace consistir en el abandono del menor (o menores) por más de seis meses, dicho abandono debe quedar probado fehacientemente, de modo contundente e indubitable, no pudiendo considerarse que se satisfacen estas características probatorias cuando existen indicios que apoyan la presunción de que los padres vivían separados de común acuerdo ".(78)

" PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA, ABANDONO, INTERPRETACION DEL ARTICULO 444, FRACCIONES III Y IV, DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

No obstante que en ambos supuestos normativos se hace referencia al abandono del que ejercer patria potestad, sin embargo entre los mismos existen notables, palpables diferencias, pues la primera de las fracciones, aluden que el abandono de los deberes pudieran comprometer la salud, la seguridad y la moral de los hijos, y resulta por demás claro que en esa hipótesis no se señala término alguno, dado los bienes jurídicamente protegidos y que mencione el citado

(78) TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO.-Semanario Judicial de la Federación.-6A época.-Tomo XI-abril.-Tesis II.3o.222 C.-pág.199

numeral, es decir, que una vez que se presente dicho supuesto, se está en posibilidad de ejercitar la acción correspondiente, pero no acontece lo mismo cuando ya no están en juego dichos valores, pues en este evento y según lo dispone la última parte de la fracción IV del multicitado precepto, el abandono puede prolongarse por más de seis meses" . (79)

Los efectos de la pérdida de la patria potestad por exposición o abandono de los hijos son los mismos que cuando se pierde por las causas enumeradas en la fracción III del artículo 444 y que hemos visto en este capítulo, esto es, su pérdida es definitiva, no pudiéndose recobrar en relación con los menores a los que fue expresamente condenado a perderla, pero subsisten todas las obligaciones impuestas por la institución y no obstante que los padres han sido indignos, los hijos deberán seguir honrándolos y respetándolos, la obligación alimenticia recíproca no tiene porque cesar, así como los casos ya que estos derechos no derivan de la patria potestad sino en el parentesco.

Otra de las causas de pérdida de la patria potestad es la prevista en el artículo 448 del Código Civil, aunque el legislador no lo dice expresamente, deberá entenderse e

(79) TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO.-Semanao Judicial de Federación.-8A época.-Tomo VIII diciembre.-Tesis I.10.C.41.-pág257

interpretarse en este sentido ya que he dejado expuesto que la patria potestad es irrenunciable, ya que no puede ser modificada por la voluntad de los particulares.

Artículo 448: " La patria potestad no es renunciabile; pero aquellos a quien corresponde ejercerla pueden excusarse:

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;

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

Aquí se autoriza expresamente a disculparse para el desempeño de la patria potestad; ésta deberá hacerse ante un Juez Familiar demostrando plenamente sus afirmaciones y el Juez oyendo el parecer de los ascendientes si los hubiere y el Ministerio Público resolverá la petición y si procediere nombrará al ascendiente que deberá substituirlo en el ejercicio y si no lo hubiere nombrará un tutor.

La excusa deberá entenderse y hacerse con el carácter de irrevocable, no pudiéndose recobrar el ejercicio de la patria potestad, por ningún motivo.

Lo anterior me parece lógico, ya que si la institución está establecida para el beneficio del menor, y a quien corresponda ejercerla, comprende perfectamente que de hacerlo no la desempeñaría con la debida responsabilidad ya sea por su edad o por su enfermedad, y le causaría un daño a sus descendientes en lugar de un beneficio, no veo el por que deba obligársele al desempeño de la misma, sabiendo de antemano que va a ser en perjuicio del menor.

Los efectos de la excusa del ejercicio de la patria potestad en relación con la persona y bienes del menor, son idénticos a los del abandono y demás causas de pérdida que he dejado expuestos.

Para concluir este capítulo mencionaré que la madre o la abuela que contraen nuevo matrimonio no perderán el derecho del ejercicio de la patria potestad.

Artículo 445 del Código Civil. " La madre o la abuela que pasen a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad ".

Aclarando que en el caso de que la madre o la abuela contraigan nuevas nupcias, su cónyuge no tendrán los derechos ni las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad, en virtud de que estos no la pueden ejercer tal y como lo establece artículo 446 del Código Civil que señala:

Artículo 446. " El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior ".

CAPITULO V**INSTITUCIONES PUBLICAS COMPETENTES EN CASOS DEL MALTRATO DE
LOS HIJOS DENTRO DEL MATRIMONIO****5.1 ANTECEDENTES DE ORGANISMOS E INSTITUCIONES DEDICADAS AL
CUIDADO DEL MENOR**

En este capitulo hablaré sobre las Instituciones y Organismos encargados a la protección y cuidado del niño maltratado por sus progenitores, con el cual concluiré esta investigación.

Toda vez que el papel natural de la familia es proteger al niño, a pesar de ello existen padres indignos que abusando de su autoridad, lesionan la integridad física y moral del niño, por lo que considero que el Estado previniendo dicha situación ha organizado Instituciones encargadas exclusivamente de la protección del menor dentro y fuera de su familia.

Como he mencionado, el Estado, regidor de la vida de sus gobernados, y previniendo una vida armoniosa de sus habitantes y sobre todo una protección y cuidado de la riqueza de los pueblos que son los niños, ha buscado la salvaguarda de los mismos, y como antecedente tenemos:

" En Francia habiendo intervenido el Parlamento para reprimir los abusos de los padres y que quedaron plenamente apoyados por una declaración de Luis XIV de fecha 8 de marzo

de 1704, en el cual se establecía que habiendo resuelto conservar la justicia y los magistrados la autoridad necesaria para reparar los abusos de quienes ejercen esta potestad doméstica pueden hacer en algunas ocasiones." (80)

Posteriormente los redactores del Código Civil Fránces, aún cuando Napoleón Bonaparte propuso indirectamente el problema, organizaron el control de la patria potestad, y tan es así que el legislador de esta época prevenía los derechos y ventajas concedidas sobre la persona y los bienes del hijo, la protección de los niños empleados en profesiones ambulantes, la protección de los hijos maltratados, la represión, actos de crueldad, atentados cometidos contra los niños, prostitución de los menores y corrupción, y al respecto de la prostitución y corrupción el Código Penal Fránces en su artículo 335 establecía que: Los padres que hubieren excitado a sus hijos a la corrupción, serán privados de los derechos de la patria potestad.

" Hasta el 15 de abril de 1943 en donde se establece un control de la patria potestad reorganizado bajo el rubro de asistencia a la infancia (hoy ayuda social a la infancia), servicios de asistencia pública que su ocupan de los niños, trazando grandes estudios jurídicos respecto de la niñez desventurada o abandonada que hoy figura en el Código de la familia y de la ayuda social, cuyo título segundo lleva como rubro la protección social de la niñez." (80)

(80) DE IBARROLA ANTONIO.-op.cit.pág.463.
 (81) IDEM.-pág.464

En nuestro país, no quedando atrás respecto a la protección del menor ha creado a través del tiempo diversas Instituciones sociales encargadas de vigilar la seguridad de la niñez, aclarando que independientemente de la existencia de dichas Instituciones, también ha existido la ayuda privada, es decir, que no solamente el Estado lucha por la protección del menor y tan es así que recordamos a" San Juan Bautista de la Salle, a San Juan Bosco y otros religiosos más que han sido acérrimos protectores de la niñez, así mismo, Elisa Margarita Berrucos y Jubera que a principios de este siglo fundó la casa de cuna Asilo de la Paz, que aún perdura, y más recientemente en esta década encontramos al padre Chinchachoma, cuya vida bien pudiera ponerse en paralelo con la del padre Trampitas de las Islas Marias. " (82) O del Luchador profesional Fray Tormenta quien siendo religioso se vio en la necesidad de ejercer profesionalmente el deporte rudo de la lucha libre para poder sostener al grupo de niños de la calle que vivían con él.

Estos son algunos de las muchas personas que han entregado su vida y su esfuerzo a luchar por el bienestar de los niños, pudiendo llenar páginas enteras de nombres beneméritos.

Y para continuar con nuestro tema y después de haber mencionado brevemente pretendiendo darles un reconocimiento

personal a la digna labor realizada por las personas mencionadas y otras tantas más que en el anonimato luchan tenazmente por la niñez.

A continuación pasaré a mencionar a un Organismo Internacional creado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) cuya sede se encuentra en Nueva York, siendo su finalidad específicamente el socorro de la infancia como es la UNICEF cuyas siglas significan en castellano Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia, creada el 20 de noviembre de 1959, encontrando su principal función en los diez puntos de la declaración de los derechos del niño siendo los siguientes:

1. Derecho a la igualdad, sin distinción de raza, credo o nacionalidad.
2. Derecho a una protección especial para su desarrollo físico, mental o social.
3. Derecho a un nombre y a una nacionalidad.
4. Derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuado para el niño y la madre.
5. Derecho a una educación y cuidados especiales para el niño física y mentalmente disminuido.
6. Derecho a comprensión y amor por parte de los padres y la sociedad.
7. Derecho a recibir educación gratuita y a disfruta de los juegos.
8. Derecho a ser el primero en recibir ayuda en caso de desastre.

9. Derecho a ser protegido contra el abandono y la explotación en el trabajo.

10. Derecho a formarse en un espíritu de solidaridad, comprensión, amistad y justicia entre los pueblos.

Después de haber mencionado el fin específico de la UNICEF, pasaré a hablar de los Organismos creados en nuestro país.

A) INSTITUTO NACIONAL DE PROTECCION A LA INFANCIA

I.N.P.I.

A través del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 1 de febrero de 1961, se creó el Instituto Nacional de Protección a la Infancia.

(I . N . P . I)

El entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Adolfo López Mateos que en ejercicio de sus facultades, que el Ejecutivo Federal le confiere la fracción I del artículo 89 Constitucional y con fundamento en el artículo 14 fracciones I, V, XIX de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado y considerando:

" I. Que es propósito fundamental que el estado mexicano responder vigorosamente al imperativo de carácter moral y social de proteger a la niñez por todos los medios a su alcance y puesto que, el Gobierno Federal ha venido

atendiendo este problema desde hace algunos años con la distribución de desayunos preparados conforme a dietas adecuadas entre los niños de edad escolar y especialmente a los de familias de escasos recursos, a fin de complementar su alimentación y capacitarlos para desarrollar en mejor forma todos sus esfuerzos en bien de su salud y de su educación primaria;

II. Que dado el incremento que este servicio asistencial ha venido adquiriendo y necesitando por consecuencia nuevos factores económicos y administrativos que les permitan extender sus beneficios para dar una mejor solución a este problema, el Ejecutivo de mi cargo ha considerado que ha llegado el momento de crear un Organismo que de acuerdo con las Leyes responda a esta exigencia, con posibilidades y patrimonio propios, como Organismo descentralizado, para que haga extensivos, más ágiles y expeditos los servicios sociales de que se trata." (83)

Este Organismo se creó con personalidad jurídica y patrimonio propios y con domicilio en la Ciudad de México.

Su objetivo era:

Suministrar a los alumnos de escuelas primarias y preprimarias del Distrito Federal, cuya situación económica los ameritaba, servicio asistenciales complementarios, en especial mediante la distribución de desayunos, y se extendió

estos mismos servicios a las demás entidades de la República Mexicana en los términos de los convenios de cooperación que al efecto celebre con los Gobiernos locales.

B) INSTITUTO MEXICANO DE ASISTENCIA A LA NIÑEZ
(I.M.A.N.)

A través del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 19 de agosto de 1968, se creó el Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez (IMAN).

El entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Gustavo Díaz Ordaz, que en el ejercicio de sus facultades, que el Ejecutivo Federal confiere, la fracción I del artículo 89 Constitucional y con fundamento en el artículo 2 de la ley para el control, por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de participación Estatal y considerando:

" 1.- Que el creciente número de menores de edad abandonados, por parte de sus progenitores, ya sea motivado por una conducta antisocial, enfermedad o prisión preventiva de los mismos, u orfandad de los menores, obliga al Estado a poner especial atención en el cuidado de estos que, debido a las causas antes mencionadas, quedan en peligro de perder la salud, el equilibrio emocional y aun la vida, haciendo

necesaria la creación de establecimientos que se avoquen al cuidado integral de dichos menores y busquen la resolución al abandono mas rápido posible.

II.- Que dada la necesidad de atender también al menor enfermo de la especialización en pediatría e investigación de las enfermedades propias de la niñez, así como la preparación de profesionistas a través de la enseñanza y de la práctica encaminada a la solución de los problemas de la infancia, se considera indispensable establecer hospitales para menores.

III.- Que dada la necesidad de dedicar atención y esfuerzo especiales al problema del infante menor de cuatro años en estado de abandono, para poder resolverlo en forma integral es conveniente el establecimiento de casas de cuna.

IV.- Que para coordinar las actividades que exige la atención del menor abandonado o enfermo, es pertinente la creación de un organismo público descentralizado que dirija y canalice adecuadamente los servicios necesarios, dando oportunidad para que nuevas corrientes de cooperación emanadas de diversos organismos sociales, puedan aprovecharse en su beneficio. " (: 84)

Este organismo era público, descentralizado, que tenía un patrimonio y personalidad jurídica propios, y su domicilio estaba en esta ciudad de México, Distrito Federal.

Tenía por objeto:

a) Las casas de cuna tenían a su custodia niños menores de cuatro años, abandonados por sus padres por conducta antisocial, enfermedad o prisión de los padres, y orfandad.

b) Tenían Hospitales dedicados únicamente a la niñez.

c) Tenían cursos y seminarios para la preparación profesional de enfermeras, técnicos, estudiantes, trabajadores sociales y demás interesados en la protección de los menores.

d) La investigación completa para determinar las causas sociales del abandono, maltrato de los menores, proporcionando a las autoridades competentes las soluciones a los problemas estudiados.

e) Tenían la coordinación con la instituciones públicas o privadas para la disminución a los problemas de abandono explotación e invalidez de menores.

f) Los menores abandonados, explotados, maltratados o inválidos, deberían se integrados inmediatamente a los hogares dados en adopción, tutela o custodia temporal o a terceros o remitidos a hogares sustitutos o a establecimientos de asistencia oficial o privados, según a donde correspondiera y de acuerdo con las circunstancias que en cada caso concurren.

Esta Institución mexicana de Asistencia a la Niñez quedaba sometida al control y vigilancia del ejecutivo Federal.

C) SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA
FAMILIA (D I F)

A través del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de enero de 1977 se creó el Sistema Nacional para el desarrollo integral de la Familia.

El entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Licenciado José López Portillo, " que en el ejercicio de sus facultades, que el Ejecutivo Federal confiere, en la fracción I del artículo 89 constitucional y con fundamento en el artículo 13 de la Ley para el control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal y artículo 27 fracción XV y XIX; 37 fracciones I, III, XVI; 38; 39 fracciones I, VII, VIII y XVI de la Ley Orgánica de la administración Pública Federal y considerando:

Que la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez y el Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia son organismos Públicos Descentralizados que han fomentado el bienestar social en el país, cuadyuvando a la satisfacción de la necesidades de la población. " (85)

En virtud de que en ambas instituciones su finalidad es similar es por lo que, a través de este decreto que se busca la unificación de ambas y por ende la creación de una sola administración, lo que permitiría una mejor utilización de

(85) DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION.-13 de enero de 1977.-pág.26

los recursos y mayores beneficios para la colectividad, es por ello que se expidió el decreto por el cual se crea un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio denominado Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

En dicho decreto se fijan los objetivos de tal organismo que son los siguientes:

- I. Promover en el país el bienestar social
- II. Promover el desarrollo de la comunidad y fomentar el bienestar familiar;
- III. Apoyar y fomentar la nutrición y las acciones de medicina preventiva dirigidas a los lactantes y en general a la infancia , así como a las madres gestantes;
- IV. Fomentar la educación para la integración social, a través de la enseñanza preescolar y extraescolar;
- V. Fomentar el sano crecimiento físico y mental de la niñez y la formación de su conciencia crítica;
- VI. Investigar la problemática del niño, la madre y la familia a fin de proponer las soluciones adecuadas;
- VII. Establecer y operar de manera complementaria Hospitales, Unidades de Investigación y docencia y centros relacionados con el bienestar social,
- VIII. Fomentar, y en su caso, proporcionar servicios asistenciales a los menores en estado de abandono;

IX. Prestar organizada y permanentemente servicios de asistencia jurídica a los menores y a las familias, para la atención de los asuntos compatibles con los objetivos del sistema;

X. Fomentar la formación y la capacitación de grupos de promotores sociales y coordinar sus acciones para su participación organizada, tanto en los programas de Sistema, como en otros asuntos;

XI. La coordinación con otras instituciones afines cuyo objeto sea la obtención del bienestar social." (86)

A través de este decreto y en el transitorio segundo se derogan los decretos por los cuales se crearon la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez y la del Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia, antes Instituto Nacional de Protección a la Infancia.

Así mismo en el Transitorio tercero de dicho decreto el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, llamado comúnmente DIF por sus siglas, adquiere los derechos y obligaciones adquiridos por la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez e Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia.

D) ALBERGUE TEMPORAL A CARGO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

Mediante el acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación del 25 de abril de 1989, se creó el Albergue Temporal.

El Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Licenciado Ignacio Morales Lechuga giró instrucciones a los servidores públicos de dicha dependencia, con el objeto de proteger inmediatamente cuando sea necesario a los menores o incapacitados que se encuentran relacionados en averiguaciones previas y se les origine una situación de conflicto, daño o peligro.

Con fundamento en los artículos 10, 20, 50, 70, 90 y 17 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y considerando:

" Que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal le corresponde, entre atribuciones, velar por la legalidad en la esfera de su competencia, como uno de los principios rectores de la convivencia social, promoviendo la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia;

Que la garantía constitucional que ordena la protección de los menores, para su estricto cumplimiento, requiere del apoyo de esta Institución para intervenir de inmediato cuando

los menores o incapacitados estén relacionándose alguna averiguación previa y se les origine una situación de conflicto, daño o peligro;

Que para brindar la atención y cuidados necesarios a los menores o incapacitados involucrados en averiguaciones previas, se hace indispensable trasladarlos al Albergue Temporal de esta Dependencia y a disposición de la Dirección General del Ministerio Público en lo Familiar y Civil, para que se les proporcione la más alta protección que en el derecho proceda; y

Que su trascendencia humanitaria y tratarse de la observancia de una disposición constitucional que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal está obligada a complementar, la actividad asistencial que desarrollara esta Dependencia con los menores incapacitados de conformidad con sus atribuciones, debe concebirse y realizarse independientemente de la función persecutoria de los delitos del orden común." (87)

Cuando la Dirección General de Averiguaciones Previas, la Dirección General de Procesos y la Dirección General de Servicios a la Comunidad tengan conocimiento que algún menor o incapacitado relacionados con una averiguación previa y que dicha situación de conflicto, daño o de peligro procederán:

a) Poner a los menores o incapacitados a disposición de la Dirección General del Ministerio Público en lo Familiar y Civil para que resuelva su situación jurídica, de conformidad con sus atribuciones, y

b) Ordenar inmediato que se conozca del asunto, el Traslado de los menores o incapacitados al Albergue Temporal, de esta dependencia para que se les proporcione la atención y cuidados necesarios." (88)

La Dirección General del Ministerio Público en lo Familiar y Civil, podrá ejercitar las acciones necesarias a fin de proporcionar a los menores la más amplia protección y para tal efecto podrá:

-- Entregarlos a quienes ejerzan la patria potestad del menor.

-- Entregarlos a quienes acrediten el entroncamiento.

-- Enviarlos a algún establecimiento asistencial.

-- Promover ante tribunales competentes la designación de tutores o curadores según el caso.

-- La intervención necesaria otorgando la protección que requieran los menores o incapacitados con el propósito de cuidar la situación jurídica más favorable para sus intereses.

-- Los menores o incapacitados que ingresen al Albergue Temporal teniendo quien ejerza la patria potestad se enviarán a las instituciones de beneficencia, hasta que se determine su situación jurídica definitiva.

-- Los menores o incapacitados abandonados que les sea difícil canalizarlos en instituciones asistenciales de beneficencia, la Dirección General de Ministerio Público en lo Familiar y Civil, procurara la adopción de los mismos.

E) CENTRO DE ATENCION DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

C.A.V.I.

Por medio del acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 5 de octubre de 1990 se creó el Centro de Atención de Violencia Intrafamiliar, C.A.V.I.

Con el acuerdo emitido por el entonces Procurador General de Justicia del Distrito Federal Licenciado Ignacio Morales Lechuga por el que crea el Centro de atención de Violencia Intrafamiliar, con fundamento en los artículos 10, 2o fracciones II, III y IV, 17 y 24 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y considerando:

" Que nuestra sociedad capitalina prevalecen valores, cuyas demarcaciones son señaladas por la familia, la que constituye el núcleo central para lograr el desarrollo individual de sus integrantes.

Que siendo la familia el bastión indiscutible para la preservación del vínculo familiar, el Estado debe establecer mecanismos idóneos para su conservación e integración, resultando de vital importancia combatir frontalmente mediante los medios a nuestro alcance, todo aquello que vaya en contra o deteriore la unidad necesariamente es el origen de la comunión social.

Que en razón de lo anterior, esta dependencia se propone reforzar esos vínculos, no permitiendo que la realización de un hecho logre el desmenbramiento o menoscabo que por sus efectos lesivos se produzcan, siendo de gran importancia este establecimiento, para prevenir y sancionar las conductas antisociales, mediante tratamientos específicos y sugerencias en la materia, se produzcan logros que no permitan el deterioro del núcleo familiar y se obtenga la armonía que debe prevalecer sobre cualquier situación que se suceda."(89)

Este Centro de Atención atenderá de los asuntos donde se detecte la violencia intrafamiliar, el cual proporcionará atenciones a las víctimas de violencia intrafamiliar a través de servicios medico-psicológico, social y legal orientados hacia la prevención, asistencia terapéutica e investigación de la problemática familiar a fin de prevenir los índices delictivos en el Distrito Federal.

Los servicios que brindará este centro serán los siguientes:

(89) DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION.-5 de febrero de 1990.-pág.34

" a) Si tuviere noticias de un hecho en donde se detecte violencia intrafamiliar canalizará a la víctima u ofendido, o lo hará del conocimiento de las Direcciones Generales de Averiguaciones Previas, de lo Familiar y lo Civil o cualesquiera unidades departamentales de la Institución, para su intervención e investigación en el ámbito de sus respectivas atribuciones;

b) Proporcionar atención psicoterapéutica a probables responsables, víctimas y a los familiares involucrados en conductas que ofenden o deterioren el vínculo familiar;

c) Brindar asesoría jurídica y seguimientos de asuntos relacionados con su objetivo;

d) Realizar actividades preventivas en la comunidad mediante pláticas, cursos, conferencias y talleres a la población en general;

e) Procurar, en su caso, atención médica a las víctimas que así lo ameriten;

f) Diseñar y llevar a efecto estudios de investigación e interinstitucionales en materia de violencia intrafamiliar. " (90)

Con este último Centro de Atención para los menores incapacitados, abandonados y maltratados doy por terminado este punto y pasaré al funcionamiento de dos Instituciones que con anterioridad mencioné.

(90) DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION.-5 octubre de 1990.-
pág.35

5.2 FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES QUE PROTEGEN AL MENOR MALTRATADO

En un mundo moderno donde se habla de telecomunicaciones, nuevos medicamentos y tecnologías sofisticadas, la humanidad día con día avanza mas a su destrucción. No son los problemas de contaminación, o de falta de alimentos los que la acechan y la atacan, sino aquellos que la hacen caer violentamente contra todo lo que le rodea y contra sí misma.

Los porcentajes de violencia en las grandes ciudades aumentan año con año; las familias desintegradas, niños de la calle, jóvenes alcohólicos o drogadictos, menores de edad que han sido maltratados y violados, mujeres que se prostituyen, parecen ser algo grave en nuestro tiempo.

Pero entre todos estos problemas hay uno que requiere de la atención inmediata tanto de las autoridades como de la sociedad en general: el maltrato del menor, ya que el niño es el futuro de nuestro país y de nuestra sociedad.

Es por eso que se espera que crezcan y se desarrollen en un mundo libre de violencia, que les ofrezcan diversas opciones para vivir. Sin embargo, la cara de la moneda es otra, cientos de niños son maltratados, ¿denuncias?... muchas, pero no suficientes, el factor como el miedo de alguno de los padres o de otros familiares o simplemente de los vecinos, que prefieren callar y no comprometerse.

El ambiente en el que se desarrolla el menor es sumamente importante para su actitud hacia la vida, lo ideal es que crezcan dentro de una familia integrada capaz de cubrir sus necesidades básicas como el techo, estudio, alimento, vestido y amor. El apoyo que brinden los padres será la clave para que en el futuro los hijos confíen plenamente en ellos.

Las consecuencias a la agresión física del menor son muchas y variables, los pequeños maltratados brutalmente, en algunos casos van a dar al hospital, sin embargo, las consecuencias físicas pueden tener solución, pero el daño psicológico requiere de un proceso para poderle dar al menor seguridad y confianza, ya que, en estos casos el niño comienza a cambiar en su conducta, es violento o lo contrario, se vuelve retraído, y su rendimiento escolar baja.

Todo lo anterior se debe de tomar en cuenta por alguno de los padres, si el agresor es uno de ellos, o los otros familiares más cercanos al menor, por ello como se trata de integrar nuevamente al menor a la familia, lo más conveniente es acudir junto con los padres a la institución antes mencionada C.A.V.I., ahí tomarán terapias intrafamiliares para que se procure que el menor y los padres se incorporen realmente a la familia, lejos de una agresividad total.

En nuestro país hay instituciones públicas y privadas que se preocupan para la rehabilitación de los niños maltratados, a continuación mencionaré su funcionamiento de dos de ellas.

**A) SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA
FAMILIA D.I.F.**

Las tareas de rehabilitación de los niños maltratados son actividades que corresponden no sólo al sector público, sino también al sector privado, pues tales labores implican no nada más una función de la autoridad, sino un deber humano, una obligación social y moral de todos los sectores de la población para con las víctimas de los malos tratos; es decir, es una acción de interés público que compete a toda la colectividad.

El Estado cumple con estas tareas a través de diversas entidades o dependencias, entre las cuales destaca el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia D.I.F..

Los particulares realizan tareas de rehabilitación por conducto de asociaciones civiles o grupos que destinan recursos para cumplir con estos fines.

Como ya mencioné " el D.I.F. tiene su origen jurídico en el decreto del Ejecutivo Federal, que apareció en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1977." (91)

Los objetivos de esta Institución son los siguientes:

- a) Promover en el País el bienestar social.
- b) Promover el desarrollo de la comunidad y fomentar el bienestar familiar.

c) Apoyar y fomentar la nutrición y las acciones de medicina preventiva designadas a los lactantes y, en general, a la infancia y a las mujeres embarazadas.

d) Fomentar la educación para la integración social a través de la enseñanza preescolar y extraescolar.

e) Fomentar el sano crecimiento físico y mental de la niñez, así como la formación de su conciencia crítica.

f) Investigar la problemática del niño, de la madre y de la familia, a fin de proponer las soluciones adecuadas.

g) Establecer y operar de manera complementaria con hospitales, unidades de investigación y docencia, y centros relacionados con el bienestar social.

h) Fomentar y, en su caso, proporcionar servicios asistenciales a los menores abandonados.

i) Prestar, organizada y permanentemente, servicios de asistencia jurídica a los menores y a las familias para la atención de los asuntos compatibles con los objetivos del sistema.

j) Fomentar la formación y la capacitación de grupos promotores sociales voluntarios y coordinar acciones, para su participación organizada, tanto en los programas de asistencia, como en otros fines.

k) La coordinación con otras instituciones afines cuyo objetivo es la obtención del bienestar social.

Como puede apreciarse, El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, tiene señalados objetivos claramente relacionados con el problema que no ocupa, de

manera que podemos señalar que el referido organismo, a través del a Procuraduría para la defensa del menor y la Familia, dependiente del D.I.F., presta servicios, en materia de asistencia jurídica e investigación, a los menores y a las familias en los caos en que existan malos tratos a los niños.

Por medio de otras unidades administrativas del sistema se llevan a cabo diversas tareas de atención, protección y auxilio a los menores víctimas de malos tratos.

La coordinación del D.I.F. con otras instituciones afines cuyo objeto sea la obtención del bienestar social, podemos decir que pueden ser públicas o privadas, y su objetivo sería el bienestar social, coordinándose ambas para la colaboración de recursos y esfuerzos, de tal suerte que se constituyan instrumentos sólidos que, gracias a esa conjugación de acciones y elementos, hagan factible una labor de rehabilitación que se desarrolle de mejor manera y se logren mejores resultados que los que se lograrían si las distintas instituciones u organismos involucrados en las tareas de rehabilitación actuando de forma dispersa o aislada.

Sería también factible operar de la misma manera para la labor de rehabilitación, y considero conveniente establecer una coordinación y enlace entre los organismos públicos y privados que realizen tareas de rehabilitación, a fin de concentrar los recursos que posibiliten la obtención de mejores resultados en esta materia.

" Los recursos humanos, materiales y financieros son escaso, es necesario mayores recursos a las tareas de rehabilitación, es urgente ya , que se vigoricen las acciones de rehabilitación de niños maltratados, en atención a la magnitud de este problema y a la necesidad de reinsertar positivamente en la vida comunitaria a estos menores.

En Nueva York se ha constituido una fundación para la rehabilitación de menores maltratados y, si la disponibilidad de recursos públicos o privados lo permitiesen, sería sumamente positiva la creación, en nuestro país, de un organismos dedicado exclusivo y especializado a la función de rehabilitación de los menores maltratados."(92)

B) ALBERGUE TEMPORAL

" ¿ QUE ES EL ALBERGUE ? Un lugar de asistencia que en forma solicita, cariñosa y profesional, recibe a los menores que son víctimas de la exclusión y el abuso. Es una institución donde los niños desamparados o en abandono, son acogidos mientras se les busca un destino permanente.

¿ QUIEN COORDINA SUS ACTIVIDADES ? La procuraduría General de Justicia del Distrito Federal a través de la Dirección General del Ministerio Público en lo familiar y lo civil.

(92) OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO.-El niño maltratado.- Editorial Trillas.-México.-1992.-pág.69

¿ DE DONDE VIENEN LOS MENORES QUE SON ATENDIDOS POR EL ALBERGUE TEMPORAL ? Son los niños que han sido presentados a las diversas agencias del Ministerio Público, niños que están involucrados, casi siempre, en hechos donde el menor es objeto de delito que lo convierte en víctima.

Ante esta situación de peligro, daño o conflicto, el niño es trasladado a la Agencia Especializada para Menores. Esta instancia creada es responsable de calificar la situación, y en su caso, trasladar al pequeño al Albergue Temporal.

Cuando se presenta la situación opuesta, y el menor ha actuado como sujeto de delito, su calidad de infractor obliga a que sea trasladado al Consejo de menores organismo dependiente de la Secretaría de Gobernación.

¿ SI EN EL ALBERGUE ES TEMPORAL, A DONDE VAN A DAR ESTOS NIÑOS POSTERIORMENTE ? La situación es muy compleja en algunos caso, sobre todo en niños atípicos o impedidos. A grandes rasgos, podemos decir que aproximadamente la mitad de estos menores suelen irse a vivir con una familia ajeno a quien lo agravió y ofendió (no importa que sea fuera de la ciudad de México, puesto que existe una eficiente coordinación con los D.I.F. foráneos, estatales o municipales que ayudan a buscar, analizar y decidir sobre el destino del niño bajo la protección de un familiar). Una cuarta parte de los que se hospedan en el Albergue, es recibida por organismos del sector público de estancia permanente. El resto, acude a instancia de pequeñas instituciones privadas

generalmente atendidas por religiosas y otros pequeños van a vivir con sus madres detenidas en los reclusorios, regresan a su país de origen, o son ubicados con familiares recomendables, tras un proceso de autorización para convivencia, que concluye con la sentencia del juez que perfecciona la adopción, un 40 % se van con familiares, un 25% se van al D.I.F., un 20 % se van a instituciones privadas, un 10 % es van a protecciones sociales y por último un 5 % a otras partes.

¿ CUAL FUE ORIGEN DE LOS RECURSOS FINANCIEROS ? En abril de 1989 en forma personal, la presidencia del voluntariado con la colaboración del Voluntariado Nacional, diseño la estrategia de obtención de fondos destinados a involucrar a la sociedad civil en este proyecto.

A partir de la vinculación directa con individuo y grupos se acudió a empresas, bancos, sindicatos, cámaras, etc. cuyos titulares conocieron de cerca y comprendieron cabalmente el problema de los " Niños del Silencio ".

La respuesta fue unánime y generosa, colaborar en primera etapa para la construcción del Albergue y posteriormente apoyar su operación.

La edificación del albergue, a sido el testimonio singular de un nuevo enfoque en la participación colectiva, es un punto de vista diferente en la solidaridad entre instituciones públicas y sociedad civil.

A nombre de los miles de menores a los que el desamparo y la irresponsabilidad de algunos adultos, coloca en el difícil trance del abandono y desdicha.

Gracias a la sensibilidad y conciencia de la sociedad mexicana se hizo posible la construcción del Albergue Temporal de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. " (93)

De todo lo anteriormente señalado, considero desde un punto de vista personal, que nuestro país, debería de seguir el ejemplo de los Estados Unidos respecto a la creación de un organismo dedicado exclusivamente y especializado a la función de rehabilitación de los menores maltratados, todo ello en virtud de que nuestro país no existe un Organismo con tales característica y exclusivas para el cuidado y protección de los menores maltratados, y sobre todo una cuestión fundamental como es la rehabilitación de los niños ya sea física o psicológica.

Ahora bien, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal creó en 1989 el centro de Terapia de apoyo, pero únicamente para dar orientación psicoterapéutica a víctimas de delitos sexuales y a sus familiares; a realizar investigaciones, estudios estadísticos y victimológicos, a efecto de evaluar el impacto de la agresión sexual, así mismo apoyar extra institucional a víctimas en juzgados, hospitales y domicilio cuando así se requiera.

(93) FOLLETO PROPORCIONADO POR EL ALBERGUE TEMPORAL.-
Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal creó el Centro de Atención de Violencia Intrafamiliar C.A.V.I., como ya expliqué en puntos anteriores cual es su función.

De lo anterior, nos da una idea clara de que estas Instituciones y otras más tiene como finalidad la protección y cuidado de los menores objetos de agresión, pero considero que no existe un organismo encargado aparte del cuidado y protección, a la rehabilitación tan importante cuando se presenta alguna agresión ya sea física o psicológica al menor.

No hay que olvidar que los menores tienen derecho a recibir cuidados especiales físicas como psicológicas y sobre todo a la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de transtornos crueles, e inhumanos o degradantes.

Esta recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Hay que tomar medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por parte de sus padres o tutores, abuelos, hermanos mayores o cualquier otro tipo de persona que este encargada o cerca del menor.

5.3 CONCEPTO DEL MENOR MALTRATADO

La existencia de los malos tratos a los menores es un problema de profundas repercusiones sociales, médicas y jurídicas, que requiere de conocimiento y soluciones inmediatas, en virtud de que su magnitud es mayor de lo que se puede pensar en razón de los hechos conocidos. En este caso sólo nos referiremos a las repercusiones sociales y jurídicas, ya que es el tema de este trabajo.

Como primer punto precisaré que significa " menor ", según el Diccionario de Derecho menor es " Persona que no ha cumplido todavía dieciocho años ". (94)

Desde el punto de vista sociológico menor es " Persona humana inmadura que se encuentra en el período de la vida comprendiendo entre el nacimiento y el principio de la pubertad. " (95)

Aclarando lo que significa menor o niño, pasare a definir lo que es el menor maltratado o niño maltratado.

" Persona humana que se encuentra en el período de la vida comprendido entre el nacimiento y el principio de la pubertad, objeto de acciones y u omisiones intencionales que producen lesiones físicas o mentales, muerte o cualquier otro daño personal, prominentes de sujetos que , por cualquier motivo, tengan relación con ella ". (96)

(94) RAFAEL DE PINA Y RAFAEL DE PINA VARA.-op.cit.-pág.351

(95) CESAR AUGUSTO OSORIO Y NIETO.-El niño maltratado.-Editorial Trillas.-México.-1992.-pág.11,12

(96) Idem.-pág.12

Como podemos ver " el menor maltratado " es una persona humana que se encuentra en el período entre el nacimiento y la pubertad.

Encontramos la expresión de " acciones u omisiones " esto es, el menor es destinatario de diversas conductas que consisten en actos o abstenciones, es decir, en el caso de golpes, no proporcionarles alimentos u otras atenciones y esto provocaría lesiones o hasta la muerte.

También aludimos a la palabra " intencional " con esto señalamos que tales actos u omisiones que se realizan son el resultado de una voluntad consistente, clara, definida, determinada y enfocada hacia la realización del hecho del maltratar al menor.

El artículo 288 de Código Penal nos dice :

" Bajo el nombre de lesión, se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda la alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si estos efectos son producidos por una causa externa".

Lo anterior mencionado son las lesiones físicas y " las mentales " son las que dañan las funciones intelectuales de el pensamiento o sea la psiqué.

" La muerte" es la pérdida irreversible de la vida.

Por último se mencionó " sujetos activos que generan el maltrato " con esto nos referimos a los malos tratos que no sólo proceden de los padres, abuelos, padrastros, hermanos mayores, sino cualquier otra persona cercana al niño.

Con estas líneas doy por terminada la forma como se entiende y se define al menor maltratado.

5.3.1 REPERCUSIONES SOCIALES

En las repercusiones sociales hay diferentes tipos de factores; los individuales , los sociales y los familiares.

A) FACTORES INDIVIDUALES

" Los factores individuales" son las posibles motivaciones aparentes y profundas que conducen a los sujetos a realizar conductas que dan por resultado malos tratos a los niños." (97)

En muchas ocasiones los agresores, generalmente los , padres o tutores, tuvieron ascendientes que los maltrataron, lo cual dió como resultado que crecieran con lesiones físicas y emocionales que les produjeron la creencia de que no eran buenos, lo que conduce a un sentimiento de rechazo de sí mismos que los hace deprimidos e inmaduros.

La frustración de los padres casi siempre deriva en castigo hacia sus hijos, ya que estos descargan sus tendencias negativas.

El agresor es un sujeto inadaptado que se cree incomprendido y que suele ser impulsivo e incapaz de organizar el hogar, situaciones que lo conducen a reaccionar violentamente en contra de sus hijos, en especial en momentos de crisis, o que se sienten amenazados, y que dirigen su agresividad o frustración hacia los hijos, que quienes con su llanto agravan la situación ya de por sí tensa y embarazosa.

En algunas ocasiones encontramos ciertos argumentos que trata de justificar el maltrato a los menores: se les castiga " por su propio bien ", por que demuestran un comportamiento inadecuado " por ensuciarse ".

En otro caso las madres piensan que sus hijos son causantes de sus pechos flácidos, caderas deformadas, obesidad, varices, hemorroides, etc., y se desarrolla la agresividad contra el supuesto culpable, es decir, el hijo.

También los padres piensan que el niño ha defraudado las esperanzas que pusieron en él ya sea porque presentan alguna disminución física o mental o simplemente porque no es el niño ideal.

Otros padres psicópatas o sádicos pueden sentir placer con el sufrimiento del niño.

Encontramos motivaciones más profundas, en situaciones tales como el temor, la incapacidad paterna de asumir la responsabilidades, o la incapacidad para comprender y educar al niño.

Como vemos, el maltrato del menor no es sólo la falta de amor hacia los hijos, sino es el factor determinante que motiva a los adultos a maltratar a los niños.

B) FACTORES FAMILIARES

" Respecto de la situación familiar, podemos anotar que se pueden presentar circunstancias que generan malos tratos a los menores cuando éstos no han sido deseados, cuando proviene de uniones extramaritales, cuando son adoptados o incorporados a la familia en alguna otra forma de manera transitoria o definitiva, cuando son productos de uniones anteriores o cuando se han colocado en otro lugar y no se acepta el retorno a la familia original." (98)

Puede ser que los malos tratos se den en familias numerosas, en razón de carencias diversas, educacionales, de habitación, económicos, etc. aunque no siempre sucede así.

Generalmente, en las familias en que hay niños maltratados la vida es desordenada, existe inestabilidad y desorganización hogareña, desavenencia conyugal, penuria económico, enfermedades, conductas antisociales, ausencia de cuidados, ropa sucia, alimentos deficientes o mal preparados,

(98) OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO.-op.cit.pág.27

habitaciones inmundas, mala administración del dinero (cuando lo hay), desempleo, embarazos no deseados, expulsiones de la escuela y, por lo tanto, desintegración del núcleo familiar.

Podemos considerar que las razones que señalé describen el lugar en que con mayor frecuencia se desarrollan los malos tratos a los menores; pero esto no representa una regla sin excepción, en algunos hogares bien integrados, con una sólida base económica y otras características positivas, pueden darse, y se dan casos de malos tratos a los niños, pero es más frecuente la incidencia en las familias con escasos recursos económicos.

C) FACTORES SOCIALES

" Los malos tratos contra los menores se producen en todas las clases sociales y niveles económicos, en todas las razas, nacionalidades y religiones." (99)

El problema del menor maltratado se restringe a grupos de escasa instrucción y nivel socioeconómico inferior, sin embargo, el abuso de los menores ocurre en todos los grupos socioeconómicos y todas las clases sociales, inclusive en las familias de profesionales.

Sin embargo los malos tratos a los menores puede darse en cualquier grupo social, pero por diversas razones a este hecho presenta mayor insidencia en niveles inferiores, sin dejar de reconocer que los estratos superiores están en mejor posibilidad de ocultar o disminuir tales hechos.

Considero que la falta de sensibilidad de la sociedad con respecto a este problema también es un factor que influye en la realización de estos hechos; la indiferencia de muchas de las personas que observan y conocen tales conductas, posibilitan que tales conductas se presenten sin que haya una respuesta social represiva de esos actos u omisiones.

En muchas ocasiones las personas hacen del conocimiento de las autoridades competentes estos hechos, pero es deseable que en todo caso la actitud de la comunidad sea favorable al niño, dé reproche a los agresores y dé auxilio a las autoridades, la cual en última instancia no es más que un elemental sentido de solidaridad social.

5.3.1 REPERCUSIONES JURIDICAS

Conforme al Derecho vigente en México y tomando como base el Código Penal y Civil, podemos realizar dos enfoques jurídicos respecto al problema planteado.

A) DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO PENAL

Es motivo de gran interés para este trabajo, la legislación penal, con respecto a lo relativo a los malos tratos a los menores, pues proporciona normas jurídicas que protegen al menor.

En el Título decimonoveno, Capítulo VII del Código Penal vigente, habla del abandono de las personas; y en sus artículos 335, 336, 339, 342 y 343 establece una protección

para el niño abandonado que pueden producir lesiones y hasta la muerte, procurando evitar el desamparo y que conduzcan a estados lesivos y económicos, no obstante considero que hay una relación entre estos artículos, con respecto al niño maltratado y que tal vez sea eventual.

En el artículo 266 del mismo ordenamiento establece que " Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad...."

Y el artículo 272 : " Se impone la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con su descendiente "

Los dos artículos anteriores establecen situaciones en las cuales se crea una protección jurídica penal, hacia el menor, también es punible el que un ascendiente dé muerte a su descendiente.

¿ Qué acaso la vida de cualquier ser humano llámese niño o adulto es respetable desde el instante de su fecundación ?.

Considero que las reformas al Código Penal del 10 de enero de 1994, son acertadas ya que en el artículo 323 se establece un pena de diez a cuarenta años de prisión, en el caso de que el ascendiente prive de la vida a su descendiente; todo ello, considero, que tiene por objeto la la protección de la vida del menor.

Otro artículo del mismo ordenamiento que protege al menor es el 295 que dice: " Al que ejerciendo la patria potestad o tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el Juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación de aquellos derechos "

B) DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO CIVIL.

Desde el punto del Derecho Civil se fijan normas jurídicas, que considero que tienen relación con el cuidado y protección del menor.

Y tan es así, que se establecen normas referentes a la obligación de los cónyuges de contribuir a la alimentación de los hijos, artículo 164; a la abstención de los cónyuges a desempeñar actividades que dañen la moral de la familia, artículo 169; a las conductas inmorales que corrompan a los hijos, artículo 267 fracciones V, VII, VIII, XII, XV, causales del divorcio necesario; la permanencia de las obligaciones de los padres respecto de los hijos, aun cuando pierdan la patria potestad, artículo 285; aseguramiento de obligaciones pendientes respecto de los hijos en caso de divorcio y obligación de contribuir a satisfacer las necesidades de los hijos, artículo 287; obligación de proporcionar alimentos a los hijos, artículo 303; La obligación de otros parientes de suministrar alimentos a los menores, artículo 305 y 306; derechos y obligaciones que nacen entre el adoptado y el adoptante,

artículo 396; la mala conducción de la tutela, como motivo de pérdida de la misma, artículo 504 fracción II.

Y por último me referiré al artículo 444 fracciones III y IV que a la letra dice:

" La patria potestad se pierde:

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

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

Como vemos estas dos últimas fracciones del mencionado artículo son las bases jurídicas fundamentales para pedir la pérdida de la patria potestad, cuando un menor de edad es maltratado y se encuentra en peligro de sufrir daños físicos y psicológicos.

Con respecto a los artículos antes mencionadas, considero que contribuyen en diversas formas a la seguridad, al desarrollo del menor, y sobre todo, tratan de evitar conductas nocivas a su integridad psíquica.

Y para concluir esta investigación, diré que la pérdida de la patria potestad de los hijos del matrimonio y adoptivos se dará, cuando los hijos de éstos, sufran maltratos de tal manera que pongan en peligro su seguridad física y moral. (100).

(100) CESAR AUGUSTO OSORIO Y NIETO.-op.cit.pág.25,26,27,28

C O N C L U S I O N E S

I. La patria potestad entre los romanos, en un principio se conoció como una institución creada a beneficio exclusivo del " pater familias " el que la ejercía en forma absoluta, cruel y despótica sobre todas las personas que formaban su familia, ya que tenía la obligación de su conservación política, religiosa y jurídica, sin tomar en cuenta la edad de las personas porque se ejercía en forma vitalicia. Hubieron de transcurrir muchos años, para que se fuese suavizando la rudeza de las costumbres y limitando la autoridad del " pater " hasta que cambió la situación de los hijos, pasando éstos a ser considerados como hombres y no como cosas propiedad del padre.

II. En la continua evolución, la institución fue convirtiéndose poco a poco en protectora de los hijos, siendo que en el Derecho Español, el que cambiando las ideas tradicionalistas, conoce en ciertas ocasiones el ejercicio de la patria potestad de la madre, ya que anteriormente el padre era el que gozaba de tales derechos.

III. En el Derecho Alemán, llamo a la patria potestad " Mund Mundio " que significa etimológicamente mano, siguiendo las ideas y costumbres de los romanos, pero adoptando la idea individual, ya que no aceptaban la sumisión de una persona a otra en forma perpetua, sentando la base de que la patria potestad estaba constituida con un espíritu de protección a favor de los débiles.

IV. Los Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y 1884, recopilaron las ideas fundamentales de la patria potestad, reglamentándolas tomando como base que la institución está creada para beneficio y cuidado del hijo y no del padre, imponiéndose a éste último, obligaciones que debía cumplir teniendo como meta, alcanzar la mayor utilidad para el menor que esté bajo su cuidado. Enumeran ya para evitar confusiones las personas que ejercieran la patria potestad, pero dándole siempre primicia al varón.

V. La patria potestad es otorgada en su ejercicio tanto al padre como a la madre no excluyéndose a ésta como antiguamente se hacía y en su caso a sus ascendientes, aceptándose que tal ejercicio lleva consigo derechos y obligaciones, tomando un aspecto de relaciones jurídicas vitales en beneficio del menor. Por lo que siguiendo tales ideas me permití dar la siguiente definición: " La patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones legalmente reconocidos, otorgados al padre y a la madre; posteriormente en su caso, a los ascendientes respecto a los hijos menores nacidos dentro o fuera de él pero reconocidos, sobre los adoptivos, no emancipados, tanto en su persona como en su patrimonio ".

VI. Se constituirá legalmente la patria potestad y por lo tanto se adquieren todos los derechos y obligaciones impuestas por la institución: por el nacimiento de un hijo en el matrimonio, por la legitimación, por el reconocimiento de

un hijo fuera del matrimonio, por el reconocimiento forzoso de un hijo, por la adopción y por ser ascendiente de un menor y conforme a la ley corresponda ejercerla.

VII. Ejercerán la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, primeramente el padre y la madre, por impedimento de éstos, los abuelos paternos y posteriormente los abuelos maternos; sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio, si los padres viven juntos ambos la ejercerán. Propongo que cuando faltasen los padres, el Juez que conociera del asunto nombraría a las personas que los substituyeran en el ejercicio, prefiriendo a los abuelos, que ofrecieran mejores medios de vida para el menor.

VIII. Ejercerá únicamente la patria potestad sobre el menor adoptado la persona que lo haya adoptado.

IX. Quienes están sujetos a la patria potestad tienen la obligación de honrar y respetar a sus ascendientes, entendiéndose esta obligación aun cuando dejen de estar bajo la patria potestad y haya cambiado su condición frente a éstos.

X. Los principales derechos y obligaciones que tienen quienes ejercen la patria potestad sobre la persona de los menores sujetos a ella son: el derecho de guarda, consistente en la debida protección y cuidado del menor; el deber de educar al hijo convenientemente, la obligación de alimentarlo, siendo esta obligación también de los menores cuando el ascendiente tenga la necesidad de ellos; otro derecho que tienen los ascendientes es de castigar y corregir

a los menores que están bajo su cuidado, igualmente tendrán derecho de representar al menor en juicio y fuera de él, así como la facultad de otorgar el consentimiento para que éste pueda contraer matrimonio.

XI. La patria potestad se extingue o termina cuando no tiene razón para que subsista la institución, ya sea por que muera quien la ejerce, si no hay otra persona que lo substituya en el ejercicio de la misma, por la muerte del menor, por su emancipación o por alcanzar la mayoría de edad; en todos estos casos se pone fin a la institución en sí misma y la persona a cuyo favor haya operado la extinción, nunca estará nuevamente bajo la patria potestad de nadie.

XII. La patria potestad se suspende cuando una persona es inhabilitada para ejercerla, es decir, se le priva de ella de modo temporal por medio de sentencia ejecutoriada que imponga como pena tal suspensión, pero se previene que si dicha persona puede nuevamente ejercerla, una vez que desaparezca la causal que dió origen a la suspensión y lo reconozca así la autoridad judicial, por lo tanto se podrá suspender la patria potestad por que quien la ejerce, sea declarado legalmente incapacitado.

XIII. El Juez de lo Familiar puede declarar legalmente ausente a quien ejerce la patria potestad por sentencia que imponga la suspensión de tal, sin olvidar que el ausente tiene la obligación de seguir proporcionando alimentos a sus menores.

XIV. Con respecto a la suspensión del ejercicio de la patria potestad, que por sentencia condenatoria la imponga el legislador; éste tendrá las más amplias facultades para dar la suspensión del ejercicio de la misma, tomando como base jurídica el artículo 283 del Código Civil.

XV. Se pierde la patria potestad, cuando quien la ejerce es privado definitivamente de su ejercicio por sentencia ejecutoriada, sin que ésto implique que el menor que estaba bajo su cuidado de quien fue privado deje de estar sujeto a la misma, ya que únicamente perjudica a quien fue privado de ella y no de la institución en sí.

Por lo tanto la patria potestad, se perderá cuando el que la ejerza, es privado expresamente de ella, cuando sea condenado por algún delito grave en dos o más ocasiones, por haber dado origen a una causal de divorcio que impone como pena la pérdida de tal ejercicio cuando peligre la salud, seguridad o moralidad de los hijos porque los menores sean expuestos o abandonados.

El hecho de perder el ejercicio de la patria potestad, no trae aparejada la desaparición de las obligaciones impuestas por la misma, sino que en todos los casos subsisten al igual que los derechos enmanados de los lazos del parentesco así como las normas impuestas tanto a los padres como a los hijos por el derecho natural.

XVI. No hay que olvidar que la patria potestad es irrenunciable, sin embargo hay dos casos en los que se

permiten que se excusen a los que les corresponde ejercerla; cuando se tenga más sesenta años cumplidos y por el mal estado habitual de salud.

XVII. El maltrato de menores es sin duda el reflejo de una vida de frustración de parte del adulto golpeador, así como también, la falta de preparación tanto escolar como moral, pero esta actitud de enojo del adulto que maltrata, le hace olvidar en ocasiones que está golpeando a carne de su carne y sangre de su sangre, así como que el menor tenga que trabajar en labores que sólo son propias de los adultos, es algo que lastima a quienes día con día podemos observar que la risa infantil ha desaparecido y en su lugar es ocupado por una carita cansada que refleja tristeza y falta de amor.

El maltrato y abandono a los menores es una vergüenza para todos los ciudadanos de nuestro país y del mundo en general, que no hemos encontrado la forma de dar una vida más digna aquellos que son el futuro de nuestro país, estamos llenos de egoísmo y de falta de sensibilidad, y es por esto mismo que sugiero que si existan organismos que verdaderamente luchen, rehabiliten y protejan a los cientos o millones de menores no sólo maltratados sino también a los niños de la calle que deambulan contidianamente por nuestra ciudad en busca de un lugar que los proteja de la intemperie y les dé los cuidados alimentarios que requieran.

B I B L I O G R A F I A

1. BAQUEIRO ROJAS Edgar y BUENROSTRO BAEZ Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones, Colección Texto Jurídicos Universitarios, Editorial Harla, México, 1990.
2. BENEYTO PEREZ Juan, Instituciones de Derecho Histórico Español, Volumen I, Primera Edición, Imprenta Claraso, Barcelona, 1930.
3. BENEYTO PEREZ Juan, Manual de Historia del Derecho, Imprenta Madrid - Aragón, Madrid, 1940.
4. CASTAN TOBEÑAS José, Derecho Civil Español Común y Floral, Tomo II, 6a Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid 1944.
5. COUTO Ricardo, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Edición la Vasconia, México 1919.
6. DE IBARROLA ANTONIO, Derecho de Familia, 3a Edición, Editorial Porrúa, México 1984.
7. FLORIS MARGADANT Guillermo, Panorama de la Historia Universal del Derecho, 2a Edición, Editorial Porrúa, México 1991.
8. GALINDO GARFIAS Ignacio, Derecho Civil, 11a Edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
9. HEINRICH LEHMANN, Derecho de Familia, Volumen IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1953.
10. JOSSERAND LOUIS, Derecho Civil, Tomo I, Ediciones Jurídicas, Europa América, Buenos Aires, 1952

11. LEMUS GARCIA Raúl, Derecho Romano, Editorial Limsa, México, 1964.
12. MONTERO DUHALT Sara, Derecho de Familia, 4a Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.
13. OSORIO Y NIETO César Augusto, El niño Maltratado, Editorial Trillas, México, 1992.
14. PETIT Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Ediciones Selectas, México, 1982.
15. Plainol Marcel y RIPERTT Georges, Tratado Práctico de Derecho Francés, Tomo I, Editorial Cultural, S. A., Habana.
16. ROJINA VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, 23a Edición, Editorial Porrúa, México, 1989.
17. ROJINA VILLEGAS Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, 4a Edición, Editorial Porrúa, México, 1987.
18. ROMERO y GIRON Vicente, Instituciones Jurídicas y Políticas de los Pueblos Modernos, Tomo XII, Editorial José Gonorrea y Alvarez, Madrid, 1988.
19. VENTURA SILVA Sabino, Derecho Romano, 1a Edición, Imprenta Azteca, México, 1962.
20. VERDUGO Agustín, Principios de Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Imprenta de Derecho, México 1890.

LEGISLACIONES CONSULTADAS

1. CODIGO CIVIL, para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, editorial Sista, México, 1994.

2. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, para el Distrito Federal, 7a Edición, Castillo Ruiz Editores, S.A. de C.V., México, 1992.

3. CODIGO PENAL, para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, Editorial Sista, México, 1994.

O T R A S F U E N T E S

1. BAQUEIRO ROJAS Edgar, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XI, México, 1971.
2. DE PINA Rafael y DE PINA VARA Rafael, Diccionario de Derecho, 16a Edición, Editorial Porrúa, México, 1989.
3. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, de fecha 1 de Febrero de 1961.
4. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, de fecha 19 de Agosto de 1968.
5. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, de fecha 13 de Enero de 1977.
6. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, de fecha 25 de Abril de 1989.
7. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, de fecha 5 de Octubre de 1990.
8. FOLLETO ELVORADO POR LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, respecto al Albergue temporal.