



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

ESCUELA DE POSGRADO

**La pérdida de la patria potestad
y el interés del menor**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

**DOCTOR POR LA UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE BARCELONA**

PRESENTA:

Gonzalo Hernández Cervantes

DIRECTORA DE TESIS

Dr. María del Carmen Gete-Alonso Calera

ESPAÑA, BARCELONA, 2010

ÍNDICE

LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y EL INTERÉS DEL MENOR

INTRODUCCIÓN.....	VI a IX
-------------------	---------

PRIMER CAPÍTULO

ASPECTOS GENERALES Y DERECHO COMPARADO EN RELACIÓN A LA FIGURA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD

Planteamiento general.	1
1.1. La patria potestad.	2
1.1.1. Los padres, titulares naturales de la patria potestad sobre sus hijos.....	4
a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	4
b) Acuerdos internacionales.	9
c) Legislación ordinaria.	11
1.1.2. Ejercicio de la patria potestad en beneficio y protección de los hijos.	12
1.2. Filiación y patria potestad.	15
1.3. La privación de la patria potestad en el derecho comparado.	17
1.3.1. España.	19
1.3.2. Cataluña.	29
1.3.3. Italia.	31
1.3.4. Francia.	33
1.3.5. Alemania.	33
1.3.6. Holanda.	35
1.3.7. Portugal.	37
1.3.8. Estados Unidos de América.	39
1.3.9. Inglaterra.	41
1.3.10 Escocia.	42
1.3.11. Paraguay.	45
1.3.12. Perú.	46
1.3.13. Venezuela.	47
1.3.14. Argentina.	49
1.3.15. Brasil.	51
1.4. Naturaleza y alcances de la patria potestad de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal y a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	52
1.4.1. Fundamento de la patria potestad.	55
1.4.2. Contenido de la patria potestad.	54
1.4.3. Finalidad de la patria potestad.	57
1.5. Extinción de la patria potestad.	58
1.5.1. De pleno derecho.	60
1.5.2. Pérdida o privación de la patria potestad.	61
1.5.3. La suspensión de la patria potestad.	63

1.5.4. Limitación de la patria potestad.	65
1.6. La terminación de la patria potestad. Diferencias entre extinción y pérdida de la patria potestad.	65
1.7. La privación de la patria potestad de los padres, su doble finalidad, como medida de protección de los hijos menores y como sanción para aquéllos.	69

SEGUNDO CAPÍTULO

LAS CAUSALES DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Planteamiento general.	75
2.1. Por sentencia condenatoria que decreta expresamente la pérdida de ese derecho.....	76
2.1.1. Sentencia en materia civil.	77
2.1.2. Sentencia en materia penal.	81
2.2. Por sentencia que decreta el divorcio de los padres.	82
2.2.1. Situación de la patria potestad después del divorcio.	83
2.2.2. Determinación de la guarda.	85
a) Divorcio por mutuo consentimiento.	85
b) Divorcio necesario.	88
2.2.3. La sentencia de divorcio.	90
2.3. Por violencia familiar en contra del menor.....	93
2.3.1. Aproximación al tema.	94
2.3.2. Elementos del fenómeno de la violencia familiar.	98
a) Elementos de la violencia familiar descritos en la ley.	98
b) Ámbito espacial de ejecución de actos de violencia familiar.	101
c) Los agresores en el fenómeno de la violencia familiar.	102
d) Ciclo de la violencia familiar.	103
e) Factores sociales que influyen en la reproducción de la violencia familiar.	108
f) Diversas clases de maltrato o violencia.	110
2.3.3. Contexto jurídico de la violencia familiar.	113
a) Ámbito internacional.	114
b) Ámbito nacional.	118
2.4. Por incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada.	129
2.4.1. La gravedad del incumplimiento para la privación de la patria potestad.....	132
2.4.2. Las causas de justificación en el incumplimiento de deberes alimentarios.	136
2.5. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada.	138
2.5.1. Concepto de abandono.	141
2.5.2. Abandono diferencia con la ausencia.	141
2.5.3. Las causas de justificación del abandono.	143

2.6. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.	143
2.6.1. Concepto de delito doloso, modalidades y su implicación en la pérdida de la patria potestad.	144
2.6.2. Ausencia de sanciones en los casos de delitos culposos con relación a la patria potestad.	148
2.6.3. Tipos de condena penal contra el que ejerce la patria potestad.	150
2.7. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.	151
2.7.1. ¿Cuáles son los delitos graves?.	153
2.7.2. Los delitos graves y sus consecuencias.	156

TERCER CAPÍTULO

REFERENCIAS SOBRE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Planteamiento general.	158
3.1. La figura de la patria potestad en la legislación y en la jurisprudencia nacionales.	158
3.1.1. Antes del año 2000.	159
3.1.2. Durante el año 2000.	171
3.1.3. Después del año 2004.	173
3.2. La pérdida de la patria potestad, según la jurisprudencia mexicana.	180

CUARTO CAPÍTULO

CARGA DE LA PRUEBA Y PODERES DEL JUZGADOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Planteamiento general.	202
4.1. Elementos que conforman la patria potestad.	202
4.2. Elementos que conforman el ejercicio de la acción de pérdida de la patria potestad.	204
4.3. El objeto de la prueba.	207

4.4. Concepto de carga de la prueba.	210
4.5. Evolución de la carga de la prueba.	211
a) Derecho Romano.	211
b) Derecho Germánico.	212
c) Edad Media.	212
d) España y la Ley de las Siete Partidas.	212
e) Revolución Francesa y Código Napoleónico.	213
4.6. Reglas para determinar a quién corresponde la carga de la prueba, tratándose de la privación de la patria potestad.	213
4.7. El procedimiento probatorio y la regulación de la prueba.	234
4.8. Poderes del juzgador en materia probatoria.	236
4.9. Facultades para mejor proveer.	237

QUINTO CAPÍTULO
SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA
EXPRESIÓN “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”

Planteamiento general.	242
5.1 Antecedentes. Derecho positivo.	243
5.2. La naturaleza histórico-cultural de la noción.	244
5.3. Qué es el “interés superior del menor”.	245
5.3.1 En general.	245
5.3.2. Algunas referencias jurisprudenciales, opiniones doctrinales y la definición legal de interés superior del menor.	248
5.4. Determinación del interés del menor in concreto.	261
5.4.1. Concreción objetiva: interés en abstracto/interés en concreto.	261
5.4.2. Quién decide cuál es el interés superior del menor.	262
5.4.3. El juez, intérprete del interés del menor.	262
5.4.4. El interés superior del menor y el principio de congruencia.	264
5.5. La opinión y la voluntad del menor en relación con su interés.	268
5.5.1. Audiencia del menor conforme a los tratados internacionales.....	270
5.5.2. Audiencia del menor conforme al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles.	272
5.5.3. La garantía de audiencia constitucional y la protección del derecho de audiencia del menor en el proceso.....	276
5.5.4. Relevancia de la voluntad del menor, revelada al ser oído.	285

SEXTO CAPÍTULO

PROTECCIÓN LEGAL Y JURISDICCIONAL ACTUAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS DIVERSAS CAUSAS DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Planteamiento general.	288
6.1. La tutela legal y jurisdiccional actual del interés del menor en las diversas causas de privación de la patria potestad.	288
6.2. Amplitud de las facultades de los jueces para subsanar las deficiencias en la reglamentación del interés superior del menor en los distintos casos de privación de la patria potestad.	305
6.3. Derechos y obligaciones que subsisten a pesar de la privación de la patria potestad.	312
6.4. Recuperación de la patria potestad en las diversas causas de privación de la patria potestad.....	315
CONCLUSIONES.	320
BIBLIOGRAFÍA.	330
ANEXO “A” SENTENCIAS UTILIZADAS.	338
ANEXO “B” TEXTOS JURÍDICOS UTILIZADOS.	339
ANEXO “C” ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES.	354

INTRODUCCIÓN

Superada la clásica configuración romana, del **poder** omnímodo e incuestionable de la sujeción al pater familias, quien ejercía una especie de derecho subjetivo de **naturaleza** casi pública sobre los hijos y descendientes, en la actualidad la patria potestad, se finca sobre el interés del menor, esto es, en interés y beneficio del hijo. Esta defensa del criterio de salvaguardar el interés del menor, consagrada en el contexto de la legislación específica (Código Civil para el Distrito Federal), es puesta de **relieve** por reiterada jurisprudencia que aprecia en aquellas normas el mismo criterio de protección de los hijos previsto en el artículo 4 de la **Constitución** Federal.

Conviene subrayar que el interés del menor aparece hoy arraigado como criterio rector del Derecho de Familia. El **Código Civil** para el Distrito Federal es acorde en este sentido con el **texto** constitucional, según lo menciona en los artículos 414 Bis, 416, 416 Ter, entre otros. También se declara el "interés superior del niño" en numerosos textos internacionales, como la Declaración de los **Derechos del Niño** de 1959 (principios 2 y 7.2º) y la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por las **Naciones Unidas** el **20 de noviembre** de 1989 y ratificada por México el 21 de septiembre de 1990 (arts. 3.1 y 9.3).

La conclusión inmediata que se deriva de cuanto antecede es que, en todo caso, la decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad -y, por extensión, todo conflicto o situación en que intervengan menores o de un modo u otro les afecte- debe valorar el beneficio del

menor como interés prevalente. Desde tal consideración los Tribunales han venido subrayando, con matices diversos y sin uniformidad, el esencial principio del "favor filii" como imprescindible criterio inspirador en la [adopción](#) de cualquier medida referente a los derechos de los hijos sometidos a la potestad paterna. Y, en tal sentido, con carácter general, la aplicación de este principio rector aparece sometida a las siguientes consideraciones fundamentales:

Primera. El contenido de la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito [personal](#) y patrimonial, enunciados legalmente en abstracto pero cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos, lo que implica la adecuación de la potestad paterna a las concretas circunstancias y necesidades del menor, a fin de que éste pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad, para lo cual requiere - salvo en situaciones de carácter excepcional- tanto de la figura del padre como de la madre.

Segunda. El esencial principio del "favor filii" de tal modo se erige en criterio fundamental orientador de la actuación judicial en los [procedimientos](#) afectantes a los menores que incluso las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores no serán observables si resultan lesivos para los hijos, de tal manera que pueden ser limitados o suspendidos de oficio en caso de concurrir circunstancias que así lo aconsejen, por no imperar con todo rigor en este ámbito el principio del mayor beneficio para el menor, cuya intervención en el procedimiento está prevista en determinadas condiciones como medio favorecedor de la búsqueda del prevalente interés de aquél.

Tercera. El principio de que el interés superior del niño debe presidir cualquier medida concerniente al mismo, consagrado tanto en el orden internacional como en el ámbito interno, **demanda** que, en esta línea de "favor filii", con carácter general debe procurarse que los menores tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores, a no ser que el mismo se revele perjudicial para el hijo, razón por la que no cabe adoptar **medios** de general aplicación para todos los casos sino que siempre se habrá de estar a las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado.

En aplicación de las pautas anteriormente expuestas resulta que la concepción de la patria potestad como institución por excelencia protectora del menor, fundada en la relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza, y ejercida siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, es puesta de relieve por abundantes resoluciones judiciales.

Constatado el principio general del "favor minoris", cabe preguntarse cuáles son las formas o reglas para anteponer la persona del menor, en los casos que puedan afectarle. Sin duda, como apunté, la actual revalorización de la infancia emerge como reflejo de la general potenciación de los **valores** individuales de la persona, entendida como trasunto del reconocimiento de su propia **dignidad** que, respecto de los menores, presenta una peculiaridad determinada por el hecho de integrar la personalidad individual en una de las fases más esenciales de su desarrollo.

Este trabajo se propone ahondar en el significado de la noción del "interés superior del menor", presente en toda discusión jurisdiccional y evidenciar la falta

de normas legales que garanticen la debida observancia de ese interés, lo que se desprende, incluso, de la existencia de diversos criterios jurisprudenciales divergentes que se relacionan con la persona del niño, pero principalmente interesa descifrar cómo tal valor es resguardado en todas las causales de pérdida de la patria potestad que contempla el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal en las que, en varias, es deficientemente regulado y en otras ignorado.

Otro aspecto a destacar es que el “interés superior del menor” forma parte de las llamadas “nociones-marco”¹, particularmente frecuentes en el derecho de familia, las que con su introducción, han provocado una tímida labor del Poder Legislativo, pues deja en manos del juzgador tomar la decisión de acuerdo con la información que surge del caso concreto, es decir, conforme a sus circunstancias de hecho, de lugar y de tiempo. De esta manera se pretenden potencializar adecuadamente las facultades del juez en cuanto a la privación de la patria potestad para que el interés superior del menor abandone su lugar de pura fórmula y se traduzca en una riqueza existencial que oriente de manera preponderante el sentido de las decisiones judiciales en esta materia.

¹ Pousson, Jacqueline y Alain, *L’Affection et le droit*, Ed. du CNRS, París, 1990, p. 70.

PRIMER CAPÍTULO

ASPECTOS GENERALES Y DERECHO COMPARADO EN RELACIÓN A LA FIGURA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD

Planteamiento general.- 1.1. La patria potestad.- 1.1.1. Los padres, titulares de la patria potestad sobre sus hijos.- a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. b) Acuerdos Internacionales. c) Legislación Ordinaria.- 1.1.2. Ejercicio de la patria potestad en beneficio de los hijos.- 1.2. Filiación y patria potestad.- 1.3. La privación de la potestad de los padres en el derecho comparado.- 1.3.1. España. 1.3.2. Cataluña. 1.3.3. Italia. 1.3.4. Francia. 1.3.5. Alemania. 1.3.6. Holanda. 1.3.7. Portugal. 1.3.8. Estados Unidos de América. 1.3.9. Inglaterra. 1.3.10 Escocia. 1.3.11. Paraguay. 1.3.12. Perú. 1.3.13. Venezuela. 1.3.14. Argentina.- 1.4. Naturaleza y alcances de la patria potestad de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal y a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.- 1.4.1. Fundamento de la patria potestad.- 1.4.2. Contenido de la patria potestad.- 1.4.3. Finalidad de la patria potestad. 1.5. Hechos y actos extintivos de la patria potestad. 1.5.1. De pleno derecho. 1.5.2. Pérdida o privación de la patria potestad. 1.5.3. La suspensión de la patria potestad. 1.5.4. Limitación de la patria potestad.- 1.6. La terminación de la patria potestad. Diferencias entre extinción y pérdida de la patria potestad.- 1.7. La privación de la patria potestad de los padres, su doble finalidad, como medida de protección de los hijos menores y como sanción para aquéllos.

Planteamiento general

En este primer capítulo la investigación inicia con una referencia general sobre la patria potestad y el ejercicio de su titularidad, así como el marco normativo existente sobre la figura de la patria potestad, acudiendo a los siguientes ordenamientos legales: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Tratados Internacionales relacionados con la protección de los derechos de los menores; Código Civil y de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal.

Luego, se pasa a un comparativo de la doctrina extranjera y nacional relacionada con la figura jurídica de la patria potestad, así como con algunos aspectos vinculados a la privación de ésta.

Finalmente, se identifica y define la naturaleza y alcances que tiene la figura de la patria potestad de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal y a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1.1. La patria potestad

Una de las figuras jurídicas más importantes dentro del derecho de familia es, sin duda, la que corresponde a la patria potestad.

Planiol señala que ***“la patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales.”***¹

Rafael de Pina la define como el conjunto de facultades –que suponen también deberes- 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.²

Para Galindo Garfias la patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera 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).³

¹ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Derecho Civil*, Ed. Harla, México, 1997, p. 255.

² De Pina, Rafael y otro, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1991, p. 399.

³ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil*, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 689.

La patria potestad es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad; así la define, en su peculiar estilo, Antonio de Ibarrola.⁴

Juan Antonio González dice que es *“el poder que los ascendientes ejercen sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad hasta que llegan éstos a la mayoría de edad o se emancipan.”*⁵

Finalmente, Baqueiro Rojas refiere que se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí que por patria potestad debamos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período.⁶

De las anteriores definiciones doctrinales observamos que han sido casi unánimes en definir a la patria potestad como la *“relación entre padres e hijos, generadora de recíprocos derechos y deberes concebidos siempre en función del amparo de los hijos”*.⁷

La legislación ha impuesto a la patria potestad ciertas características fundadas en obligaciones, deberes o derechos, que en algunos casos la jurisprudencia los acota y en otros amplía su contexto, pero la relevancia que pretende destacarse en esta investigación, se circunscribe a que en las diversas

⁴ De Ibarrola, Antonio, *Derecho de familia*, Ed. Porrúa, México, 1993, p. 442.

⁵ González, Juan Antonio, *Elementos de Derecho Civil*, Ed. Trillas, México, 2002, p. 76.

⁶ Baqueiro Rojas, Edgard, *Derecho de familia y sucesiones*, Ed. Harla, México, 1990, p. 227.

⁷ Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1998, p. 728.

hipótesis de privación de la patria potestad la tutela del interés superior del menor está deficientemente regulada e incluso ignorada, siendo que la privación no debe ser considerada solamente en su aspecto sancionador, sino también protector del menor.

1.1.1. Los padres, titulares naturales de la patria potestad sobre sus hijos

Una de las premisas en que descansa la regulación de la patria potestad es el reconocimiento de su titularidad a los padres, así como su protección y la consiguiente protección del ámbito privado de la vida en familia, cuya autonomía debe ser respetada por el ordenamiento jurídico, lo que se manifiesta en que sólo excepcionalmente se prevé la intervención judicial cuando se trate de evitar un daño o peligro a los menores.

La legislación mexicana permite afirmar que, en principio, los padres tienen el derecho preferente a ejercer la potestad sobre sus hijos, lo cual está reconocido por:

a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Constitución Federal mexicana otorga rango constitucional a la responsabilidad primigenia de los padres (ascendientes) en la atención y educación de sus hijos, aunque lo establezca de manera generalizada. Veamos:

“Artículo 4º...

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”.

El menor de edad aparece incluido en este artículo en una triple dimensión. En primer lugar, señala los derechos que deben satisfacerse para lograr el desarrollo integral de los menores de edad. En segundo lugar, establece que el deber de preservar esos derechos corresponde a los ascendientes, tutores y custodios. En tercer lugar, consigna que el Estado, a través de los poderes públicos, debe proveer todo lo necesario para lograr el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio de esos derechos. Además alude a que el mismo Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de los niños y las niñas.

El artículo 4 constitucional establece que es deber de los ascendientes, tutores y custodios preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental. Se consideró innecesaria la descripción amplia de este legítimo derecho en la Constitución Federal, debido a que deben ser las normas del derecho común las que regulen la garantía del menor a una existencia plena, aparte la circunstancia de ser muy amplia la gama y contenido de todas las cuestiones que atañen a la protección de los menores.

Lo que ocurre, según este particular modo de observar el fenómeno social y legal correspondiente, es que la totalidad de las disposiciones o normas jurídicas, sean del orden civil, penal, laboral o procesal, si se les examina con paciencia y detenimiento, se desprende de ellas el trato que debe darse a los menores en sus relaciones sociales como persona, pero no se consideran sus derechos específicos, ni dentro de la familia, ni en la comunidad donde habitan, menos los del medio donde se desarrollan. La desatención en que se mantiene a varios

menores, la explotación de que son víctimas, el maltrato al que en ocasiones se les sujeta, todo ello está demostrando la necesidad de un orden jurídico de mayor jerarquía para su protección y la existencia de un sistema administrativo dentro del cual puedan moverse las autoridades, sin afectar el interés privado, para exigir el cumplimiento de las garantías mínimas que les corresponden.

Las leyes reglamentarias que provengan de la norma constitucional tendrán que ser las que resuelvan para el futuro inmediato las formas de protección que garanticen la vida, la seguridad, la subsistencia y educación de dichos menores, así como las que otorguen a las instituciones públicas que deban de encargarse de llevarla a la práctica, tan hermosa intención de nuestro Constituyente. Por el momento, el principio ha quedado consignado en la carta fundamental y estamos seguros que nadie dudará de su nobleza e importancia.

Además, el texto constitucional no precisa la relación entre la función de los padres y la de los poderes públicos en la asistencia y protección de los menores de edad. Cabe entender que la protección de los poderes públicos al menor de edad es subsidiaria de la de los padres, en el sentido de que el deber de asistir a los hijos corresponde a los ascendientes (en primer lugar a los padres), tutores y custodios y sólo si éstos no lo cumplen debidamente los poderes públicos deben intervenir. O bien, se puede prescindir de la relación de subsidiariedad y señalar que se trata de acciones protectoras que actúan en planos diferentes, esto es, que ambas posiciones son compatibles y que del artículo 4º constitucional puede derivarse que la asistencia a los hijos corresponde en primer lugar a sus padres, sin perjuicio de la función de protección y promoción de esta asistencia que

ostenta el Estado y que debe respetar la prioridad de los padres en esta tarea, a menos que su actuación resulte insuficiente o perjudicial para sus hijos.

Una interpretación teleológica del precepto citado, permite afirmar que nuestra Constitución parte del supuesto de que los padres deben ejercer preferentemente la potestad sobre sus hijos, y en su caso, los tutores y custodios, son quienes suplen a aquéllos.

En ese sentido, ha señalado que *“los derechos de los padres son anteriores a los del Estado [...] derechos que el ordenamiento no crea, sino recoge de la realidad natural.”*⁸

De forma similar José María Castán Vázquez señala que *“la patria potestad constituye una función natural de la máxima importancia, tanto para los padres como para los hijos.”*⁹

Así, el derecho de protección de los menores que se deduce del artículo 4 de la Constitución Federal mexicana tiene rango constitucional, por estar configurado como un derecho fundamental, ya que el referido precepto constitucional se incluye en el Título Primero, Capítulo I “De las garantías individuales”. Su regulación como derecho fundamental vincula al legislador y a los poderes públicos, y permite la exigencia de una prestación estatal individualizada.

Esta inclusión expresa del reconocimiento constitucional de la titularidad de la patria potestad de los padres, por la que se aboga en las líneas precedentes, se da en otros países.

⁸ *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXV “Estudios sobre el nuevo derecho de familia y sucesiones”, España, 1982, p. 379.

⁹ “La llamada patria potestad de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, España, 1978, p. 841.

En efecto, en otros países recogen en sus Constituciones el principio de que los padres tienen la obligación primordial de ejercer la potestad sobre sus hijos, como es el caso de Alemania, que en el artículo 6.II, III de su Constitución (*Grundgesetz*) establece:¹⁰

*“II. El cuidado y la educación de los hijos son derechos naturales de los padres y constituyen una obligación incumbente primordialmente a ellos. La colectividad pública vela por su cumplimiento. III. Contra la voluntad de los encargados de su educación, los niños sólo podrán ser separados de su familia en virtud de una ley, cuando los encargados de su educación no cumplan con su deber o, por otros motivos, los niños corran peligro de desamparo.”*¹¹

En Italia, la lectura del artículo 30 de su Constitución permite concluir la función prioritaria de los padres en el desarrollo de la personalidad de los menores y en la garantía de su crecimiento armonioso en el grupo familiar. En esta línea, la ley 149/2001, de adopción italiana de 28 de marzo de 2001 establece, que el menor tiene el derecho a crecer y ser educado en el ámbito de la propia familia y concreta, que la indigencia de los progenitores no puede ser obstáculo a que la potestad se ejerza en el seno de la familia y que, en estos casos, deben promoverse políticas de intervención y ayuda (artículo 1)¹².

Art. 30 Constitución italiana:

“Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los habidos fuera del matrimonio.

En los casos de incapacidad de los padres, la ley dispondrá lo necesario para que sea cumplida la misión de los mismos.

La ley garantizará a los hijos nacidos fuera de matrimonio plena protección jurídica y social, en la medida compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.

¹⁰ Los comentaristas del texto constitucional alemán han señalado que este derecho natural no implica un poder, sino que comporta que es deber y responsabilidad primaria de los padres atender a la educación de los hijos; el Estado, junto a los padres, también tiene esta función y deber. Eva Marie Von Munich, *“Comentario al artículo 6 Grundgesetz”*, en *Grundgesetz-Kommentar*, Munich; Kunig (Hrsg), Band 1, 4. Auf. Verlag C.H. Beck, Manchen, 1992, Rn 35.

¹¹ Traducción en castellano de la Ley Fundamental de Bonn distribuida por la Embajada alemana en México.

¹² http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/1149_01.html#Art.%201.

*La ley dictará las normas y los límites de investigación de la paternidad.”*¹³

De forma similar, otros países como Estados Unidos y Canadá solamente consideran que los padres tienen un interés constitucionalmente protegido en su relación paterno-filial.¹⁴

b) Acuerdos internacionales

Los tratados internacionales que el Estado mexicano ha ratificado –y que, por tanto, son parte del derecho interno de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Federal- contemplan esta premisa: el ejercicio de la potestad sobre los hijos corresponde de forma primaria y primordial a los progenitores.

Entre los acuerdos internacionales que velan por los derechos de los niños, y que México ha ratificado, destaca la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño¹⁵. El Preámbulo de la Convención destaca que la familia de origen es el hábitat natural e idóneo para el desarrollo del menor. El artículo 9.1 de la referida convención establece que los niños no deben ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto mediante un proceso legal si es necesario para el mejor interés de los menores y los diversos numerales 18.1 y 27.2 de la convención en comento señalan que corresponde a los padres la responsabilidad principal en la educación de sus hijos. Veamos:

“Artículo 9.

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos

¹³ http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/txt/constitucion_italia.html

¹⁴ Meyer, David D., *Family Ties: Solving the constitutional Dilemma of the Faultless Father*, Arizona Law Review, Fall-1999, p. 807.

¹⁵ Convención de 20 de noviembre de 1989, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño [...].”.

“Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”¹⁶

“Artículo 27

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.”¹⁷

La Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸ no recoge de forma explícita el ejercicio de la potestad de los padres como un derecho o libertad autónomo, sino que incluye su protección –y, por tanto, su reconocimiento implícito- en el derecho al respeto de la vida y la protección a la familia, regulados en los artículos 4 y 17 de la referida convención.

“Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 17. Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención [...].”¹⁹

Este derecho a la vida y protección a la familia permite excluir intervenciones de la autoridad pública en el ámbito familiar si no están legalmente justificadas. Implica, por tanto, el reconocimiento de la autonomía de los padres en el ejercicio de la potestad sobre sus hijos, que presupone que, en principio, los padres son quienes ejercen de forma primordial y preferente la potestad sobre sus hijos.

¹⁶ <http://172.16.12.252/tratadosinter/LstArts.asp?nOpt=0&nQuePag=2>

¹⁷ <http://172.16.12.252/tratadosinter/LstArts.asp?nOpt=0&nQuePag=3>

¹⁸ Convención adoptada en la Ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

¹⁹ <http://172.16.12.252/tratadosinter/lstLeyes.asp?nOpt=0>

c) Legislación ordinaria

En el ámbito de la legislación ordinaria se recoge explícitamente que corresponde a los padres la potestad sobre sus hijos. El fundamento natural de este derecho permite afirmar que el ordenamiento sustantivo civil más que conferir a los padres la patria potestad la reconoce.²⁰

La regulación de la potestad en el ordenamiento civil parte de la premisa de que los progenitores son a quienes se les asigna el ejercicio de la patria potestad. El artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

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

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

En conclusión, en nuestro país el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos corresponde, originariamente, a los padres. Sin embargo, la patria potestad se extiende a los ascendientes en segundo grado, esto es, los abuelos y las abuelas paternos y maternos, según el orden que determine el juez familiar, de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

El ejercicio de la potestad de los padres sobre sus hijos no tiene sólo un fundamento legal. Más bien el ordenamiento jurídico en su conjunto reconoce una realidad natural.²¹ En ese sentido, distintos tipos de argumentos biológicos, antropológicos y sociales justifican también el ejercicio de la potestad de los

²⁰ Señala Gérard Cornu que a la necesidad de protección que tienen los niños responde la “vocación natural de los padres” a asumir esta protección. *Droit civil. La Famille*, 8ª ed. Montchrestien, Paris, 2003, pág. 153 y ss.

²¹ Al menos en la mayoría de los casos, no obviamente en aquellos supuestos de filiación que tiene su origen en la adopción y que hace titulares de la patria potestad al padre y madre adoptivos. De forma similar, en los supuestos de reproducción asistida debe atenderse a la filiación legalmente determinada, que no necesariamente coincide con la biológica.

padres sobre sus hijos. Entre progenitores e hijos existe un vínculo biológico, más intenso en los inicios del desarrollo de los menores respecto a la madre: los padres son responsables de la vida que han traído al mundo. Desde la sociología se valoran especialmente los vínculos afectivos o emocionales que, normalmente aunque no de forma necesaria, derivan de la filiación. Consecuentemente, la filiación determinará habitualmente el reconocimiento de un ámbito de autonomía de los progenitores en la atención de sus hijos. En ocasiones, en supuestos de vida separada de los progenitores, un menor puede establecer vínculos más fuertes con la pareja del progenitor con la que convive, que con el progenitor con el que deja de hacerlo.

Las normas sociales y morales de nuestro entorno cultural también señalan la responsabilidad primordial de los padres en la manutención y educación de sus hijos.²²

Con carácter general, se admite que los padres son los que se encuentran en mejor posición para ejercer las funciones paternofiliales. En primer lugar, porque son las personas mayores de edad que más fácilmente quieren a sus hijos. En segundo lugar, el sentimiento natural lleva a los padres a actuar responsablemente respecto a sus hijos; y, en tercer lugar, puede decirse que la autonomía de los padres en el desarrollo de estas funciones les facilita cuidar de sus hijos y determina un mayor grado de implicación en su educación.

1.1.2 Ejercicio de la patria potestad en beneficio y protección de los hijos

Efectivamente, se ha señalado que el derecho preferente de los padres a ejercer la patria potestad sobre sus hijos no es un derecho absoluto, por lo que

²² Aunque aquí también debería precisarse que, en ocasiones, las circunstancias de la vida de un menor de edad llevan a trasladar -al menos en parte- esa responsabilidad primaria a otras personas con las que el menor convive, como familiares o la nueva pareja de uno de los padres.

puede ser restringido o extinguido. En este sentido, puede señalarse que una segunda premisa de la regulación de la patria potestad es que ésta no es solamente un poder que satisfaga las aspiraciones del titular si no que se ejerce en beneficio y protección de los hijos, lo que indudablemente no excluye que se deriven beneficios para los propios titulares que permiten apuntar que la potestad de los padres también se ejerce en su propio beneficio.

El término “*potestad sobre los hijos*” implica el reconocimiento o la atribución a los padres de un poder jurídico que se ejerce en beneficio del sujeto pasivo y no de su titular.²³ Por tanto, la patria potestad que se reconoce a los progenitores implica el reconocimiento de una función a los mismos. Esta doble función de la patria potestad –deber y derecho de los padres- ha determinado que esta institución haya pasado de estar totalmente incorporada en el derecho privado a estar sometida cada vez a más controles públicos.

Por su parte, la legislación internacional sobre derecho de menores reconoce en forma reiterada que el interés del menor debe ser el principio inspirador de los procedimientos legislativos, administrativos y judiciales, así como de la actuación de los titulares de las funciones de protección de los menores. El artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño consagra con carácter general y primordial, aunque no exclusivo, el criterio inspirador del interés superior del menor.

*“Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*²⁴

²³ Díez-Picazo, Luis, *Sistema de Derecho Civil I*, 10ª ed., Tecnos, 2001. p. 407.

²⁴ <http://172.16.12.252/tratadosinter/LstArts.asp?nOpt=0&nQuePag=2>

En ese contexto, el legislador mexicano define el interés superior del menor en el artículo 416-Ter del Código Civil para el Distrito Federal (reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el dos de febrero de dos mil siete) como la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

“I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;

III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;

IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y

V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”.

Puede sostenerse con absoluta certeza que al menor no siempre se le puede garantizar, en la elección de su mayor interés, algo realmente bueno, sino a veces la menos mala de las alternativas posibles.

Así, es dable señalar que la premisa de que los padres cuidarán naturalmente de sus hijos, de que la maternidad o paternidad misma ofrecen un seguro suficiente no siempre acontece en la realidad. Sirve de ejemplo los casos de divorcio, ya que el ejercicio de la libertad de los progenitores para divorciarse puede no tener suficientemente en cuenta los intereses de los hijos.

No obstante lo anterior, que haya casos en que se dé esta realidad de que los padres anteponen sus intereses al interés superior del menor de edad no resta

validez al principio general de que los padres son los que están en mejor posición de atender a sus hijos.

Así pues, puede concluirse que el derecho de protección de los menores es un derecho fundamental, pero de ningún modo un derecho absoluto.

1.2. Filiación y patria potestad

El análisis de la privación de la patria potestad -y especialmente, como se verá en el Capítulo II, de las causas de pérdida de la patria potestad- requiere distinguir dos instituciones jurídicas en las relaciones entre los progenitores y sus hijos. La primera institución jurídica es la relativa a la relación de filiación, cuyo establecimiento se efectúa con arreglo a las normas que recoge la legislación civil sobre determinación de la filiación (artículos 292-300 y 324-389 del Código Civil para el Distrito Federal). La segunda institución hace referencia a la potestad de los padres.

La segunda institución es una consecuencia de la primera. La relación de filiación determina la potestad de los padres sobre sus hijos, lo dice implícitamente el Código Civil para el Distrito Federal –artículo 338-.

Normalmente, pero no siempre, ambas instituciones coinciden. Los progenitores, cuya maternidad y paternidad están legalmente determinadas, ostentan la patria potestad sobre sus hijos.

El Código Civil para el Distrito Federal establece ciertas obligaciones de los padres respecto a sus hijos que derivan de la relación de filiación.

Veamos el siguiente ejemplo de obligaciones:

“Artículo 303. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos...”.

Como podemos observar los padres tienen esa obligación frente a sus hijos que deriva de la mera relación de filiación. Esta obligación se mantiene mientras esté vigente la relación de filiación, pues de extinguirse habrá de cesar también la obligación alimentaria, tal es el caso de resultar fundada la acción de desconocimiento de la paternidad.

En cambio, con la patria potestad de los padres, la legislación civil recoge, tanto obligaciones como los deberes o derechos que les corresponden. A continuación citamos algunas de sus obligaciones.

“Artículo 414 Bis.- Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;

III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y

IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor. Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos.”

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

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

En el caso de deberes tenemos aquellos que, incluso, son recíprocos entre padres e hijos, como es el caso previsto en el artículo 411, párrafo primero, que establece:

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

Dichas obligaciones y deberes se sustentan solamente en la relación de filiación existente y de ella deriva su exigibilidad y buen desempeño, y cuyo

incumplimiento puede tener como consecuencia, en algunos casos, que se les prive, no de la relación de filiación si no de los derechos que les derivan de dicha relación y que son los inherentes al ejercicio de la patria potestad.

Es oportuno destacar que el cúmulo de obligaciones, deberes o derechos inherentes a la patria potestad, si bien pueden tener su origen en actos como la filiación, también lo es que puede sustentarse en actos equiparados como es la adopción e incluso en la adopción plena se extingue la filiación preexistente y por ende las obligaciones, deberes o derechos inherentes a la patria potestad que existían en ésta.

Existen ocasiones en que quienes ejercen la patria potestad pueden contraer segundas nupcias, pero esta circunstancia no los priva de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, y tampoco este hecho implica que el cónyuge con quien se lleva esta nueva unión adquiera el ejercicio de la patria potestad de los hijos de la unión anterior, ni a pretexto de convenio, transacción o por sujeción a compromiso arbitral.

1.3. La privación de la patria potestad en el derecho comparado

El estudio y la confrontación de los distintos sistemas adoptados por la legislación comparada en relación con la institución de la privación de la patria potestad, tiene importancia para diferenciar las causas que la motivan y evidenciar los aciertos o desaciertos que se presentan al momento de tutelar el interés

superior del menor en estos casos, siendo por tanto relevante advertir esos distintos modos en que se instrumenta legalmente esta figura jurídica.

El estudio de la legislación de otros países debe hacerse cuidadosamente, sin perder de vista que las realidades sociales que regulan tienen matices diversos y específicos, pero no por ello se puede limitar a aquellos casos en que existan coincidencias fundamentales en su sistema jurídico, sino también con aquellos en que existan diferencias sustanciales. Así, el conocimiento del tratamiento legal extranjero puede servir para correlacionar nuestra realidad con otras.

En lo que atañe específicamente al ejercicio de la patria potestad en el derecho comparado, hay que tener en cuenta que la conformación del grupo familiar varía notoriamente en aquellos países donde la crisis de los factores sociales es muy profunda.

Sin embargo, existe algo en común en todas las legislaciones, el hecho de que la patria potestad de los padres, tal y como está configurada en los ordenamientos actuales, no es propiamente un derecho fundamental ni constitucional de los padres, tampoco es un derecho subjetivo, pues se concibe en su generalidad como una potestad, esto es: poder otorgado en beneficio e interés del menor donde se conjugan una serie de obligaciones y deberes coercibles y vigilados por la autoridad judicial.

Una vez sentado lo anterior, se pasa a efectuar un análisis de las legislaciones extranjeras que muestran mayor interés en el tratamiento del ejercicio de la patria potestad.

1.3.1. España

En este país hay que distinguir entre causas de extinción propiamente dichas y causas de privación de la patria potestad.

Las causas de extinción, no plantean ningún problema desde el punto de vista práctico y las tienen reguladas en el artículo 169 del Código Civil:

- la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres;
- la muerte o la declaración de fallecimiento del hijo;
- la emancipación; y,
- la adopción del hijo.

Pero además de estas causas de extinción de la patria potestad, existe, como se ha dicho, causas de privación de la misma. Así, y según el artículo 170 del Código Civil, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad:

1.- Por sentencia fundada en incumplimiento de deberes inherentes a la misma.

Esta es la causa más habitual de privación de la patria potestad. Los motivos que dan lugar a su aplicación son variados, pero en la práctica la causa más invocada es la falta de cumplimiento de las obligaciones económicas.

Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de marzo de 1998 (STS 1486/1998), considera que es motivo determinante de la privación de la patria potestad el hecho de que el padre jamás se haya preocupado o velado por la situación de su hija y desde su nacimiento en 1.988 hasta 1.991 no haya

satisfecho cantidad alguna para su sustento, y cuando lo hizo fue obligado por sentencias de Tribunales.²⁵

Ilustrativa resulta en este punto la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de noviembre de 1998²⁶, al declarar que, la patria potestad, está conformada como una institución jurídica de derecho natural y de contenido esencialmente asistencial en cuanto que recoge en los artículos 153 y siguientes del Código Civil lo que ha venido en denominarse la responsabilidad parental. La privación del derecho-deber que comporta tal relación de parentesco de primer grado, no puede acordarse, sino por la concurrencia de una causa de notoria gravedad, de la que se deriven graves perjuicios para el menor, tal como establece el artículo 170 del código en cita. En base de lo expuesto, la Audiencia considera que en el caso contemplado, no se desprende la gravedad de la conducta del padre, pues la falta de asistencia económica y el incumplimiento del régimen de visitas, es consecuencia de la negativa vivencia y desarrollo de la crisis entre los progenitores, sin que se hayan adoptado las medidas oportunas tendentes al cumplimiento forzoso de las obligaciones que atañen a ambos progenitores, a excepción de la denuncia por abandono económico de la familia, que ya ha obtenido la correspondiente respuesta en el ámbito penal con la condena impuesta al padre, que no puede determinar, de no persistir en la reiteración de los hechos, la duplicidad de la sanción, ahora por vía civil, de privarle de la patria potestad y de toda comunicación con el hijo menor (en sentido

²⁵ <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

²⁶ <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=09>

similar se expresa la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 21 de septiembre de 1999²⁷).

Resulta relevante destacar, en estos casos, la ausencia de razones en esta decisión sobre la privación de la patria potestad, de uno u otro progenitor, o de ambos, en cuanto a los aspectos que puedan repercutir en el interés del niño o de la niña cuando se priva parcialmente de la patria potestad a uno de los progenitores y se confía la guarda y custodia al otro, pues no se examina si el interés del menor está debidamente salvaguardado con la subsistencia y ejercicio de esa potestad por uno de los cónyuges, dando por sentado que está tutelado ese interés, pero sin la debida acreditación de ello.

Es preciso destacar que en la sentencia referida, en primer término, de la Audiencia Provincial de Barcelona se pondera para los efectos de decretar la privación de la patria potestad, la gravedad de la conducta del obligado a la ministración de alimentos, criterio que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana mantuvo igualmente vigente hasta el año de 2004, pues a virtud de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal publicadas en la Gaceta Oficial de esa entidad el 25 de mayo de 2000, sostuvo ese Alto Tribunal, en la jurisprudencia 1ª./J.62/2003, que el legislador había eliminado la exigibilidad en los procedimientos de privación de la patria potestad, de que con el abandono de los deberes de los padres pudiera comprometerse la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, lo cual se aparta de la doble finalidad que tiene la privación de la

²⁷ <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=09>

patria potestad, esto es, no solo como sanción para el obligado que ha incumplido, sino también como medida protectora del menor.

2.- Por sentencia dictada en causa criminal.

Algunos han pensado que esta decisión establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación (en el proceso civil o en el penal) de la privación de la patria potestad por incumplimiento de sus deberes.

El Tribunal Supremo parece dar por zanjada esta cuestión en la sentencia de 11 de septiembre de 2000²⁸, que, además, establece claramente la diferencia de efectos que tiene, a la hora de acordar la privación de la patria potestad, que un delito tenga como sujeto pasivo al propio menor o a su progenitor. En consecuencia, para los efectos de la privación de la patria potestad, siempre hay que diferenciar los hechos acaecidos entre los progenitores y la conducta de los padres hacia el hijo o la hija.

Concretamente, dice la citada sentencia que, el artículo 170 del Código Civil dispone que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Pero este precepto no establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación (en el proceso civil o en el proceso penal) de la privación de patria potestad por incumplimiento de sus deberes inherentes; sino que para privar de la patria potestad la alternativa se establece precisamente entre, de una parte, una

²⁸ <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, y de otra parte, una sentencia dictada en causa criminal, es decir, que o bien se priva de la patria potestad por sentencia fundada en tal incumplimiento o bien se priva de ella en una causa criminal; lo que necesariamente supone que no cabe en el proceso penal privar de la patria potestad por razón del cumplimiento obligatorio que es lo propio de la otra alternativa prevista, sino por las causas y en los casos establecidos en las normas penales, es decir, en el Código Penal, que, no permite la imposición de tal pena en el presente caso (homicidio de la madre del menor, de siete meses de edad, a manos de su padre). Por lo tanto no supone el artículo 170 su imposición como pena principal o accesoria de un delito.

Continúa diciendo el Tribunal Supremo, que es cierto la propia Sala Penal, en su sentencia de 20 de diciembre de 1993, interpretó el artículo 170 del Código Civil en sentido contrario, es decir, como una remisión al orden jurisdiccional penal justificando la aplicación en él de las normas civiles de privación de la patria potestad por incumplimiento de sus inherentes deberes.

Pero en primer lugar, dice que se trataba entonces de un delito de lesiones y malos tratos reiterados cometidos sobre el propio menor de cuya patria potestad se privó al acusado, mientras que en el caso que examinaba, el delito se había cometido contra el otro progenitor, supuesto contemplado en la posterior sentencia de 13 de marzo de 1995, en la que la misma Sala declaró la improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria potestad. Y en segundo lugar, la Sala, en sentencia de 10 de octubre de 1994 declaró que una interpretación correcta del artículo 170 del Código Civil, y las exigencias insoslayables del principio de

legalidad penal, sólo permitían acordar esa medida en aquellos casos en que las características del delito enjuiciado han llevado al legislador a establecer como accesoria la privación de la patria potestad sin que se pueda extender por analogía a otros supuestos diferentes. Esta opción complementaria de la pena sólo se puede acordar cuando un determinado precepto penal así lo ha previsto, siempre en función de las especiales características del delito incriminado. Esta decisión está perfectamente justificada en los delitos de abandono de familia y en los relativos a la prostitución o corrupción de menores, pero no tiene encaje legal en los supuestos de homicidio o parricidio (sentencia de 10 de octubre de 1994). Y debe significarse que la improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria potestad por el Tribunal penal fue aprobada por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2000.

Por último, subraya el Tribunal Supremo que una interpretación contraria ya no viene exigida por la necesidad de salvaguardar los intereses del menor, afectados cuando uno de sus progenitores ha dado muerte al otro y es condenado por ello con las penas legalmente establecidas. La reforma del Código Civil operada por Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, ha introducido los mecanismos sustantivos y procesales civiles precisos para una inmediata y automática protección del menor desamparado, sin necesidad de que la jurisdicción penal asuma lo que a la Jurisdicción Civil corresponde mediante la aplicación de las correspondientes normas civiles a través de los cauces procesales específicamente creados para ello.

Por otra parte, en la práctica es frecuente que se invoque como causa de privación, el hecho de haber sido condenado uno de los progenitores a pena privativa de libertad. Incluso alguna Audiencia y Juzgado de Primera Instancia lo han entendido así en base al argumento de que el progenitor condenado a pena privativa de libertad no puede cumplir los deberes legales que señala el artículo 154 del Código Civil, estando, por tanto, incurso de hecho en causa de privación de la patria potestad.

En cambio, el Tribunal Supremo no admite esta tesis y en varias sentencias, como la de 24 de mayo de 2000²⁹ ha declarado que la mera condena pena privativa de libertad no es causa de privación de la patria potestad, pues este dato, por sí sólo no nos dice que el condenado sea un mal padre o madre. Además, la medida de privación de la patria potestad se revela innecesaria, porque ya el legislador ha previsto en los párrafos último y penúltimo del artículo 156 del Código Civil que en los casos de imposibilidad de ejercicio o cuando los cónyuges vivan separados, la misma sea ejercida por el cónyuge con el que los menores convivan, ejercicio total de la patria potestad que deja reducido a un mero rótulo la titularidad de la misma, que el legislador reformista de 1.981 disoció de su ejercicio concreto y efectivo.

3.- Por sentencia dictada en causa matrimonial

Destacar, finalmente que, como se puede comprobar, la privación de la patria potestad sólo puede acordarla la autoridad judicial mediante la correspondiente sentencia.

²⁹ <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Así, en España podemos distinguir como causa de extinción de la patria potestad: La pérdida, como consecuencia de la adopción o del cumplimiento de la mayoría de edad, y la privación que tiene carácter sancionador.

Conforme al artículo 170 del Código Civil español *"el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial"*. Debe tenerse en cuenta que se trata más de una medida adoptada en beneficio y protección del niño, que de una sanción a los progenitores (sentencia del Tribunal Supremo de 31 diciembre 1996³⁰).

De la sentencia del Tribunal Supremo de 24 abril de 2000³¹, podemos entresacar la doctrina básica que la jurisprudencia viene aplicando en relación con la privación de la patria potestad o la apreciación de estar los progenitores dentro de una causa de privación. Así dicha sentencia pone de relieve que la patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en el Derecho positivo español, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de

³⁰ <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

³¹ <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

1989, incorporada al derecho interno español mediante la correspondiente ratificación de 30 de noviembre de 1990.

Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (art. 2). Continúa la referida sentencia afirmando que con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su artículo 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño. En este sentido, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1996 y 23 de febrero de 1999³².

Razona la sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 31 octubre 2001,³³ en supuesto de la omisión por los demandados de los deberes de asistencia material y moral respecto a su hijo menor, desde los primeros años de

³²

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2943232&links=>

³³ <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=17>

su vida, cuando las atenciones de los progenitores son absolutamente indispensables, es un hecho incontestable, deduciéndose además una imposibilidad real de poder alcanzar un mínimo razonable de integración familiar del menor con sus padres o familiares próximos, pese a los apoyos y asistencia prestados por las instituciones asistenciales. Además de las insuperables carencias, los progenitores tampoco muestran una actitud positiva y efectiva de superación, siendo un hecho, asimismo, acreditado el estado de abandono o desamparo que propició la asunción de la tutela por el Consejo del Menor. Ante esas dificultades y la objetiva imposibilidad de integración en la familia, es indudable que hay una situación límite en la que la objetividad impone la prevalencia del interés del menor sobre una imposible integración en el seno de la familia natural, debiéndose por tanto reconocer, como una medida indispensable de protección de los intereses superiores del menor o, mejor dicho, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional, que efectivamente los progenitores, afectos de su intervención en el expediente de adopción, conforme al artículo 177 del Código Civil, se encuentran incurso en causa de privación de la patria potestad, en relación con el artículo 170 del referido código.

Y por tanto; sólo es necesaria su audiencia (la de los progenitores). Audiencia que debe producirse no como un mero formalismo, sino con todas las garantías y en la amplitud necesaria para conocer el auténtico alcance de su voluntad y el grado de conocimiento del procedimiento y sus consecuencias.

1.3.2. Cataluña

El Código Civil español y el Código de Familia de Cataluña regulan de forma similar la privación de la patria potestad –y de la patria potestad en general-, aunque empleen diferentes términos para aludir a la institución. El Código Civil español emplea el de “patria potestad” y el Código de Familia catalán el de “potestad de los padres”. Cabe destacar que, en la actualidad, el antiguo término de “patria potestad”, dada la posición de igualdad de los padres, debería suprimirse y ser sustituido por el de “potestad”, como aconteció en Cataluña, a semejanza de otras legislaciones europeas como la italiana³⁴ y la suiza³⁵.

A continuación haremos una breve referencia a la regulación del Código de Familia de Cataluña, con la finalidad de evitar repeticiones innecesarias, pues existe gran similitud con lo regulado en el Código Civil español.

Así pues, el título VI, artículos 132 a 166, del Código de Familia³⁶ regula la “potestad del pare i de la mare” (potestad del padre y de la madre) sin modificar la anterior Ley 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre. Se trata de una normativa inspirada en dos principios básicos. Por una parte, el principio ya común en los ordenamientos modernos de la búsqueda del hijo, de manera que la patria potestad, dentro del marco general del interés de la familia, se ejercerá siempre en beneficio del hijo. Y, en segundo lugar, y como elemento característico del moderno derecho de familia catalán, destaca la desjudicialización en el ejercicio de la patria potestad, estableciéndose la

³⁴ http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib1.htm

³⁵ <http://www.admin.ch/ch/f/rs/c210.html>

³⁶ <http://civil.udg.edu/normacivil/cat/fam/cf/CF.html>

posibilidad de sustituir, en ciertos casos, la intervención judicial por la de los dos parientes más próximos del menor.

Ahora bien, la privación de la patria potestad se regula en el artículo 136 del Código de Familia de Cataluña, en los términos siguientes:

“1. El pare i la mare poden ésser privats de la titularitat de la potestat només per sentència ferma, fonamentada en l'incompliment greu o reiterat de llurs deures, o per sentència dictada en causa penal o matrimonial. La privació no afecta l'obligació de fer tot el que calgui per a assistir els fills menors ni la de prestar-los aliments en el sentit més ampli.

2. L'autoritat judicial ha d'acordar, en benefici i interès dels fills, la recuperació de la titularitat de la potestat quan hagi cessat la causa que n'havia motivat la privació.”.

Traducción:

1. El padre y la madre pueden ser privados de la titularidad de la potestad sólo por sentencia firme, fundamentada en el incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, o por sentencia dictada en causa penal o matrimonial. La privación no afecta a la obligación de hacer todo lo necesario por asistir a los hijos menores ni la de prestarles alimentos en el sentido más amplio.

2. La autoridad judicial debe acordar, en beneficio e interés de los hijos, la recuperación de la titularidad de la potestad cuando haya cesado la causa que había motivado su privación.

Como podemos observar al igual que en el Código Civil español, la privación de la patria potestad de los padres requiere que el juez aprecie el incumplimiento grave o reiterado de los deberes paterno-filiales por parte de los progenitores y puede ser dictada en un proceso civil *ad hoc*, en un proceso penal o en un proceso matrimonial.

Por otra parte, debemos destacar que la privación de la patria potestad a los progenitores implica que éstos pierden los deberes y facultades inherentes al ejercicio de la misma, aunque no afecta al vínculo legal de filiación (como acontece en la legislación española), es decir, no afecta su obligación de asistir a los hijos menores ni la de prestarles alimentos en el sentido más amplio.

1.3.3. Italia

La legislación italiana atiende al interés superior del menor en los casos de privación de la patria potestad, pues parte de la premisa de que debe ser valorada la gravedad de la conducta de los padres, pues junto al incumplimiento de los deberes paternos se requiere que esa conducta descuidada provoque un grave perjuicio al hijo. Lo anterior se desprende del actual artículo 330 del Código Civil Italiano.

“Art. 330 Decadenza dalla potestà sui figli

Il giudice può pronunciare la decadenza della potestà quando il genitore viola o trascura i doveri (147; Cod. Pen. 570) ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio.

In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare.”³⁷

Traducción del artículo 330 del Código Civil italiano:

Art. 330. Privación de la potestad sobre los hijos.

El juez puede decretar la privación de la potestad cuando el progenitor viola o descuida los deberes inherentes a la misma o abusa de sus poderes con grave perjuicio para el hijo.

En estos casos, por motivos graves, el juez puede ordenar el alejamiento del hijo del domicilio familiar.

Del Código Civil italiano se desprende que el elemento esencial que determina la necesidad de intervención judicial es el concepto de conducta perjudicial. Éste, incluye aquellos comportamientos voluntarios o involuntarios de los padres que comprometan el desarrollo físico y psíquico equilibrado del menor.³⁸ La alusión al incumplimiento o descuido de los deberes paternos hace referencia a cualquier conducta de los progenitores que perjudique la satisfacción

³⁷ http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib1.htm

³⁸ Moro, Alfredo Carlo, *Manuale di diritto minorile*, 2ª ed. Zanichelli, Bologna, 2000, p. 159.

de las exigencias afectivas o de los intereses patrimoniales del menor que determinen un daño grave e irreversible para el correcto desarrollo de su personalidad. Estas conductas denotan una incapacidad de los padres de mantener, educar e instruir al menor. No se exige la realización de un daño actual, basta tanto la mera posibilidad del mismo como la puesta en peligro en el futuro desarrollo de la personalidad del menor. Este criterio también fue sostenido por la Suprema Corte de Justicia mexicana en su jurisprudencia definida que interpretaba el Código Civil para el Distrito Federal, anterior a las reformas de 25 de mayo de 2000, según se puede advertir de la tesis 3ª./J.30/91 (31/91), del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, julio 1991, página 65:

“PATRIA POTESTAD. SE PIERDE SI SE ACREDITA EL ABANDONO DE LOS DEBERES DE ALGUNO DE LOS PADRES, SIN QUE SEA NECESARIO PROBAR QUE EL MENOSCABO EN LA SALUD, SEGURIDAD Y VALORES DEL MENOR SE PRODUZCAN EN LA REALIDAD, PERO DEBEN EXISTIR RAZONES QUE PERMITAN ESTIMAR QUE PUEDEN PRODUCIRSE. (ARTICULO 444, FRACCION III, DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). La patria potestad como estado jurídico que implica derechos y obligaciones para el padre, la madre y los hijos, tiene la característica de ser una institución de orden público, en cuya preservación y debida aplicación de las normas que la regulan, la sociedad está especialmente interesada. La pérdida de este derecho natural reconocido por la ley, entraña graves consecuencias tanto para los hijos como para el que la ejerce, en consecuencia, para decretarla en el caso del artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal, tratándose del abandono de los deberes de alguno de los padres, se requiere demostrar tal hecho y valorar las circunstancias en que se presenta para determinar si hay razones que permitan estimar que pueden producirse los resultados lesivos para el menor; es decir, se debe probar la conducta o proceder del progenitor incumplido y razonar los motivos por los cuales puede afectar la salud, seguridad o moralidad de los hijos; sin que sea necesario acreditar que el perjuicio o afectación en dicha salud, seguridad o moralidad del menor se hubiere dado en la realidad, ya que el verbo poder utilizado en pasado subjuntivo en la expresión “pudiera”, implica un estado de posibilidades pero no que se hubiere actualizado.”.

Como podemos observar la privación de la patria potestad, así como de las demás medidas que limitan la potestad de los padres, debe tener una función preventiva, y también correctiva o de sanción.

1.3.4. Francia

Por su parte, el Código Civil francés también atiende al interés superior del menor, ya que exige la puesta en peligro de la seguridad, la salud o la moralidad del menor en el supuesto de la privación de la patria potestad. Ello se desprende del contenido del artículo 378-1 del código en cita. Veamos.

“Artículo 378-1

Podrán verse privados totalmente de la patria potestad, fuera de cualquier condena penal, los padres que, bien por malos tratos, bien por un consumo habitual y excesivo de bebidas alcohólicas o un consumo de estupefacientes, bien por mala conducta notoria o comportamientos delictivos, bien por una falta de cuidados o una ausencia de dirección, pusieran manifiestamente en peligro la seguridad, la salud o la moralidad del hijo.

Podrán igualmente verse privados totalmente de la patria potestad, cuando se haya tomado una medida de asistencia educativa respecto del hijo, los padres que, durante más de dos años, se hubieran abstenido voluntariamente de ejercer los derechos y de cumplir los deberes que les atribuye el artículo 375-7.

La acción de privación total de la patria potestad se entablará ante el Tribunal de grande instance, bien por el ministerio público, bien por un miembro de la familia o por el tutor del hijo.”³⁹

1.3.5. Alemania

La legislación alemana atiende al interés superior del menor, esto en la medida que sitúa como elemento esencial del supuesto de hecho de la privación de la patria potestad de los padres la puesta en peligro del bienestar del menor, ya por una conducta de los padres o por la de un tercero y, además, precisa que se compruebe la falta de voluntad o de capacidad de los padres para apartar al menor del peligro. Ello se desprende de los artículos 1666 y 1666^a del Código Civil alemán.

“§ 1666 BGB

Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen durch missbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten gefährdet, so hat das

³⁹ <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=41&r=1701#art6085>

Familiengericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen.”⁴⁰

“§ 1666^a BGB

(1) Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden ist, sind nur zulässig, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann. Dies gilt auch, wenn einem Elternteil vorübergehend oder auf unbestimmte Zeit die Nutzung der Familienwohnung untersagt werden soll. Wird einem Elternteil oder einem Dritten die Nutzung der vom Kind mitbewohnten oder einer anderen Wohnung untersagt, ist bei der Bemessung der Dauer der Maßnahme auch zu berücksichtigen, ob diesem das Eigentum, das Erbbaurecht oder der Nießbrauch an dem Grundstück zusteht, auf dem sich die Wohnung befindet; Entsprechendes gilt für das Wohnungseigentum, das Dauerwohnrecht, das dingliche Wohnrecht oder wenn der Elternteil oder Dritte Mieter der Wohnung ist.”

(2) Die gesamte Personensorge darf nur entzogen werden, wenn andere Maßnahmen erfolglos geblieben sind oder wenn anzunehmen ist, dass sie zur Abwendung der Gefahr nicht ausreichen.”⁴¹

Traducción de los artículos 1666 y 1666^a del Código Civil alemán:

Art. 1666 BGB: En caso de puesta en peligro del bienestar corporal, intelectual o moral del niño, o de su patrimonio, por un ejercicio abusivo de la potestad, o por abandono, o por un fracaso involuntario de los padres, o por el comportamiento de un tercero, el Tribunal de Familia debe adoptar las medidas necesarias para apartar el peligro, si los padres no quieren o no pueden hacerlo por ellos mismos.

Art. 1666^a BGB: (1) Las medidas que impliquen una separación del menor de sus padres sólo pueden adoptarse si el peligro no puede evitarse de otra forma, especialmente mediante ayudas públicas. Lo anterior se aplica igualmente cuando se ha de prohibir el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores de forma provisional o por tiempo indeterminado. Si se ha prohibido a un progenitor o a un tercero el uso de la vivienda que comparten con el menor o de otra vivienda, en la fijación de la duración de la medida debe tenerse en cuenta si tienen la propiedad, un derecho de superficie o el usufructo del terreno en el que la vivienda se encuentra; lo correspondiente se aplica a la propiedad de la vivienda, a un derecho real de habitación, a un derecho real sobre la vivienda, o cuando el progenitor o el tercero son arrendatarios de la vivienda.

(2) Sólo debe privarse de la potestad personal si otras medidas no han tenido éxito o se prevé que van a ser insuficientes para apartar el peligro.

El artículo 1666 del Código Civil alemán determina expresamente tres ámbitos sobre los que se proyecta el bienestar del menor –corporal, intelectual y moral-, pero no lo define. El concepto de bienestar del menor se determina con relación a la función de patria potestad, tal como la recoge el artículo 1626 del código en comento: educar al menor de edad favoreciendo el desarrollo de la propia personalidad y su autonomía así como su integración en la sociedad.

⁴⁰ <http://dejure.org/gesetze/BGB/1666.html>

⁴¹ <http://dejure.org/gesetze/BGB/1666a.html>

Tan importante como el concepto de bienestar del menor es establecer cuándo se encuentra en peligro el bienestar del menor. La constatación de un peligro y la extensión de éste para el menor, delimita el ámbito de libertad de educación de los padres y la correspondiente intervención del Estado, pues en función de tal peligro es como se puede determinar la separación del menor de sus padres.

1.3.6. Holanda

El Código Civil holandés contempla la pérdida de la patria potestad por dos vías, a saber: a) la suspensión; y, b) la privación de la patria potestad. Ambas instituciones tienen los mismos efectos, ya que suponen la pérdida total de la potestad y protegen tanto los intereses de los menores como los de la sociedad entera.

Se diferencian entre sí, porque la suspensión prescinde de la culpabilidad del progenitor tal como lo hace la legislación mexicana en el Código Civil para el Distrito Federal. La suspensión de la potestad (artículo 266 ss del Código Civil holandés) parte de la incapacidad o no idoneidad de los padres o progenitores para cumplir sus deberes respecto a los hijos y, en principio, no se puede adoptar contra la oposición del progenitor.⁴² Por su parte, la privación de la patria potestad

⁴² El artículo 268 del Código Civil holandés recoge los supuestos en que se puede excepcionar la regla de exigirse el consentimiento del progenitor:

“a) Cuando se han adoptado previamente las medidas de los artículos 254 ss del Código Civil -medidas de supervisión que adopta el juez de tutelas en los casos de grave peligro para la salud o para los intereses morales o psicológicos de un menor de edad- y éstas se han demostrado insuficientes para apartar el peligro del menor.

b) Cuando sea necesaria la suspensión de un progenitor para evitar la influencia del otro progenitor que ha sido privado de la potestad.

c) Cuando la capacidad intelectual del progenitor está tan dañada o disminuida que no puede manifestar su voluntad o no puede captar el significado de su declaración.

(artículo 269 ss del código en comentario) requiere, en la mayor parte de los casos, un juicio de culpabilidad en la conducta del progenitor que supone un ejercicio abusivo de sus funciones o incumplimiento de deberes culpable.

La regulación del supuesto de hecho, tanto de la suspensión de la patria potestad como de la privación no hace referencia concreta a la situación en la que se encuentra el menor de edad. Tampoco hace alusión directa a la situación de peligro para el niño o para su desarrollo, pero no deja de considerar al interés del menor, ya que en el caso de la suspensión de la potestad por la adopción de estas medidas dice que no debe ser contraria al interés del menor y, en el caso de la privación de la potestad, el artículo 269 del Código Civil holandés exige que el punto de partida sea la necesidad en atención al interés del menor, siempre que concurra alguna de las conductas de los progenitores que recoge el mismo artículo, que son:

a) Maltrato o abandono de uno o más hijos.

b) Condena firme:

b.1.) por participación dolosa en un hecho delictivo junto con uno de sus hijos menores de edad.

b.2.) por determinados delitos del Código Penal holandés –Títulos XIII-XV y XVIII-XX- contra menores de edad.

d) Cuando el menor lleva más de un año acogido por otra familia y la permanencia en esta familia es necesaria ya que la vuelta con su propia familia presumiblemente supondrá una importante desventaja para el menor.”.

b.3.) a una pena de privación de libertad por tiempo superior a dos años.

c) Incumplimiento de las indicaciones recibidas por la administración relativas a la protección de sus hijos o impedir su acogimiento institucional.

d) Existencia de una fundada sospecha de desatención de los intereses de su hijo en la reclamación de los padres de la asunción de la guarda del menor que previamente han asumido otras personas.⁴³

1.3.7. Portugal

De forma similar al sistema holandés, la legislación portuguesa tiene una regulación de la patria potestad de los padres que presupone, al menos en algunos casos, una concepción punitiva de la institución y que no está condicionada por el interés del menor.

El Código Civil portugués regula la privación de la patria potestad en el Título III De la Filiación, Capítulo II Efectos de la Filiación, Sección II Patria Potestad, Subsección V, artículos 1913 a 1920-A. El artículo 1913, contempla a las personas que se consideran automáticamente privadas de la patria potestad, a saber: los interdictos o inhabilitados por anomalía psíquica; los ausentes desde el momento del nombramiento del curador provisional. Veamos:

“ARTIGO 1913

(Inibição de pleno direito)

⁴³ Traducción del alemán contenida en *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 1. Personen-und Familienrecht* F. Nieper; A. S. Westerdijk (Red.), C.H. Beck-Kluwer Law Internacional, Manchen-The Hague, 1996.

1. Consideram-se de pleno direito inibidos do exercício do poder paternal:

a) Os condenados definitivamente por crime a que a lei atribua esse efeito;

b) Os interditos e os inabilitados por anomalia psíquica;

c) Os ausentes, desde a nomeação do curador provisório. [...]”⁴⁴

Traducción del artículo 1913 del Código Civil portugués:

(privados de pleno derecho)

1. Se consideran de pleno derecho privados del ejercicio de la patria potestad:

a) Los condenados definitivamente por delito al que la ley atribuya ese efecto;

b) Los interdictos y los inhabilitados por anomalía psíquica;

c) Los ausentes, desde el nombramiento del curador provisional. [...].

Por su parte, el artículo 1915 del Código Civil portugués recoge las causas que permiten privar de la potestad de los padres: el incumplimiento culpable de los deberes paterno-filiales que causen un perjuicio grave a los hijos; la inexperiencia, enfermedad, ausencia u otras razones que determinen que los padres no están en condiciones de cumplir sus deberes paterno-filiales. Veamos:

“ARTIGO 1915º

(Inibição do exercício do poder paternal)

1. A requerimento do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, pode o tribunal decretar a inibição do exercício do poder paternal quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostre em condições de cumprir aqueles deveres.

2. A inibição pode ser total ou limitar-se à representação e administração dos bens dos filhos; pode abranger ambos os progenitores ou apenas um deles e referir-se a todos os filhos ou apenas a algum ou alguns.

3. Salvo decisão em contrário, os efeitos da inibição que abranja todos os filhos estendem-se aos que nascerem depois de decretada.”⁴⁵

Traducción del artículo 1915 del Código Civil portugués:

⁴⁴ <http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>

⁴⁵ Ídem.

(Privación del ejercicio de la patria potestad)

1. A requerimiento del Ministerio Público, de cualquier pariente del menor o de persona a cuya guarda él esté confiado, de hecho o de derecho, puede el tribunal decretar la privación del ejercicio de la patria potestad cuando cualquiera de los padres infrinja culposamente los deberes para con los hijos, con grave perjuicio de éstos, o cuando, por inexperiencia, enfermedad, ausencia u otras razones, no se muestre en condiciones de cumplir aquellos deberes.
2. La privación puede ser total o limitarse a la representación y administración de los bienes de los hijos; puede abarcar a ambos progenitores o apenas uno de ellos y referirse a todos los hijos o apenas a alguno o algunos.
3. Salvo decisión en contrario, los efectos de la privación que abarque todos los hijos se extenderá a los que nacieren después de decretada.

1.3.8. Estados Unidos de América

En los Estados Unidos, la regulación de la privación de los derechos de los padres sobre sus hijos corresponde a los diferentes Estados. Sin embargo, éstos deben adaptar el contenido de su legislación a los principios recogidos en las leyes federales que tratan cuestiones relativas a la protección de menores para recibir las ayudas federales que las mismas prevén. Sin embargo, debe destacarse que los principios que se adoptan giran en torno al interés del menor.

Las leyes federales que inciden sobre la terminación de los derechos parentales son la *Child Abuse Prevention and Treatment Act* (1966)⁴⁶ y la *Adoption and Safe Families Act* (1997).⁴⁷

En el ámbito civil se establece una normativa que autoriza al Estado a intervenir y separar al menor de su familia si aquel se encuentra en una situación de desamparo -peligro a causa de abandono o abuso de los padres- y a ponerlo bajo la custodia de una entidad pública o de una familia acogedora (*foster care*). Estas medidas implican que el Estado pasa a tener jurisdicción sobre los menores.

⁴⁶http://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.acf.hhs.gov/programs/cb/laws_policies/cblaws/capta03/index.htm&sa=X&oi=translate&resnum=2&ct=result&prev=/search%3Fq%3Dchild%2Babuse%2Bprevention%2Band%2Btreatment%2Bact%26hl%3Des

⁴⁷http://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.acf.hhs.gov/programs/cb/laws_policies/policy/pi/pi9802.htm&sa=X&oi=translate&resnum=2&ct=result&prev=/search%3Fq%3Dadoption%2Band%2Bsafe%2Bfamilies%2Bact%26hl%3Des

En este contexto, las medidas más drásticas son la privación de la potestad o terminación de los derechos parentales (*termination of parental rights*) sobre el hijo y la adopción.

Los ordenamientos estatales recogen de forma bastante similar las causas que permiten al juez privar de la responsabilidad parental a los padres.⁴⁸ Estas, hacen siempre referencia a un elenco de conductas de los padres, tanto desde el punto de vista activo como pasivo, conductas que no exigen necesariamente que el menor se encuentre en peligro o en situación de sufrir un daño, como ocurre en los casos en que se tiene en cuenta el mero transcurso de un plazo del menor en situación de acogimiento. En cualquier caso, la privación de la potestad de los padres no es automática, sino que el juez debe tomar en consideración el interés del menor en la adopción de una medida de este tipo. De forma metódica se podrían agrupar en tres categorías:

1. Abandono (*Neglect*).- En esta categoría se incluyen aquellas conductas que se caracterizan por la omisión de cuidado que determinan en un menor de edad un daño importante en su salud o en su desarrollo. Las conductas que determinan la existencia de abandono pueden agruparse en: a) Abandono físico; b) Abandono material; y c) Si el menor se encuentra bajo la custodia de los servicios sociales desde hace un tiempo.⁴⁹

⁴⁸ <http://www.ncsl.org/>

⁴⁹ Ruisánchez Capelastegui, Covadonga, *La privación de la patria potestad*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2006, p. 49.

2. Maltrato o abuso.- Esta causa hace referencia tanto a maltratos sobre el propio hijo como sobre otros hijos del progenitor o sobre otros menores bajo la guarda del progenitor o que habiten en la misma vivienda. También se incluyen comportamientos de un padre frente al otro que produzcan un perjuicio para el hijo como puede ser una relación tensa entre ellos que determine la inexistencia de trato con el menor.⁵⁰

3. Ineptitud de los padres.- Si los padres son incapaces de asumir su responsabilidad parental el Estado debe garantizar al menor alguien que la asuma.

1.3.9. Inglaterra

En el ordenamiento inglés, la *Children Act (1989)*, no contempla de forma expresa la posibilidad de que los padres sean privados de la responsabilidad paterna sobre sus hijos. La *Children Law Act (1989)*, parte del principio de intervención mínima del Estado y sólo prevé la separación del menor de sus padres como último recurso. En Inglaterra la única forma por la que los padres pierden la responsabilidad parental sobre sus hijos es cuando éstos son adoptados, lo cual supone que sus principios anteponen el interés del menor, de ahí que con la excepción mencionada, una vez que un progenitor ha adquirido la

⁵⁰ Algunos ordenamientos incluyen un elenco de conductas: lesiones, trato inhumano, comisión o participación en determinados delitos en relación con los menores como asesinato, homicidio, incesto, raptó, sodomía, tortura; abuso sexual; abuso crónico y duradero que puede dar lugar a graves daños físicos o psíquicos, etcétera, Texas Family Code, 161.001 (1) (L).

responsabilidad parental sobre un hijo, la conserva hasta que el hijo alcanza la mayoría de edad.⁵¹

1.3.10. Escocia

A diferencia del ordenamiento inglés, la legislación escocesa admite la privación de la potestad de los padres. La sección 11 (2) (a) Children (Scotland) Act (1995), prevé:

“Court Orders

11 Court orders relating to parental responsibilities etc.

(1) In the relevant circumstances in proceedings in the Court of Session or sheriff court, whether those proceedings are or are not independent of any other action, an order may be made under this subsection in relation to-

(a) parental responsibilities;

(b) parental rights;

(c) guardianship; or

(d) subject to section 14 (1) and (2) of this Act, the administration of a child’s property.

(2) The court may make such order under subsection (1) above as it thinks fit; and without prejudice to the generality of that subsection may in particular so make any of the following orders-

(a) an order depriving a person of some or all of this parental responsibilities or parental rights in relation to a child; [...].⁵²

Traducción de la sección 11 (2) (a) Children (Scotland) Act (1995):

11 Tribunal órdenes relativas a las responsabilidades de los padres, etc

(1) En las circunstancias pertinentes en los procedimientos en el Tribunal de reunión o tribunal, ya se trate de actuaciones son o no son independientes de cualquier otra acción, puede dictarse una orden en virtud de esta subsección en relación con -

(a) las responsabilidades de los padres;

⁵¹ <http://www.dfes.gov.uk/publications/childrenactreport/>

⁵² http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/ukpga_19950036_en_2#pt1-pb4-l1g11

(b), los derechos de los padres;

(c), la tutela; o

(d) a reserva de la sección 14 (1) y (2) de esta ley, la administración de los bienes de un niño.

(2) El tribunal podrá hacer tal fin en la subsección (1) anterior, si lo considera apropiado, y sin perjuicio de la generalidad de que la subsección podrá, en particular a fin de realizar cualquiera de las siguientes órdenes -

(a) una orden de privar a una persona de todos o algunos de sus responsabilidades de los padres o de los derechos de los padres en relación con un niño; [...].

En Escocia la privación de la patria potestad está regulada junto a otras posibles resoluciones judiciales sobre el ejercicio de los derechos y deberes parentales que determinadas personas pueden solicitar a los tribunales, tanto en los supuestos de desacuerdos entre las diferentes personas que ostentan derechos o responsabilidades parentales, como en los casos en que una persona de alguna forma quiere que se fiscalice la forma en que se cumplen los deberes y derechos parentales sobre un menor. La posibilidad de solicitar la privación de la responsabilidad parental no se pone en relación con una situación de peligro del menor de edad, sino que se recoge entre las posibilidades que se permiten a cualquier interesado solicitar a un tribunal y que este adopta si lo encuentra oportuno. Los padres también pierden la responsabilidad parental en los casos en que el juez la transfiere a la administración a solicitud de ésta en los casos de abandono o incapacidad de los padres [section 86 (2) Children (Scotland) Act (1995)]. Pero en este caso, los progenitores conservan su derecho a consentir la adopción del hijo del que se le ha privado la potestad [section 86 (3) Children (Scotland) Act (1995)]. Veamos.

“86 Parental responsibilities order general:

(1) On the application of a local authority the sheriff may make an order transferring (but only during Duch period as the order remains in force) the appropriate parental rights and responsibilities relating to a child to them; and any such order shall be known as a “parental responsibilities order”.

(2) A parental responsibilities order shall not be made unless the sheriff is satisfied that each relevant person Esther-

(a) freely, and with full understanding of what is involved, agrees unconditionally that the order be made; or

(b) is a person who-

(I) is not known, cannot be found or is incapable of giving agreement;

(II) is withholding such agreement unreasonably;

(III) has persistently failed, without reasonable cause, to fulfil one or other of the following parental responsibilities in relation to the child, that is to say the responsibility to safeguard and promote the child's health, development and welfare or, if the child is not living with him, the responsibility to maintain personal relations and direct contact with the child on a regular basis; or

(IV) has seriously ill-treated the child, whose reintegration into the same household as that person is, because of the serious ill-treatment or for other reasons, unlikely.

(3) The reference in subsection (1) above to the appropriate parental rights and responsibilities relating to the child is to all parental rights and responsibilities except any right to agree, or decline to agree-

(a) to the making of an application in relation to the child under section 18 (freeing for adoption) or 55 (adoption abroad) of the [1976 c. Adoption Act 1976, under section 18 or 49 of the [1978 c. 36.] Adoption (Scotland) Act 1978 or under Article 17, 18 or 57 of the [S.I. 28.] Adoption (Northern Ireland) Order 1987 (corresponding provision for Scotland and Northern Ireland); or 1987/2203 (NI22)].

(b) to the making of an adoption order.”.⁵³

Traducción:

86 Las responsabilidades de los padres: en general

(1) En la solicitud de una autoridad local que el alguacil puede emitir una orden de transferencia (pero sólo durante el período que el orden permanece en vigor) los derechos parentales y las responsabilidades relativas a un niño a ellos, y esa decisión será conocida Como una "orden de las responsabilidades de los padres".

(2) A fin de las responsabilidades de los padres no se harán a menos que el juez está convencido de que cada persona - ya sea

(a) del libremente, y con pleno conocimiento de lo que se trata, de acuerdo incondicionalmente que la orden se hizo, o

(b) es una persona que -

(I) es que no se conoce, no se puede encontrar o es incapaz de dar acuerdo;

(II) la retención de dicho acuerdo injustificadamente;

(III) la persistente ha fracasado, sin causa razonable, para cumplir con una u otra de las siguientes responsabilidades de los padres en relación con el niño, es decir, la responsabilidad de salvaguardar y promover la salud del niño, el desarrollo y el bienestar o, si el Niño no vive con él, la responsabilidad de mantener relaciones personales y contacto directo con el niño en forma regular, o

(IV) tiene gravemente maltratado al niño, cuya reinserción en el mismo hogar que la persona es, a causa de los graves malos tratos o por otras razones, improbable.

(3) La referencia en la subsección (1) por encima de los correspondientes a los derechos de los padres y las responsabilidades en relación con el niño es a todos los derechos de los padres y las responsabilidades, salvo de acuerdo a cualquiera de los derechos, o de acuerdo a la disminución -

(a) a la presentación de una solicitud en relación con el niño en virtud de la sección 18 (liberación para su aprobación) o 55 (adopción en el extranjero) de la [1976 c Ley de adopción 1976, en virtud del artículo 18 o

⁵³ http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/ukpga_19950036_en_8#pt2-ch4-pb1-11g86

49 de la [1978 c Adopción (Escocia) de 1978 o en virtud del artículo 17, 18 o 57 de la [SI Adopción (Irlanda del Norte) de 1987 (disposición correspondiente para Escocia e Irlanda del Norte), o

(b) a la realización de una orden de adopción.

1.3.11. Paraguay

El Código del Menor de la República de Paraguay (ley No 903/81), consagra que el padre y la madre ejercen con iguales derechos y deberes la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de desacuerdo, prevalecerá la decisión del padre hasta que el juez de menores, en procedimiento sumarísimo, resuelva la cuestión tomando en cuenta el interés del menor (artículo 67).⁵⁴

Este cuerpo normativo específico de la minoridad paraguayo agrega que en caso de ausencia, incapacidad, suspensión o pérdida de la patria potestad de uno de los padres, el ejercicio corresponde al otro, y que cada cónyuge la ejercerá sobre los hijos no comunes (artículos 69 y 70).⁵⁵

La Ley No. 903/81, exige también la puesta en peligro de la vida, la salud o la moralidad del menor en la descripción del supuesto de hecho de la privación de la patria potestad (artículo 105).

“Art. 105º - Los padres pierden la patria potestad:

- a. por haber sido condenados por delitos cometidos contra sus hijos;*
- b. por abandono de ellos;*
- c. por dar ejemplos o consejos inmorales, o colocarlos a sabiendas en lugares peligrosos para la vida, la salud o la moral de sus hijos; y,*
- d. por inducirlos a atentar contra el orden público y las buenas costumbres.”*⁵⁶

Como podemos observar, también en la legislación paraguaya los titulares originarios de la patria potestad son los padres y uno de los factores importantes

⁵⁴ <http://www.iin.oea.org/badaj/docs/lcodpy81.htm>

⁵⁵ *Ídem.*

⁵⁶ *Ídem.*

para decretar la pérdida de la patria potestad es precisamente, la colocación en estado de peligro al menor en su integridad física o moral.

1.3.12. Perú

El Código Civil peruano establece el ejercicio conjunto de la patria potestad, correspondiendo a ambos (padre y madre) la representación legal del hijo. Lo anterior se desprende del artículo 419 del código en cita.

“Artículo 419º.- Ejercicio conjunto de la patria potestad

La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

En caso de disentimiento, resuelve el Juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo.”⁵⁷

El ordenamiento peruano sitúa como uno de los elementos primordiales del supuesto de hecho de la privación de la patria potestad de los padres el abandono a que esté sujeto el menor, ya sea de manera continua en un lapso determinado o bien de manera acumulada si excede de dicho plazo, sin hacer referencia expresa dicha legislación a la puesta en peligro del bienestar del menor, por la conducta de los padres (artículos 462 y 463 del Código Civil peruano).

“Artículo 462º.- Causales de perdida de patria potestad

La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo.

Artículo 463º.- Causales de privación de la patria potestad

Los padres pueden ser privados de la patria potestad:

1.- Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos.

⁵⁷<http://www.abogadoperu.com/codigo-civil-seccion-tercera-sociedad-paternofilial-titulo-9-abogado-legal.php>

2.- Por tratarlos con dureza excesiva.

3.- Por negarse a prestarles alimentos.”⁵⁸

1.3.13. Venezuela

En este país, la medida en cuestión implica la pérdida del ejercicio de la patria potestad por decisión judicial, con la salvedad de que reunidas ciertas condiciones los padres afectados por ella pueden solicitar y obtener de nuevo el ejercicio del que fueron privados. Dada esta característica la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) no incluye la privación en la extinción de la titularidad de la patria potestad como era tradicional hacerlo, pues la nueva ley reserva la expresión "extinción de la patria potestad" para los casos en que el progenitor afectado no podrá volver a ejercer esa patria potestad.

Así, las causales de privación de la patria potestad no son "automáticas", sino que el Juez puede y debe tomar en cuenta "la gravedad, reiteración, arbitrariedad y habitualidad de los hechos" para decretar la medida o no (LOPNA, artículo 352) si bien la decisión de decretarla "debe estar fundada en la prueba" de una o más de las causales que prevé la ley (LOPNA, artículo 353).

En ese tenor, las causales por las cuales el padre, la madre o ambos pueden ser privados de la patria potestad de sus hijos están enumeradas en el artículo 352 de la LOPNA⁵⁹ y en concreto son cuando:

Los maltraten física, mental o moralmente;

Los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo;

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ <http://www.ops-oms.org.ve/adolec/adolec/leyes/lopna.htm>

Incumplan los deberes inherentes a la patria potestad;

Traten de corromperlo o prostituirlos o consientan su corrupción o prostitución;

Abusen de ellos sexualmente o los expongan a la explotación sexual;

Sean dependientes de sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas u otras formas graves de fármaco dependencia que pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando estos hechos no acarreen sanción penal para su autor;

Sean condenados por hechos punibles cometidos contra el hijo;

Sean declarados “entredichos”;

Se nieguen a prestarles alimentos;

Inciten, faciliten o permitan que el hijo ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral.

Por su parte, en la preocupación de evitar injusticias, la ley expresa que la falta o carencia de recursos materiales no constituye por sí sola, causal para la privación de la patria potestad. De ser éste el caso, el niño o el adolescente debe permanecer con sus padres sin perjuicio de la inclusión de los mismos en uno o más de los programas legalmente procedentes.

Por otro lado, debemos destacar que el Juez venezolano no puede declarar la privación de la patria potestad de oficio, sino "a solicitud de parte interesada" y se considera parte interesada (LOPNA, artículo 353⁶⁰):

a.- El otro padre respecto al cual la filiación esté legalmente establecida, aun cuando no ejerza la patria potestad;

b.- El Ministerio Público, actuando de oficio o a solicitud del hijo a partir de los doce años, de los ascendientes y demás parientes del hijo dentro del cuarto grado en cualquier línea, de la persona que ejerza la guarda; y,

c.- El Consejo de Protección que prevé la LOPNA.

1.3.14. Argentina

En Argentina, al igual que en la mayoría de los países referidos, se trata de la modalidad más grave a que puede sujetarse la patria potestad, acorde con los severos motivos que la ley contempla para su procedencia.

En este país, tradicionalmente la pérdida de la patria potestad se consideró como el apartamiento irreversible del progenitor en relación a la institución.⁶¹

En Argentina actualmente se distingue sólo entre privación de la patria potestad y suspensión de su ejercicio (artículos 307 y 309, respectivamente).

La reforma del año 1985, ley 23.264⁶², vino a suprimir a la pérdida de la patria potestad dicho carácter, estableciendo el artículo 308 del Código Civil

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ D'Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de menores*, 4ª ed., Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p. 272.

⁶² http://www.buenosaires.gov.ar/registrocivil/Normativa/Caps/Asp/ley23264.php?menu_id=954

que la privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos.⁶³

Así pues, en este país la privación de la patria potestad deja de ser una sanción de carácter definitivo y es, siempre revisable si los padres demostraren que por circunstancias sobrevivientes la restitución de la patria potestad se justifica en beneficio e interés del hijo.

En ese contexto, la privación de la patria potestad procede en presencia de los siguientes motivos:

1) Por ser el padre o la madre condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo;

2) Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero; y,

3) Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia (artículo 307 del Código Civil argentino⁶⁴).

⁶³ http://www.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/libro1_secc2_titulo2a3.htm#titulo3

⁶⁴ Ídem

En consecuencia, dentro de los casos de privación de la patria potestad quedan incluidos los que el anterior artículo 308 denominaba como de pérdida del ejercicio, y también los casos en que la suspensión del ejercicio se preveía como una facultad de los jueces en el párrafo 2 del anterior artículo 309.⁶⁵ De este modo se reserva la mentada suspensión exclusivamente a las hipótesis en que los padres, por diversas circunstancias, no pueden ejercer la patria potestad: ausencia, interdicción, prisión en los casos del artículo 12 del Código Penal, o la entrega de los hijos a un establecimiento de protección de menores.

1.3.15. Brasil

El Código Civil de Brasil (Ley nº 10.406, de 10 de enero de 2002) consagra que la patria potestad compete al padre y a la madre y sólo a falta o impedimento de uno de ellos, el otro lo ejercerá de manera exclusiva (artículo 1631)⁶⁶.

Este cuerpo normativo brasileño agrega que en caso de separación judicial, divorcio o disolución de la unión estable no se alteran las relaciones entre padres e hijos en cuanto al derecho, que los primeros cabe, de tener en su compañía a los segundos (artículo 1632).⁶⁷

⁶⁵ Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A., *op. cit.*, nota 3, p. 362.

⁶⁶ Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo

⁶⁷ Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

El Código Civil brasileño exige también la puesta en peligro de la integridad física, la salud o la moralidad del menor en la descripción del supuesto de hecho de la privación de la patria potestad (artículo 1638).

“Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”⁶⁸

Traducción del artículo 1638 del Código Civil brasileño:

Art. 1.638. Perderán por acto judicial la patria potestad el padre o la madre que:

I.- Castigue inmoderadamente al hijo;

II.- Deje al hijo en abandono;

III.- Practique actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres;

IV.- Incida, reiteradamente, en las faltas previstas en el artículo antecedente.

Como podemos observar también en la legislación brasileña los titulares originarios de la patria potestad son los padres y uno de los factores importantes para decretar la pérdida de la patria potestad es precisamente la colocación en estado de peligro al menor en su integridad física o moral, esto es, dicho ordenamiento tutela el interés del menor.

1.4. Naturaleza y alcances de la patria potestad de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal y a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Con la intención de integrar un concepto de la patria potestad lo más completo posible, y dentro de él precisar su fundamento, contenido, finalidad y

⁶⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm#poderfamilia

atributos, se acudirá a los diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal, así como a los distintos criterios que al respecto ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1.4.1. Fundamento de la patria potestad

Podemos afirmar que su principal soporte es un hecho de la naturaleza que se hace manifiesto en la procreación, y esto se aplica en forma indistinta para hijos nacidos dentro de matrimonio como para hijos nacidos al margen de tal institución. Y, desde luego, aquí podemos incluir también a los hijos producto del concubinato.

Como se infiere, la patria potestad se sustenta en las relaciones naturales paterno-materno-filiales, que dan como resultado el vínculo jurídico que se establece entre el padre y el hijo, así como entre la madre y el hijo.

De lo anterior se deduce que el acto jurídico del matrimonio no es el único fundamento de la patria potestad, y por lo que hace a la normatividad que lo regula, únicamente lo reconoce. Una consecuencia lógica de la procreación es el ejercicio de la patria potestad, que corresponde originalmente a los progenitores.

Cabe mencionar que actualmente tenemos a los hijos producto de reproducción asistida (conjunto de técnicas que tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras técnicas terapéuticas se hayan descartado),⁶⁹ lo que da como resultado, en algunos casos, la relación paterno-materno-filial sin el precedente de

⁶⁹ Véase Ley española del 22 de noviembre de 1988, núm.35/1988 sobre Reproducción Asistida Humana. El texto completo de esta Ley puede consultarse en Aranzadi, *Repertorio cronológico de legislación 1988*, Pamplona, 1988, vol. IV, págs. 5622-5630.

la procreación biológica natural. Y no obstante esto, surge el parentesco por consanguinidad reconocido por nuestro Código Civil (artículo 293, segundo párrafo), y como consecuencia la institución de la patria potestad.

También nos encontramos con los hijos resultado del trámite judicial de adopción plena, por virtud de la cual el parentesco que de aquí surge se equipara al de consanguinidad, considerando así al hijo adoptivo como si hubiera nacido en esa familia (artículo 293, tercer párrafo).

Se transcriben a continuación, en la parte que nos interesa, los siguientes criterios de nuestro más Alto Tribunal.

“PATRIA POTESTAD, NO DEBE SER CONDENADO A PERDERLA EL CÓNYUGE CULPABLE CUANDO LA CAUSAL DE DIVORCIO TOMA SU ORIGEN EN EL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL. ...La patria potestad se ejerce por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones...”⁷⁰

“PATRIA POTESTAD (MICHOACÁN). Originalmente, la patria potestad corresponde a los padres; así se infiere del mismo nombre de esta institución...”⁷¹

“PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE LA. La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno-filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.”⁷²

“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. NO SON SUSCEPTIBLES DE SER APLICADOS POR ANALOGÍA LOS PRECEPTOS QUE LA REGULAN EN EL DIVORCIO, A LOS CASOS DE NULIDAD DEL MATRIMONIO. La patria potestad que ejercen los padres sobre sus hijos emana del hecho de la engendración y no del acto jurídico del matrimonio y, por regla general, debe ser ejercitada por todos ellos...”⁷³

⁷⁰ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 306, página 206. [Registro Ius: 392,433].

⁷¹ Ius 2007. Tesis aislada, Materia(s): Civil, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, CXXXV, página 117 [Registro Ius: 269,175].

⁷² Ius 2007. Tesis aislada, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 55 Cuarta Parte, página 47 [Registro Ius: 241,864].

⁷³ Ius 2007. Tesis aislada, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 97-102 Cuarta Parte, página: 214 [Registro Ius: 241,194].

*“PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE LA. La patria potestad, tratándose de hijos de matrimonio, se ejerce, no como una consecuencia de ese contrato social, sino como un derecho fundado en la naturaleza en relación directa con la procreación de aquéllos...”*⁷⁴

1.4.2. Contenido de la patria potestad

La patria potestad comprende diversos derechos y obligaciones a cargo tanto de ascendientes como de descendientes, de los cuales podemos encontrar en nuestro Código Civil para el Distrito Federal otros más, consideramos que la Suprema Corte de Justicia los ha inferido, tomando en cuenta, entre otros elementos, el espíritu de la ley, así como la naturaleza propia de la institución que nos ocupa.

Dentro del primer rubro tenemos el respeto y consideración, que deben ser mutuos entre ascendientes y descendientes, independientemente de la edad, estado y condición (artículo 411, primer párrafo⁷⁵); la guarda y custodia de los menores (artículos 413⁷⁶, 416, 418 y 421); la obligación de educar convenientemente a los menores (artículos 413 y 422); la obligación de proporcionarle a los menores cuidados y atenciones (artículo 416 segundo párrafo); los derechos de vigilancia y de convivencia de los menores (artículos 416, segundo párrafo, 417 y 418); la obligación de proporcionarle alimentos a los

⁷⁴ Ius 2007. Tesis aislada, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 169-174 Cuarta Parte, página 151 [Registro: 240,441].

⁷⁵ Este párrafo se introduce por reforma del 30 de diciembre de 1997 publicada en el Diario Oficial de la Federación.

Nota: Con esta reforma, introducida en 1997, se logra, desde mi punto de vista, un gran avance, pues el texto anterior, que estuvo en vigor desde 1932, sostenía como una obligación a cargo de los hijos exclusivamente, el de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, y en el texto vigente se acentúa un respeto y consideración mutuos, con lo que legalmente se incorpora a la familia la reciprocidad en el trato cotidiano, con igual carga de respeto y consideración entre ascendientes y descendientes.

⁷⁶ Nota: En cuanto a la guarda y educación de los menores, su ejercicio queda sujeto a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

menores (artículos 416, segundo párrafo y 303⁷⁷); la obligación consistente en no impedir, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes (artículo 417, segundo párrafo⁷⁸); la facultad de corregir a los menores con las limitantes que el mismo Código establece, y, desde luego, con la obligación por parte de los ascendientes de observar una conducta de buen ejemplo (artículo 423); la legítima representación de los que ejercen la patria potestad (artículos 424, 425 y 427⁷⁹), y la obligación de administrar los bienes de los hijos, con su contrapartida de integrarlos en su momento, agregando los frutos que les pertenezcan (artículos 426 y 442).

Dentro del segundo rubro tenemos: vigilar su correspondencia; formar su carácter; procurar el bienestar del menor, no sólo en el orden material, sino fundamentalmente en el orden espiritual, además de proporcionarle adecuada atención médica; sólida y buena moral, y un ambiente agradable para su formación, lo que permitirá un adecuado estado emocional.

Se transcriben a continuación, en la parte que nos interesa, los siguientes criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

⁷⁷ Nota: El contenido de la obligación alimentaria rebasa en exceso el concepto del lenguaje común, pues incluye los siguientes renglones: la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y, en su caso, los gastos de embarazo y parto; respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales; en relación con las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo, y por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia (artículo 308). Como se aprecia el concepto “alimentos”, que en lenguaje común se refiere básicamente a nutrientes, en materia jurídica tiene un amplio contenido.

⁷⁸ El segundo párrafo del artículo 417 se adiciona por reforma del 30 de diciembre de 1997, publicada en el Diario Oficial de la Federación.

⁷⁹ Los menores de edad pueden pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante, y en el supuesto de que el menor hubiere cumplido catorce años, podrá hacer la designación de representante en el escrito de demanda (artículo 6 de la Ley de Amparo).

“PATRIA POTESTAD. SUPRESIÓN DE ALGUNO O ALGUNOS DE LOS DERECHOS QUE LA MISMA COMPRENDE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativos para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etcétera...”⁸⁰

“PATRIA POTESTAD. PARA SU EJERCICIO ES NECESARIO QUE LOS PADRES TENGAN LA GUARDA DEL MENOR. La patria potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad o integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su corresponden y el formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos padres tengan la guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente.”⁸¹

“PATRIA POTESTAD, INTERES DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO PARA EL EJERCICIO UNICO DE LA. Tratándose de conflicto entre padres por los hijos nacidos fuera de matrimonio, en el que se pide el ejercicio exclusivo de la patria potestad para uno de éstos, cuando vivían juntos y se separaron, en caso de que no se pongan de acuerdo, el Juez deberá tener en cuenta los intereses de los hijos; pero estos intereses no necesariamente se identifican con la capacidad económica de uno de los progenitores para decidir que queden bajo su única patria potestad, sino que en cada caso deben examinarse circunstancias muy diversas, tales como la edad y sexo de los hijos, así como las consecuencias que han existido antes y después del estado de separación, con el objeto de que el juzgador pueda conocer cuál de los dos progenitores ha tenido mayor cuidado por ellos, es decir, en qué forma directa o indirecta han atendido a la subsistencia y educación de los hijos y en qué medida han estado pendientes de su salud y seguridad. No basta que los padres tengan importantes recursos económicos y sociales, si estos recursos no se ponen a disposición de los menores con el objeto de que puedan disponer de una vivienda mejor, de alimentos suficientes para su desarrollo, de servicios médicos y medicinas para cuidar la salud, y de buenas escuelas para que tengan una esmerada educación, pero sobre todo debe tenerse en cuenta cuál de los dos padres tiene mejor conducta para que los hijos puedan tener una sólida y buena moral, ya que la ley se preocupa por el bienestar de los menores, pero no sólo en el orden material, sino fundamentalmente en el orden espiritual. En este orden de ideas, el juzgador debe entender que los intereses de los hijos requieren que la patria potestad se entregue al padre o a la madre que haya demostrado el mayor empeño material y moral por ellos, al que haya estado más pendiente de sus subsistencia, seguridad y educación y al que les presente un ambiente agradable para su formación con el objeto de que su proyección espiritual sea grande, independientemente de su situación social y económica; pero sobre todo, que al hacerse esa designación no se perjudique el estado emocional y afectivo de aquéllos, con el objeto de que no se deteriore su personalidad. Para ello la autoridad jurisdiccional debe examinar objetivamente estas circunstancias, que precisan los intereses de los hijos, para poder designar, en estos casos, cuál es el progenitor que conviene a ellos que ejerza la patria potestad.”⁸²

“PATRIA POTESTAD. LÍMITE EN SU EJERCICIO, CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES CONSERVA LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES. Si a la madre se le confiere el cuidado y guarda de su menor hija, debe ejercitar los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad —que de acuerdo con los artículos 422 y 423 del Código Civil del Estado de Guerrero, comprende la obligación de educarla convenientemente, de corregirla y castigarla mesuradamente— con una libertad que no tiene más límite que el notorio perjuicio físico o moral de dicha menor. El padre, por su parte, tiene derecho de visitar a la menor, de comunicarse y tratar con ella, vigilando prudentemente el cumplimiento de las

⁸⁰ Ius 2007. Tesis aislada, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice 2000, Tomo IV, Civil, P.R. SCJN, Tesis: 334, Página: 229 [Registro Ius: 913,942].

⁸¹ Ius 2007. Tesis aislada, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 30 Cuarta Parte, página 69 [Registro Ius: 242,185].

⁸² Ius 2007. Tesis aislada, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 103-108 Cuarta Parte, Página: 159 [Registro Ius: 241,102].

obligaciones de guarda y custodia a cargo de la madre, sin pretender una intromisión constante y absoluta que no es lógica, ni siquiera en los casos en que el matrimonio subsiste.”⁸³

1.4.3. Finalidad de la patria potestad

Con el ejercicio de la patria potestad se pretenden, entre otros propósitos, el de proteger los intereses de los hijos, intereses que no necesariamente se identifican con la capacidad económica de algunos de los progenitores, pues el juzgador debe preocuparse por el bienestar de los menores, fundamentalmente en el orden espiritual.

Se transcriben a continuación, en la parte que hemos considerado relevante, los siguientes criterios:

“PATRIA POTESTAD, EJERCICIO DE LA, POR AMBOS PADRES. La patria potestad legalmente se ejerce sobre los hijos, en los casos y circunstancias que expresamente señala la ley. Su finalidad es la de proteger los intereses de los hijos; es por eso que, precisamente, el legislador ha querido que la patria potestad, como regla general, se ejerza por los dos padres conjuntamente, y solamente como excepción, deje de ejercerla uno de ellos.”⁸⁴

“PATRIA POTESTAD. CUSTODIA. EL INTERÉS DE LOS HIJOS, ES ELEMENTO PRIMORDIAL PARA SU DETERMINACIÓN. El interés de los hijos no necesariamente se identifica con la capacidad económica del padre para determinar que queden bajo su guarda o custodia, porque en cada caso particular pueden mediar motivos de salud, seguridad y moralidad que aconsejan su permanencia con la madre, considerada económicamente débil...”⁸⁵

1.5. Extinción de la patria potestad.

En el derecho romano la patria potestad se extinguía⁸⁶:

a) Por muerte del paterfamilias, adquiriendo la calidad de *sui iuris* los que estaban sometidos a él.

⁸³ Ius 2007. Tesis aislada, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 2 Cuarta Parte, Página: 67 [Registro Ius: 242,513].

⁸⁴ Ius 2007. Tesis aislada, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 51 Cuarta Parte, Página: 49 [Registro Ius: 241,923].

⁸⁵ Ius 2007. Tesis aislada, Materia(s): Civil, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, CXXII, Página: 83 [Registro Ius: 269,553].

⁸⁶ Acosta Romero, Miguel y otros, *Código Civil para el Distrito Federal comentado*, 2ª edición, Editorial Porrúa, Volumen I, México, 1998, p. 423.

- b) Por pérdida de la ciudadanía del padre.
- c) La reducción a la esclavitud del padre.
- d) Por muerte del hijo.
- e) Por la emancipación.
- f) Por la elevación del hijo a ciertas dignidades tanto religiosas como políticas, como cónsul o sacerdote.
- g) Por la caída en esclavitud del hijo.
- h) Por la exposición del hijo y prostitución de la hija.
- i) Por la celebración de un matrimonio incestuoso por parte del padre.

En este contexto, debe decirse que la ley mexicana prevé la extinción de la patria potestad (art. 443 del Código Civil para el Distrito Federal) que implica que el padre o la madre correspondiente pierde la patria potestad; pero que en la mayoría de los casos no es una sanción.

Así, en México la patria potestad termina totalmente, tanto para el que la ejerce, como para el sujeto pasivo, en los siguientes casos:

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

Por otra parte, debe decirse que la patria potestad concluye de pleno derecho o mediante decisión judicial.

En atención a las causas que originan la extinción de la patria potestad pudiera reducirse a dos grupos. El primero responde a hechos jurídicos o actos lícitos de padres o hijos, y en el segundo se encuentran aquellos casos en los que la conducta ilícita de los padres es sancionada por los jueces, o se encuentran incapacitados para afrontar las responsabilidades paternas.

1.5.1. De pleno derecho. Por regla, las legislaciones latinoamericanas reconocen las mismas causas ipso iure.

Las condiciones que estructuran a esta institución desaparecen, quedando sin sustento el ejercicio de este deber-derecho.

Entonces la patria potestad se extingue o acaba de pleno derecho cuando:

- 1) Los hijos llegan a la mayoría de edad.
- 2) Los hijos menores de edad contraen matrimonio (emancipación).
- 3) Los hijos menores de edad o los padres, fallecen.
- 4) Los hijos menores de edad son adoptados.
- 5) Los hijos menores de edad o los padres ingresan en órdenes religiosos (art. 306 del Código Civil de la República Argentina⁸⁷).

⁸⁷ *“Artículo 306. La patria potestad se acaba: 1ro. Por la muerte de los padres o de los hijos; 2do. Por profesión de los padres, o de los hijos, con autorización de aquéllos, en institutos monásticos; 3ro. Por llegar los hijos a la mayor edad; 4to. Por emancipación legal de los hijos, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin*

6) Por decisión judicial.

1.5.2. Pérdida o privación de la patria potestad.

Como antecedente a una sanción, las leyes organizan una serie de conductas reprochables a los padres, pues provocan graves perjuicios a los hijos.

Son hipótesis excepcionales que autorizan la intervención directa del Estado en protección de los niños víctima de tales actos.

Históricamente, la pérdida de la autoridad parental constituía la principal sanción, y tenía un carácter definitivo.

La evolución en el estudio de las relaciones paterno filiales, obligó a reconsiderar la gravedad de la pérdida de los derechos paternos, y en beneficio de los hijos, paulatinamente se instauró la privación como medio sancionatorio, cuya característica principal está dada por la posibilidad de recuperarlos, demostrando haber superado y reparado las causas que determinaron la medida judicial.

En síntesis, como sanción, con intervención judicial, la patria potestad se pierde o se priva de la misma a los padres, y en consecuencia los padres quedan desplazados del ejercicio de los derechos, pero no de las obligaciones,

autorización; 5to. Por la adopción de los hijos, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación o nulidad de la adopción.”.

admitiéndose la recuperación en algunos casos mediante la demostración de haber superado las causas.

Entre las más comunes reconocidas por las leyes de diversos países, figuran:

- 1) Delitos cometidos contra los hijos.
- 2) Los malos tratos, y el abuso sexual (como categoría diversa a la anterior).
- 3) El abandono subjetivo total o parcial del hijo.
- 4) El incumplimiento injustificado de los deberes paternos (abandono objetivo).
- 6) La sustracción a las obligaciones alimentarias.
- 7) Las conductas corruptoras, los ejemplos inmorales, la incitación a la mendicidad o la vagancia.
- 8) La incitación a cometer delitos, al consumo de alcohol, y de sustancia prohibidas; etcétera.
- 9) y en algunas legislaciones, la culpa en el divorcio si éste se produjo por ciertas y determinadas causas (v. gr. Código Civil de Perú).

En México, las causas de pérdida del derecho a ejercer la patria potestad se enlistan en el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual es del tenor siguiente:

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

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

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

III.- En los casos de violencia familiar en contra del menor;

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

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

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

VII.- Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.”⁸⁸

Cabe destacar que cada una de las causales antes enumeradas serán analizadas a detalle en el capítulo siguiente.

1.5.3. La suspensión de la patria potestad.

Esta medida provisional se adopta cuando los padres se encuentran impedidos, de hecho, de hacerse cargo de la crianza, cuidados y educación de sus hijos.

No existe reproche alguno, pues lo que acontece son hechos externos a la voluntad de los padres, y en ese caso, la ley tiende a suplir la incapacidad sobreviniente o concomitante, tanto en beneficio de los hijos como de los padres.

⁸⁸ <http://sij02/LeyesFederales/Default.htm>

Cabe destacar que la suspensión de la patria potestad tiene como característica, esencial, que siempre es de carácter provisional, es decir, se trata de una situación transitoria.

Entre los supuestos comunes a todas las legislaciones, encontramos:

- 1) La incapacidad mental.
- 2) La ausencia prolongada.
- 3) El encarcelamiento por determinados años.
- 4) La asignación de la patria potestad al otro padre.
- 5) La minoría de edad del padre extramatrimonial.
- 6) Las conductas de los padres que amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor.

Todas ellas operan mediante verificación y decisión judicial.

En algunas legislaciones, la suspensión se declara por causas imputables a los padres, por lo que en este caso, la medida adquiere la naturaleza de sanción, pero de carácter menor a la de los casos de privación, ya que es provisional, y se asume como una forma de prevención.

En nuestro país, contamos actualmente con siete causales de suspensión de la patria potestad, a saber: por incapacidad declarada judicialmente; por ausencia, también declarada; cuando el consumo de sustancias ilícitas o lícitas

amenacen causar algún perjuicio al menor; por sentencia condenatoria que así lo establezca; cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o la vida del menor por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado; por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente; y, en los casos de menores desamparados mientras dure la tutela (artículo 447).⁸⁹

1.5.4. Limitación de la patria potestad

En estos casos, el juez sin privar a los padres de la patria potestad, la limita en vista de las circunstancias para el bien de los hijos. Por ejemplo, en los casos de divorcio o separación de los padres (art. 444 Bis del Código Civil para el Distrito Federal).

1.6. La terminación de la patria potestad. Diferencias entre extinción y pérdida de la patria potestad

La patria potestad se termina por la extinción de dicha figura jurídica o bien por la pérdida de la misma. En consecuencia, en este inciso debe distinguirse entre las causas de extinción y las causas de pérdida de la patria potestad.

En primer lugar, debe decirse que la extinción de la patria potestad es la desaparición total, definitiva y normal de la patria potestad. Se produce de pleno derecho, no a título de pena, pues desaparecen los presupuestos que determinan su titularidad.

⁸⁹ A este numeral se le agregaron las dos causales últimas por reforma del 6 de septiembre de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

En cambio, la pérdida de la patria potestad implica actos de extrema gravedad cometidos por los padres. Es anormal y culposa produciendo un corte prematuro en la patria potestad por causas imputables generalmente a quienes la ejercen.

El Código Civil mexicano regula en el Título Octavo De la Patria Potestad, Capítulo III De la Pérdida, Suspensión, Limitación y Terminación de la Patria Potestad, de forma diferenciada las causas de terminación (extinción) de la patria potestad –artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal- de las causas de pérdida o privación de la misma –artículo 444 del código en cita-. Veamos:

“Artículo 443. La patria potestad se acaba:

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

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;

III.- Por la mayor edad del hijo;

IV.- Con la adopción del hijo;

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

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

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

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

III.- En los casos de violencia familiar en contra del menor;

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

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

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

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

Como podemos observar, la patria potestad se extingue por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; por la emancipación del menor; con la mayor edad del menor; con su adopción; y, cuando el que ejerza la patria potestad entregue al menor a una institución, ya sea pública o privada, de asistencia social, para ser dado en adopción (artículo 443).⁹⁰ Las causas en comentario responden a hechos naturales (muerte de los padres), o a hitos legales (mayoría de edad, emancipación por matrimonio, adopción). A continuación realizamos una serie de precisiones en cuanto algunas de las causales de extinción de la patria potestad.

La muerte de uno de los progenitores no determina necesariamente la extinción de la institución, ya que en caso de sobrevivir el otro progenitor será éste el titular de la potestad sobre el hijo menor de edad, a menos que haya sido previamente privado de ella.

En cambio, la emancipación es una causa que implica la extinción de la institución de la patria potestad, porque aún existiendo sujeto beneficiario, con arreglo a la legislación civil deja de estar sometido –al menos en parte- a la protección de una tercera persona.

Ahora bien, en los casos de adopción de la patria potestad nos encontramos ante un supuesto en que sigue habiendo un menor de edad y puede haber personas que ostenten la patria potestad sobre el mismo. La constitución de la adopción supone la extinción de la potestad para el que había sido titular hasta ese momento.

⁹⁰ La última causa de terminación fue incluida al artículo, por reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 9 de junio de 2004.

Así, en el caso de la adopción, los adoptantes pasan a ostentar la potestad sobre el adoptado en virtud de la relación de filiación que determina su constitución. Esto es, en el supuesto de la adopción, además de la extinción de la potestad se constituye una nueva relación de filiación que extingue la anterior al ser ambas incompatibles.

La extinción de la patria potestad respecto de su titular supone que deja de serlo, pero no necesariamente que desaparezca la institución. En este sentido, el artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal es poco preciso en su encabezado cuando establece que la patria potestad se acaba en los supuestos que recoge, ya que sólo se acaba –respecto del sujeto activo y pasivo o beneficiario- en el caso de emancipación y de mayoría de edad.

Por su parte, la patria potestad se pierde, como ya se dijo, siempre por resolución judicial, en los siguientes casos: Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; en los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código; en los casos de violencia familiar en contra del menor; el incumplimiento de la obligación alimentaria, por más de 90 días, sin causa justificada; por el abandono que el padre o la madre hicieran de los hijos por más de tres meses sin causa justificada; cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos un delito doloso y por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y, cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves (artículo 444). Este elenco de situaciones responde a orígenes diversos, entre los cuales la propia conducta de los padres adquiere una influencia decisiva, y que

conduce a un pronunciamiento judicial a título de sanción. Como característica típica de estos casos, podemos señalar que se basan en conductas atentatorias contra los derechos de los hijos, en diferentes grados (desde delitos graves hasta negligencia grave en los cuidados del hijo), es decir, hechos ilícitos tanto de naturaleza penal como civil.

La privación de la potestad en el artículo 444 del código en comento, supone la pérdida de la potestad del progenitor afectado por la resolución judicial.

Debe considerarse que la enumeración que nuestro código hace acerca de las causas por las que la patria potestad se pierde, parece un poco innecesaria, bastaría con declarar que ésta se pierde a juicio del juez, cuando la conducta de quien la ejerce constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores, siempre atendiendo al interés superior de éstos.

En este esquema, la pérdida del ejercicio de la patria potestad, tendría en nuestra ley un carácter eminentemente preventivo frente a los padres, que por su conducta pueden causar perjuicio a sus hijos. Por otra parte, debe constituir una sanción definitiva para los progenitores que incurren en las gravísimas conductas que el artículo 444 describe, sustrayendo preventivamente al menor de la autoridad del progenitor.

1.7. La privación de la patria potestad de los padres, su doble finalidad, como medida de protección de los hijos menores y como sanción para aquéllos

Antes de estudiar el régimen legal de la privación de la patria potestad de los padres, hay que establecer el carácter protector y punitivo de esta institución.

En el caso del carácter protector, el dato fundamental a la hora de determinar si procede privar de la patria potestad a los padres es la situación en la que se encuentra el menor y la futura en que se ubicará al menor de decretarse la privación.

En cambio, en el caso del carácter punitivo, en la declaración de privación de la patria potestad tiene mayor relevancia la valoración de la gravedad de la conducta de los padres.

Como se ha visto, la actuación de quienes ejercen la patria potestad y de los poderes públicos debe estar regida primero por el interés del menor, lo que es consecuente con su finalidad, puesto que la privación de la patria potestad es una medida que debe adoptarse en *interés y beneficio del propio menor*. El beneficio del propio menor ha de ser siempre el fundamento de toda intervención en la intimidad familiar y, por tanto, el de la privación de la potestad de los padres.

En consecuencia, destaca el carácter protector de la privación de la patria potestad. El juicio de oportunidad o necesidad de la misma no debe prescindir de la diversa finalidad de castigar una conducta de los padres, aunque la consecuencia sea una efectiva privación de derechos, dado que los padres pierden el derecho a ejercer la patria potestad.

En el ámbito de la privación de la patria potestad la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación destaca sólo el carácter de sanción al adoptarse esta medida, pues prescinde de la situación en que se encuentra el menor y en la que se le colocará al aplicarse tal sanción.

Analicemos el siguiente ejemplo. Ese Alto Tribunal al interpretar el artículo 444, fracción IV, lo ha hecho de la siguiente forma:

“PATRIA POTESTAD. PARA QUE PROCEDA DECRETAR SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, NO ES NECESARIO ACREDITAR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE COMPROMETA LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS, NI LA EXISTENCIA DE REQUERIMIENTO JUDICIAL ALGUNO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). La reforma al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial de esa entidad el 25 de mayo de 2000, eliminó como causa de pérdida de la patria potestad el que por abandono de los deberes de los padres pueda comprometerse la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, para incluir la hipótesis relativa al incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria. Ahora bien, si se toma en consideración, por un lado, el principio general de derecho de que donde la ley no distingue el juzgador no tiene por qué hacerlo y, por otro, que la actual redacción de la fracción IV del artículo 444 no exige el acreditamiento de que el abandono de los deberes de los padres, concretamente la obligación de dar alimentos, compromete la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, se concluye que para que proceda decretar la pérdida de la patria potestad por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria no es necesario acreditar tales circunstancias, pues esta causal se actualiza cuando el deudor alimentario deja de subvencionar de manera injustificada las necesidades alimenticias conforme a la periodicidad que le haya fijado el Juez, y repite esta conducta omisiva más de una ocasión, lo que evidencia que dejó de cumplir reiteradamente con tal obligación, sin que para ello sea necesario un requerimiento judicial, dada la necesidad cotidiana de alimentos del acreedor.”⁹¹

“PATRIA POTESTAD. PARA QUE PROCEDA DECRETAR SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, NO ES NECESARIO ACREDITAR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE COMPROMETA LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS, NI EL ESTABLECIMIENTO PREVIO DE PENSIÓN ALIMENTICIA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL) (MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 62/2003). La reforma al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial de esa entidad el 25 de mayo de 2000, eliminó como causa de pérdida de la patria potestad el que por abandono de los deberes de los padres pueda comprometerse la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, para incluir la hipótesis relativa al incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria. Ahora bien, si se toma en consideración, por un lado, el principio general de derecho de que donde la ley no distingue el juzgador no tiene por qué hacerlo y, por otro, que la fracción IV del artículo 444 no exige el acreditamiento de que el abandono de los deberes de los padres, concretamente la obligación de dar alimentos, comprometa la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, se concluye que para que proceda decretar la pérdida de la patria potestad por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria no es necesario acreditar tales circunstancias, pues esta causal se actualiza cuando el deudor alimentario deja de subvencionar de manera injustificada las necesidades alimenticias; además de que tampoco se requiere la exclusiva circunstancia de que ante un Juez se haya ejercido la acción de pago de alimentos contra el obligado y que éste deje de pagar reiteradamente la pensión que de manera provisional o definitiva, por convenio, sentencia o cualquier resolución judicial vinculatoria se haya decretado, ya que la norma citada no establece tales condicionantes, en tanto que no alude al incumplimiento reiterado en la obligación de pago de "pensión alimentaria", sino a la "obligación alimentaria inherente a la patria potestad", la cual encuentra su fundamento en el estado de necesidad de una persona que no puede cubrir por sí misma los

⁹¹ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIX, Marzo de 2004, Tesis: 1a./J. 62/2003, página 196 [Registro Ius: 181,912].

gastos necesarios para su subsistencia, la posibilidad de otro sujeto de cubrir esa necesidad y determinado nexo jurídico que los une.”⁹²

“PATRIA POTESTAD. PARA PRONUNCIARSE SOBRE SU PÉRDIDA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ES INDISPENSABLE QUE ESTÉ PREDETERMINADO EL MONTO DE LA PENSIÓN RESPECTIVA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004). El citado artículo, reformado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 9 de junio de 2004, sólo prevé que el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada, ocasiona la pérdida de la patria potestad, pero no especifica si dicho incumplimiento debe ser total o si admite un cumplimiento parcial para efectos de analizar la posible pérdida del referido estado jurídico. Al respecto, se advierte que la diferencia entre contar con una pensión determinada (judicial provisional o definitiva, o bien, convenida por las partes) y carecer de ella, estriba en que en el primer caso, el deudor alimenticio tiene la certeza jurídica del monto al cual asciende su obligación, así como los términos y condiciones para cumplirla, al tenor de lo cual resulta sencillo advertir si en determinada situación el deudor está cumpliendo con su obligación, e incluso, si lo hace de manera total o parcial. En cambio, en el segundo caso es imposible resolver objetivamente si se ha cumplido total o parcialmente dicha obligación, dada la indeterminación del monto de la prestación debida. En consecuencia, para referirse a un "incumplimiento total" o a un "cumplimiento parcial" de la obligación alimenticia, para efectos de pronunciarse sobre la pérdida de la patria potestad, en términos del artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del 10 de junio de 2004, es indispensable que previamente esté determinada la pensión respectiva, pues de otro modo, el deudor alimenticio tendría que realizar labores de ponderación reservadas a la autoridad judicial en caso de conflicto, y ello originaría que aquél fuera juzgado hacia el pasado con base en una obligación determinada a posteriori por el juzgador; de ahí que para calificar el cumplimiento de la aludida obligación sea un presupuesto lógico indispensable conocer su monto.”⁹³

“PATRIA POTESTAD. EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O INSUFICIENTE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SIN CAUSA JUSTIFICADA POR MÁS DE NOVENTA DÍAS GENERA SU PÉRDIDA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004). De la interpretación histórico-teleológica del citado precepto, reformado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 9 de junio de 2004, se concluye que el cumplimiento parcial o insuficiente de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada a criterio del juzgador, da lugar a que se actualice la causal de pérdida de la patria potestad establecida en la fracción IV del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, pues esa conducta del deudor alimentista es contraria a la finalidad de prevención y conservación de la integridad física y moral de los hijos inmersa en la figura de la patria potestad, ya que los alimentos tienden a la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y éstas se actualizan día con día, por lo que no puede quedar al arbitrio del deudor proporcionarlos por las cantidades y en los tiempos que estime necesarios. Además, de acuerdo con el preámbulo y los artículos 3 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, este país se ha obligado a adoptar las medidas necesarias para proteger el interés superior del niño, en especial por lo que se refiere a la obligación de los padres de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo. Ahora bien, para determinar en cada caso concreto que el deudor alimentario sólo ha cumplido su obligación de manera parcial o insuficiente, es preciso que esté determinada la respectiva pensión (provisional, definitiva o convenida por las partes), de manera que basta

⁹² Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Abril de 2005, Tesis: 1a./J. 62/2003, página: 460 [Registro Ius: 178,677].

⁹³ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, Tesis: 1a./J. 13/2007, página: 264 [Registro Ius: 172,719].

con que el Juez verifique que efectivamente no se ha cubierto su monto total por más de noventa días y que a su prudente arbitrio no existe una causal justificada para ello.”⁹⁴

Estos criterios revelan que en las decisiones sobre privación de la patria potestad prevalece el juicio de imputabilidad o culpabilidad en la conducta de los padres que da lugar a la privación de la potestad, pero con la única idea de aplicar una sanción a la conducta de los padres, mas no se toma en consideración el interés del menor como aspecto determinante a considerar en la imposición de esa sanción.

La mayor parte de la jurisprudencia precedente a la citada, consideraba para la privación de la patria potestad a uno o ambos progenitores la gravedad de la conducta del obligado incumplido para aplicar la sanción, esto desde luego en interés del menor, pero en la actualidad se responde más a una finalidad punitiva que a una función protectora.

Con la privación de la patria potestad de los padres deben protegerse los intereses del menor aunque, a la vez, se castigue al propio progenitor; de ahí que, la orientación principal que debe inspirar a la aplicación de tal medida debe ser la protección del interés de los hijos, aunque *“la sombra de la sanción está también presente.”⁹⁵*

La posición que considera a la privación de la patria potestad solo como una sanción hacia los progenitores sin valorar los efectos perjudiciales que

⁹⁴ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, Tesis: 1a./J. 14/2007, página 221 [Registro Ius: 172,720].

⁹⁵ Seisdedos Muiño, Ana, *La patria potestad dual*, Servicio editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988, p. 358.

conlleva una separación del menor de sus padres debe ser rechazada, dado que es una medida que puede penalizar en mayor medida al hijo que al propio progenitor, como se destacará más adelante.

SEGUNDO CAPÍTULO

LAS CAUSALES DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Planteamiento general.- 2.1. Por sentencia condenatoria que decreta expresamente la pérdida de ese derecho.- 2.1.1. Sentencia en materia civil. 2.1.2. Sentencia en materia penal.- 2.2. Por sentencia que decreta el divorcio de los padres. 2.2.1. Situación de la patria potestad después del divorcio. 2.2.2. Determinación de la guarda. a) Divorcio por mutuo consentimiento. b) Divorcio necesario. 2.2.3. La sentencia de divorcio.- 2.3. Por violencia familiar en contra del menor. 2.3.1. Aproximación al tema. 2.3.2. Elementos del fenómeno de la violencia familiar. a) Elementos de la de violencia familiar descritos en la ley. b) Ámbito espacial de ejecución de actos de violencia familiar. c) Los agresores en el fenómeno de la violencia familiar. d) Ciclo de la violencia familiar. e) Factores sociales que influyen en la reproducción de la violencia familiar. f) Diversas clases de maltrato. 2.3.3. Contexto jurídico de la violencia familiar. a) Ámbito nacional. b) Ámbito internacional.- 2.4. Por incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada. 2.4.1. La gravedad del incumplimiento para la privación de la patria potestad. 2.4.2. Las causas de justificación en el incumplimiento de deberes alimentarios.- 2.5. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada. 2.5.1. Concepto de abandono. 2.5.2. Abandono diferencia con la ausencia. 2.5.3. Las causas de justificación del abandono.- 2.6. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada. 2.6.1. Concepto de delito doloso, modalidades y su implicación en la pérdida de la patria potestad. 2.6.2. Ausencia de sanciones en los casos de delitos culposos con relación a la patria potestad. 2.6.3. Tipos de condena penal contra el que ejerce la patria potestad.- 2.7. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves. 2.7.1. ¿Cuáles son los delitos graves?. 2.7.2. Los delitos graves y sus consecuencias.

Planteamiento general

Como ha quedado evidenciado en el capítulo anterior, al ser la patria potestad una institución del derecho familiar, que actualmente queda comprendida dentro del derecho civil, su regulación no es uniforme ni homogénea, sino que varía dependiendo de la legislación estatal de que se trate.

Así, las hipótesis de la pérdida de la patria potestad podrán presentar variantes en los distintos códigos civiles, ya sea federal o de cada uno de los Estados.

Para efectos de esta investigación el referente será el Código Civil para el Distrito Federal. Lo anterior obedece a que las reformas más significativas en recientes tiempos se han presentado en esta legislación a diferencia de los demás ordenamientos estatales.

Bajo esta premisa, en este segundo capítulo la investigación se centrará en el análisis de las hipótesis de pérdida de la patria potestad que establece el artículo 444 del ordenamiento en cita.

2.1. Por sentencia condenatoria que decreta expresamente la pérdida de ese derecho

Las causas que motiven la pérdida de la patria potestad deben ser bastante graves para que pueda decretarse su procedencia, pues lo ordinario es que no se destruyan las relaciones familiares entre padres e hijos, de ahí que la aplicación de tal medida es de carácter excepcional.

La primera causal de pérdida de la patria potestad que contempla el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 444, fracción I, es del tenor siguiente:

“Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:...”.

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

En la fracción primera se habla de una condena expresa a la pérdida de la patria potestad, que puede provenir de un juez civil o penal. En primer término se procede al análisis de la hipótesis de la sentencia dictada por un juez civil y posteriormente la resolución dictada por un juez penal.

2.1.1. Sentencia en materia civil

En cuanto a la fracción I del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, debe entenderse que la condena expresa a que se refiere, es la decretada en algún juicio en que se demande precisamente la pérdida de la patria potestad.

Así las cosas, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal deben distinguirse dos momentos; el primero, conforme a la regulación existente con anterioridad a las reformas tanto a esta legislación como al Código Civil para el Distrito Federal publicadas en la Gaceta de tres de octubre de dos mil ocho, y el momento posterior a tales reformas; con anterioridad la acción de privación de la patria potestad se podía tramitar de manera autónoma, como acción principal o bien como prestación derivada del ejercicio de diversa acción, en cuyo caso podía (conforme a la legislación anterior) quedar condicionada a la procedencia de la acción principal, como era el caso del juicio de divorcio que se tramitaba con arreglo al procedimiento que regulaba el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en los artículos 255 a 429. En ese procedimiento, la solicitud de privación de la patria potestad a un progenitor se acumulaba al resto de las peticiones que se solicitaban en la demanda principal. En la práctica el

ejercicio de la acción conjunta de divorcio necesario con la de privación de la patria potestad, se presentaba si la causal de divorcio que se aducía se sustentaba en hechos que a su vez, motivaban también la pérdida de la patria potestad y por tanto, la prueba de los hechos servía para ambos fines.

En la actualidad, con motivo de las reformas citadas, el Código Civil para el Distrito Federal regula al divorcio sin expresión de causa, lo que implica que la pérdida de la patria potestad tenga que estar apoyada en hechos propios, cuya demostración dé lugar al decretamiento de tal medida, esto es, al suprimirse las causales de divorcio la pérdida de la patria potestad ya no constituye una prestación derivada ni que se sustente en hechos que motiven el divorcio y por tanto, aun cuando se pueda ejercitar de manera conjunta esta acción con la de divorcio, su naturaleza es autónoma.

La sentencia que pone fin al procedimiento, sólo resuelve la pretensión de divorcio y lo pertinente a la privación de la patria potestad se decide en vía incidental, aun cuando se hubieren ejercido estas acciones conjuntamente.

Cabe destacar que las situaciones relacionadas con la privación de la patria potestad no pueden abordarse en la fase de medidas provisionales previas o derivadas de la admisión de la demanda, ya que la regulación sustantiva que establece el contenido de las medidas provisionales (art. 282 del Código Civil para el Distrito Federal)⁹⁶ no hace referencia a la privación de la potestad. Por tanto, la

⁹⁶ *“Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto*

posibilidad de privar de la patria potestad, necesariamente debe ser al dictarse la resolución incidental, esto es, se reserva el pronunciamiento respectivo para la sentencia interlocutoria posterior que resuelva la situación jurídica de los hijos en los casos de divorcio en los que éste no concluye mediante convenio, aun cuando en la actualidad se revela como una acción autónoma.

Asimismo, debe acotarse que si uno de los progenitores ha solicitado como medida definitiva la privación de la patria potestad de su consorte, puede, en fase

se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

A. De oficio:

I.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;

II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

B. Una vez contestada la solicitud:

I.- El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia;

II. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos;

III.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

IV.- Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

V.- Las demás que considere necesarias.”

de medidas provisionales, solicitar medidas que impliquen una protección para el menor de edad, las que deberán ser acordes con la solicitud que se hace de privación de la potestad, cuya resolución se deja a la resolución que pone fin a este procedimiento. En este sentido, puede decretarse que el cuidado del menor de edad no se atribuya a ninguno de los progenitores, sino a un tercero; puede determinarse que el ejercicio de la guarda y custodia sea por un cónyuge o puede conferirse a los progenitores que compartan la guarda y custodia mediante convenio (art. 282, apartado B, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal). Todas las cuestiones relativas a la titularidad de la patria potestad se difieren a la resolución que pone fin a este procedimiento, pero si existen cuestiones de guarda, custodia o convivencias, etcétera, que requieran una decisión inmediata una vez que los cónyuges vivan separados, deben regularse provisionalmente para que se apliquen durante el proceso.

Sólo resta destacar que en la legislación vigente, se establecen dos posibilidades para tramitar el procedimiento civil *ad hoc* de la privación de la patria potestad. El primero determina que debe sustanciarse con arreglo al proceso especial del Título séptimo “De los juicios especiales y de las vías de apremio”, capítulo I “De la pérdida de la patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social”, artículos 430 a 435 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual se aplica únicamente a los supuestos de privación de la patria potestad previstos en el artículo 444, fracciones III, V, VI y VII, la acción a deducir en este procedimiento solo se confiere al representante legal de la institución pública o privada de asistencia

social o al Ministerio Público, pero lo relevante a destacar en este procedimiento es la ausencia del establecimiento de medidas provisionales o de cualquier otra en interés del menor. El segundo es el juicio ordinario regulado en los artículos 255 a 429 de la legislación en cita, en éste se dilucidan todos los demás casos relacionados con la pérdida de la patria potestad, en el cual el interés del menor será objeto de examen en el desarrollo de esta investigación.

2.1.2. Sentencia en materia penal

Como se ha visto, la fracción I del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, también prevé una condena expresa a la pérdida de la patria potestad, que puede provenir de un juez penal, pero lo relevante en este diverso procedimiento es que la pérdida de la patria potestad decretada en la sentencia penal sólo atiende a un fin punitivo, ya que el interés del menor se tutela únicamente en la medida del daño causado en relación con la conducta delictuosa del sentenciado y la consecuente separación definitiva del menor con el infractor penal, sin derecho a la convivencia posterior, ni a la recuperación de la patria potestad, a diferencia de lo que sucede en algunos casos regulados por la codificación civil, lo cual se explica claramente con la hipótesis que se desprende del Código Penal para el Distrito Federal, Libro Segundo, Parte Especial, Título Quinto “Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, Capítulo II “Abuso sexual”, artículo 178, fracción II, que nos dice:

“Artículo 178. Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en dos terceras partes, cuando fueren cometidos:

II. Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos,

amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquéllos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido;...”.

2.2. Por sentencia que decreta el divorcio de los padres

La fracción II del artículo 444 del Código Civil, que se viene citando, establece, entre otra de las causales para que proceda la pérdida de la patria potestad:

“En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de este Código.”.

Por su parte, el artículo 283, establece:

“Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

I.- Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

II.- Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.

III.- Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

(REFORMADA, G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

IV.- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

(REFORMADA, G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

V. Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

(REFORMADA, G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

VI. Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.

(REFORMADA [N. DE E. ADICIONADA], G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

VII.- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

(REFORMADA [N. DE E. ADICIONADA], G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

VIII.- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.”.

A continuación se analiza a detalle esta causa de pérdida de la patria potestad, pues la sentencia de divorcio no tiene como consecuencia inmediata la pérdida de la patria potestad para los progenitores.

2.2.1. Situación de la patria potestad después del divorcio

Como consecuencia del efecto primario del divorcio, cesa el estado de vida conyugal; la separación de los esposos implica un cambio en las obligaciones derivadas de la relación paterno filial. La sentencia que disuelve el vínculo matrimonial no fija en definitiva, como efecto secundario, la situación de los hijos, resolviendo todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, pues esto es propio de la resolución incidental posterior.

El juez determinará cuáles obligaciones y derechos se ejercerán conjuntamente y cuáles individualmente por un solo progenitor. La de formar o de educar a los hijos corresponde, en principio, a ambos padres; sin embargo, “será

necesario adjudicar la guarda de uno de los progenitores.”⁹⁷ Físicamente los hijos deben quedar con alguno de los padres; esta tenencia física se denomina guarda o custodia del menor. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado claramente el concepto de guarda o custodia del hijo en los casos de divorcio, la cual puede quedar encomendada a uno de los cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad:

*“La guarda del menor hijo implica esencialmente, la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlo, cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades...”*⁹⁸

La guarda es una facultad implícita de la patria potestad, pero en el caso de separación de los padres, ésta se desliga de aquélla. Otorgar la guarda o custodia a un progenitor, no significa que el otro pierda la potestad, que seguirá ejerciendo, pero de otra manera. El progenitor privado de la guarda tiene derecho de visitar a su hijo, de relacionarse con él, de estar al corriente de su vida y educación. En virtud de ese derecho, podrá recabar del otro progenitor noticias sobre la salud física del menor, sobre su estado emocional, sobre la marcha de sus estudios y podrá asimismo, vigilar su educación moral.⁹⁹ Al que la ejerce, compete dirigir la educación, la formación moral del menor y el control de sus relaciones con otras personas; ¹⁰⁰la obligación de proporcionar al otro progenitor información sobre las decisiones importantes que deban tomarse en relación a los hijos y propiciar las condiciones para mantener las relaciones entre el otro padre o madre y el hijo.

⁹⁷ Nanni, Estela, “Atribución del ejercicio de la patria potestad después del divorcio”, Revista del Colegio de Abogados de Córdoba, Córdoba, núm. 19, 1984, p. 94.

⁹⁸ Ius 2007. Tesis aislada, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 2 Cuarta Parte, página 53 [Registro Ius: 242,512].

⁹⁹ Lacruz Berdejo, José Luis (Coord.), *Matrimonio y divorcio*, Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1982, p. 658.

¹⁰⁰ Ídem, p. 656.

Se debe garantizar al excónyuge el derecho de visitas o, más correctamente hablando, el derecho a relacionarse con sus hijos, dado que este derecho involucra asimismo, el de establecer correspondencia, o las estancias prolongadas del menor con su padre, relación que redundará en beneficio tanto del padre como del hijo: “*se procurará no agravar el conflicto de relación y de comunicación entre ellos*”.¹⁰¹ Los vínculos de parentesco generan una fuerte relación personal a nivel afectivo, que exige la continuidad, sobre todo en situaciones de crisis familiar.

2.2.2. Determinación de la guarda

Cabe destacar, que las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial el tres de octubre de dos mil ocho, eliminaron las causales de divorcio que daban lugar a la figura jurídica del divorcio necesario (actualmente se prevén tres tipos de divorcio, a saber: administrativo, voluntario y sin expresión de causa); a continuación se hará referencia a las dos últimas, pues en la primera no se contempla la existencia de menores.

a) Divorcio por mutuo consentimiento

En el divorcio por mutuo consentimiento, cuando ambos consortes convengan en divorciarse, deben presentar ante el juez de lo Familiar una solicitud acompañada de un convenio en el que se designen, entre otras cosas, a la o las personas a quienes serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio. Después de las juntas

¹⁰¹ Ídem, p. 686.

de avenencia, en las que el juez exhortará a los interesados a procurar su reconciliación, él dictará la sentencia que disolverá el vínculo matrimonial.

En la primera junta el juez, si no logra avenir a los cónyuges, aprobará provisionalmente los puntos del convenio relativo a la situación de los hijos menores o incapacitados, oyendo al Ministerio Público. Si tampoco después de la segunda junta logra la reconciliación y en el convenio quedan garantizados los derechos de los hijos menores dictará sentencia y decidirá sobre el acuerdo presentado. Si el Ministerio Público se opone al convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que esos no quedan garantizados, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el tribunal lo hará saber a los cónyuges para que, dentro de los tres días, manifiesten si las aceptan. En caso de que no lo hagan, el Tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando de que en todo caso queden garantizados los derechos de los hijos. Cuando el convenio no se apruebe, no podrá decretarse la disolución del vínculo matrimonial.

En el caso del divorcio voluntario, la decisión sobre la guarda se basa esencialmente en el convenio presentado por los divorciados. El fundamento de la determinación de la guarda es el acuerdo entre los padres; son ellos los que han convivido con los hijos y quienes mejor los conocen, saben sus gustos y necesidades y son supuestamente los más interesados en el bienestar de los mismos; por ello el legislador reconoce una relevancia jurídica al acuerdo entre los

cónyuges sobre la guarda y cuidado de los hijos.¹⁰² Sin embargo, este acuerdo sólo adquiere eficacia con la aprobación judicial.

Si bien, en ocasiones los padres deciden la custodia en beneficio de sus hijos, en otras, al discutir entre si consideran a los hijos como un asunto más en sus arreglos y se distribuyen la guarda a cambio de otros beneficios. También puede ocurrir que sean asignados los hijos al progenitor de personalidad más fuerte, aunque éste no sea el más idóneo para ocuparse de ellos, cuidarlos y educarlos. Conviene resaltar cuán importante es que el juez no se limite a un examen superficial del acuerdo que presenten los divorciantes; que compruebe si el cónyuge designado como guardador reúne las condiciones de formación y de actitud para desempeñar esa función y si se ha previsto la viabilidad y posibilidad de cumplimiento de lo acordado.

El convenio es revisado por el Ministerio Público, cuya intervención representa el interés de la sociedad en la protección de los menores. En derecho comparado han existido instituciones semejantes. En Inglaterra, el *Court Welfare Officer* debe dar un reporte escrito sobre el convenio de divorcio, mismo que es leído en voz alta ante la corte que conoce del juicio; si las partes tienen alguna objeción, el *officer* debe dar “*evidencia de su juramento.*”¹⁰³

En Bélgica¹⁰⁴, Italia¹⁰⁵, Portugal¹⁰⁶ y Rumania¹⁰⁷, el tribunal que conoce del divorcio es asesorado por un juez de tutelas o por un tribunal para menores o de la

¹⁰² Ídem, p. 650.

¹⁰³ Unger J. (ed.), *Parental Custody and Matrimonial maintenance á Symposium*, Londres, The British, Institute of International and Comparative Law, 1966, p. 19.

¹⁰⁴ Ancel, Marc, *Le divorce a l'étranger*, París, Centre Francais de Droit Comparé, 1975, p. 96.

¹⁰⁵ Ídem, p. 102.

¹⁰⁶ Ídem, p. 120.

juventud; en el *Uniform Act* de 1965, con sus reformas de 1971 a 1975, de Estados Unidos, adoptada por un gran número de sus estados miembros, se otorga al tribunal la facultad de designar a un abogado encargado de la defensa de los derechos del menor.

En Michigan, la protección de menores es confiada a un “amigo del tribunal” que tiene la misión de examinar los acuerdos entre las partes para asegurar que están conformes a los intereses de los menores.¹⁰⁸

En nuestro país, la ley mantiene el principio de la autonomía de la voluntad, manifestada a través del convenio y de la aceptación de las modificaciones que se planteen con la supervisión del representante de la sociedad, por medio de la intervención del Ministerio Público y de la aprobación del Estado, que vuelve eficaz al acuerdo a través de la sentencia. Es la sentencia ejecutoriada la fuente de los derechos y obligaciones relacionadas con la patria potestad en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, la cual se encuentra condicionada en su contenido por la voluntad de los cónyuges, aunque no de modo definitivo ni absoluto.

b) Divorcio necesario

Si el divorcio es necesario, existe previamente una situación de conflicto entre los cónyuges. Anteriormente, a que se estableciera el divorcio sin expresión de causa, aquel que demandaba debía fundar su acción en una de las causas que enumeraba el Código Civil para el Distrito Federal, con las reformas de 3 de octubre de 2008, actualmente no es necesario señalar una causa por la cual se

¹⁰⁷ Ídem, p. 188.

¹⁰⁸ Ídem, p. 168.

solicita el divorcio; pero es preciso destacar que para la procedencia de la acción de divorcio no basta la solicitud de uno de los cónyuges en vía de acción o reconvencción, se requiere que el demandante o contrademandante cumplan con ciertas condiciones para que sea procedente la acción, tal y como lo ha sostenido el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la tesis de rubro y texto siguientes:

“DIVORCIO SIN CAUSA. LA ACCIÓN ESTÁ SUJETA, ENTRE OTRAS, A LA CONDICIÓN DE QUE EL CONVENIO RESPECTIVO DEBE CUMPLIR CON LOS REQUISITOS MÍNIMOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. En un juicio de divorcio sin causa, el juez del conocimiento debe examinar de oficio, que el convenio que se exhibe con la solicitud o demanda reúna los requisitos mínimos previstos en el artículo 267, en sus diversas fracciones, conforme a las circunstancias de los divorciantes, de modo que la falta de alguno de ellos, implica que no se cumpla con esa condición de procedencia de la acción, según el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal que claramente ordena, en su segundo párrafo, que sólo se decretará el divorcio cuando se cumpla con todos los requisitos previstos en el artículo 267 del mismo ordenamiento, de lo que debe entenderse que la falta de cualquiera de ellos, impide que el divorcio pueda decretarse, sin que sea obstáculo para esto el hecho de que las reformas que dieron lugar al divorcio sin causa hayan previsto un procedimiento ágil que se materialice en la disolución del vínculo matrimonial cuando ya no exista la voluntad por parte de uno o ambos cónyuges de permanecer unidos en matrimonio, pues la celeridad a que se refieren tales reformas consiste solamente en evitar la observancia de un procedimiento que demuestre las causas de disolución del vínculo matrimonial propiamente dicho, pero no afecta a la justa distribución de los bienes entre los cónyuges, ni a la protección de los hijos menores o, en su caso, los alimentos entre los divorciantes, los cuales, entre otros, son valores primordiales que el Estado debe proteger de manera clara y cierta.”¹⁰⁹

En consecuencia, una vez cumplidas las condiciones de procedencia, el juez dictará la sentencia que disuelva el vínculo conyugal. Durante la tramitación del divorcio, el juez, como medida provisional, debe poner a los hijos menores al cuidado de las personas que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges pudiendo ser uno de éstos. En defecto de este acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos. El juez resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para su desarrollo, los

¹⁰⁹ Ius 2007. Tesis número I.9o.C.169 C, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Febrero de 2010, página 2847 [Registro Ius: 165,272].

hijos menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre (artículo 282, apartado B, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal).

En la sentencia, el juez fijará la situación permanente de los hijos, para lo cual goza de amplias facultades para resolver lo relativo a los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación. En estos casos no interviene la voluntad de los progenitores: sólo la decisión judicial constituye la fuente de los derechos y los deberes a que deberán atenerse las partes para el futuro.

El artículo 283 del Código Civil, establece que el juez debe obtener los elementos de juicio necesarios y observar las normas del código para llamar al ejercicio de la patria potestad a quienes legalmente tengan derecho a ello.

Las normas jurídicas en materia de patria potestad establecen el marco dentro del cual el juez debe tomar determinaciones. El actual texto del artículo 283 ofrece al juzgador varias posibilidades: la interpretación de la ley no conduce necesariamente a una decisión única, como la correcta, sino que existen varias posibles decisiones, si bien sólo una de ellas llegará a ser derecho positivo en el acto de la sentencia.¹¹⁰

2.2.3. La sentencia de divorcio

El juez ejerce un poder configurador de derecho y goza de amplia discrecionalidad al determinar las responsabilidades de quien asume los deberes y obligaciones frente al menor de cuidarlo, protegerlo, educarlo, y el derecho del otro

¹¹⁰ Kelsen, Hans, *La teoría para el derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, México, Editora Nacional, 1981, p. 131.

progenitor de relacionarse con el menor. Además, el juez fijará la forma de cumplir con el deber y las posibilidades de ejercer los derechos, para lo cual debe estipular el tiempo, modo, lugar y restricciones de las visitas.

También en la sentencia de divorcio, el juez fija la pensión alimentaria a que tienen derechos los hijos, pues aun cuando un progenitor o los dos pierdan la patria potestad, continúan obligados al pago de alimentos hacia sus hijos mientras éstos los necesiten. Sin entrar al estudio de la regulación jurídica de las pensiones alimentarias de los hijos, por ahora interesa dejar establecido que el juez determina la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adopta las medidas convenientes para asegurar la efectividad de las prestaciones, atendiendo a las necesidades de los hijos. El juez habrá de tomar en cuenta la participación del guardador en el cuidado y crianza de los menores en conceptos tan importantes y valiosos como dedicarles una gran parte de su tiempo y atención al cuidarlos a diario y ocuparse de su salud, aseo, estudios, etcétera. *“Cuestiones que pasan desapercibidas o infravaloradas.”*¹¹¹

El juzgador habrá de tener presente que, en muchas ocasiones, el guardador, para atender a los hijos, se ve precisado a renunciar a un empleo de tiempo completo por otro de media jornada, o tiene que pagar a una persona para que cuide a los niños mientras él trabaja.

La decisión judicial se expresa en la sentencia, la cual, una vez que cause ejecutoria, será obligatoria para las partes y para terceros, y cualquier violación a los derechos o desconocimiento de obligaciones en ella establecidos, permiten al

¹¹¹ Lacruz, op. cit., p. 666.

interesado acudir ante el juez de lo familiar para que resuelva la controversia y tome las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos.

La sentencia de divorcio produce como principal efecto la ruptura del vínculo matrimonial, efecto, que adquiere firmeza por ser “cosa juzgada”, en cambio, la determinación de la guarda o de otros derechos inherentes a la patria potestad, como efectos secundarios van ceñidos a las realidades vivenciales, que no pueden quedar inamovibles. “Las medidas acordadas tienen una validez *rebus sic stantibus*, modificada la realidad subyacente que determinó la primera decisión, puede ser modificada para su correcta y justa adecuación a la nueva realidad.”¹¹²

Las cuestiones acerca de la patria potestad tienen una existencia independiente del divorcio, derivada de la relación paterno-filial y, si esta relación cambia, también pueden modificarse las decisiones judiciales. Cuando las circunstancias lo ameriten, a los progenitores se les reconoce acción judicial para demandar la revisión de las decisiones del juez. Es de suma importancia destacar que no será en la sentencia de divorcio donde se resuelva lo relativo a la privación de la patria potestad, pues requiere en la generalidad de prueba y será en la resolución incidental posterior donde el juez pueda tutelar adecuadamente el interés superior del menor, teniendo en consideración los diversos elementos de convicción que las partes o el propio juzgador hubieren aportado o recabado, esto a pesar de que el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal le imponga

¹¹² Ídem, p. 640.

tal tutela al juzgador en la sentencia, pues no existe período probatorio en los procedimientos de divorcio.¹¹³

2.3. Por violencia familiar en contra del menor

La fracción III del artículo 444 del Código Civil en cita, establece, entre otra de las causales para que proceda la pérdida de la patria potestad:

“En los casos de violencia familiar en contra del menor;”.

A continuación se analiza a detalle esta causa de pérdida de la patria potestad.

¹¹³ *“Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:*

I.- Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

II.- Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.

III.- Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

(REFORMADA, G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

IV.- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

(REFORMADA, G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

V. Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

(REFORMADA, G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

VI. Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.

(REFORMADA [N. DE E. ADICIONADA], G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

VII.- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

(REFORMADA [N. DE E. ADICIONADA], G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

VIII.- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.

2.3.1. Aproximación al tema

La familia es el núcleo de la sociedad y por ello resulta importante el estudio de la violencia familiar, no sólo porque causa daños en la vida emocional y social de los integrantes de la familia, sino también por las repercusiones que esto causa hacia el exterior; como, por ejemplo, la desintegración de los valores sociales e individuales, la disolución del núcleo familiar y el incremento de la delincuencia.¹¹⁴

La familia es el lugar donde el hombre conoce los valores humanos, sociales, morales, culturales e incluso los religiosos, y con base en ellos aprende a relacionarse socialmente. La violencia comienza en el hogar, un lugar donde se espera que todos sus miembros reciban cuidados, respeto, amor, con la reproducción de estereotipos culturales socialmente aprobados;¹¹⁵ donde es aprendida a través del modo en que se relacionan sus integrantes y se exterioriza con familiares, amigos, compañeros y otros miembros de la sociedad mediante actos de violencia comunes para quien vive en un ambiente en donde la agresión constante es una forma de vida.

Por mucho tiempo, la sociedad, las autoridades encargadas de impartir justicia y los encargados de crear las leyes fueron cómplices en la existencia y reproducción del problema de la violencia familiar hacia los menores, al callar los

¹¹⁴ Yllan, Bárbara y Araujo, Sonia, *Los alcances victimógenos de la violencia intrafamiliar y sexual*, Memorias de la Reunión Nacional sobre Derechos Humanos de la Mujer, México, CNDH, 1995, p. 81.

¹¹⁵ Por esta razón se habla de que es necesario crear en la población mexicana una nueva cultura de respeto y no discriminación. Terminar con el abuso de poder que se da en las relaciones con base en instituciones y costumbres ancestrales, como el patriarcado, y en el derecho a corregir. Véase Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Los derechos humanos de las mujeres en México*, México, 1994 (folletos informativos), p. 11.

hechos, no reconocerlos y no reprobarlos tanto en el ámbito privado como en el público.

La idea de no inmiscuirse en problemas ajenos, de no intervenir en áreas que pertenecen al ámbito privado, violando el derecho a la privacidad; o el miedo de las víctimas a quedar desamparados al separarse del progenitor agresor, así como otros tabúes, hacen difícil atender y resolver este problema, apoyado por la carencia de instituciones e instancias especializadas para atender a las víctimas y estudiar el problema como fenómeno social y jurídico.

Cuando hablamos de un problema social como la violencia familiar en contra del menor, encontramos que ésta se manifiesta en todos los estratos económicos; en familias, en las que sus integrantes cuentan con estudios de educación básica, media y superior; entre personas cuyo rango de edad va desde recién nacidos hasta ancianos, entre hombres, mujeres, niños, minusválidos e incapacitados. Sin embargo, las víctimas más frecuentes son las mujeres y los niños, y a estos últimos se enfocará el presente estudio.

Algunos de los problemas culturales y sociales a los que nos enfrentamos cuando hablamos del proceso de violencia familiar son:

a) La imposibilidad de concebir que una víctima continúa viviendo bajo agresión constante, sin delatar o denunciar al agresor por existir una dependencia emocional y económica, o por miedo a que el agresor se vuelva más violento y corra peligro su integridad física e incluso su vida, o también por el conflicto que le

provocan sus alternativas frente a sus valores sociales, culturales y religiosos; y no porque disfrute del hecho de ser golpeado.

b) La idea de que las agresiones sufridas en el hogar son un problema privado y que debe ser resuelto únicamente por los afectados. La sociedad da por entendido que personas ajenas a la familia no tienen o sienten derecho a intervenir; en este aspecto es importante señalar que si bien es un asunto privado y de familia, también es un problema cuyas consecuencias se manifiestan en la sociedad y por ende éstas deberán ser conocidas por la autoridad cuando así corresponda; en virtud de lo cual y de conformidad con el artículo 4o. constitucional, éste se convierte en un problema de orden público en el que el Estado debe intervenir con el fin de proteger el desarrollo de la familia.

c) La concepción de que la víctima es agredida debido a que ella provocó al agresor con su conducta, hábitos o costumbres. Nada más lejos de la realidad, ya que las conductas del agresor se encuentran determinadas por diversos factores de carácter personal o social como son, el haber sido objeto de violencia durante la infancia, baja autoestima, problemas de integración o económicos, de inseguridad y de formación familiar (estereotipos) entre los más importantes. Lo anterior no es atribuible a la víctima, sino al entorno del agresor y a su relación con el mismo.

d) Se sostiene que la violencia familiar es un problema de clases sociales y que se presenta en familias con problemas de solvencia económica. Si bien en estos casos las bajas condiciones de vida pueden incentivar que se presente, no

implican que sea exclusivo de las clases sociales de escasos recursos, ya que la experiencia ha demostrado que se presenta también en los estratos de condición económica media y alta.¹¹⁶

e) En México, hasta hace pocos años, no se daba la importancia debida al fenómeno de la violencia familiar, se consideraba un problema de casos aislados, por lo tanto, no se le reconocía como una figura que por su forma de manifestarse, sus efectos y sus consecuencias propias debía ser regulado como tal. Sin embargo, en la actualidad se ha podido constatar la gravedad y frecuencia de este problema debido a la intervención de organismos gubernamentales y no gubernamentales.¹¹⁷

f) Se piensa, incluyendo en ocasiones a las autoridades, que los actos de violencia familiar cometidos por el agresor no son recurrentes ni cíclicos y que los suspenderá por el sentimiento de culpa y por miedo al deterioro de las relaciones familiares, en especial la conyugal; pero no es así, debido a los factores que determinan la personalidad del agresor, una vez que se manifiestan signos de violencia en el hogar, aquél continuará reproduciendo el fenómeno sistemáticamente, dando lugar al ciclo de la violencia.¹¹⁸

¹¹⁶ Comisión Nacional de Derechos Humanos, Gráficas de la red de apoyo a mujeres y niños cuyos derechos humanos son violados, México, Programa sobre Asuntos de la Mujer, el Niño y la Familia, 2006.

¹¹⁷ Como es la intervención de organismos no gubernamentales como COVAC, la de organismos gubernamentales como es el CAVI, perteneciente a la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, y la de Comisiones de Derechos Humanos como la Comisión Nacional que cuenta con el Programa sobre Asuntos de la Mujer, el Niño y la Familia que ofrece el servicio de orientación en casos de violencia intrafamiliar.

¹¹⁸ Daley Pagelow, Mildred, *Family Violence*, New York, Praeger Special Publishers, 1984, p. 223.

La violencia familiar encuentra su origen en patrones de relaciones desiguales en la que hay un abuso de poder sustentado en la figura patriarcal por la que se otorgaba al *pater familias* la calidad de dueño y la posibilidad de disponer como lo considerara conveniente tanto de los bienes como de las personas que se encontraban bajo su potestad. Si bien en la actualidad se han comenzado a dar las pautas sociales y jurídicas para que existan y se practiquen relaciones de igualdad entre el hombre y la mujer como de respeto entre el adulto y el menor, en la que se les considera como sujetos de los mismos derechos y obligaciones, también es cierto que culturalmente se mantiene todavía el juego de roles y de abuso de poder hombre-mujer, adultos-menores, en el que los primeros continúan siendo la cabeza de familia o tienen una posición de fuerza, física o psicológica, frente a la víctima, y los segundos una situación de subordinación.

La proliferación en la publicidad de este tipo de casos hizo notar la necesidad de aplicar acciones colectivas e individuales para poder modificar los patrones culturales que justifican o propician, socialmente, la violencia dentro del hogar contra los seres más cercanos y queridos en la familia.

2.3.2. Elementos del fenómeno de la violencia familiar

a) Elementos de la violencia familiar descritos en la ley

En la familia se desarrolla un proceso continuo de aprendizaje, tanto entre adultos como entre menores, de carácter afectivo, cultural, social, formativo y por lo tanto, ¿porqué no?, también de la violencia, por lo que su ejercicio se va integrando a la personalidad de los integrantes, ya sea en forma pasiva (víctima) o en forma activa (agresor). Habrá ocasiones en que alguno de ellos juegue un

doble papel en este fenómeno, es decir, víctima-agresor, como por ejemplo aquellos casos en que la madre es o fue receptor de violencia y la reproduce ejecutando actos de violencia contra sus hijos menores.¹¹⁹

La violencia ejercida contra la mujer y los niños es la que más preocupa, ya que cuando se conoce del caso de una mujer víctima de violencia en el hogar, que sufre vejaciones de todo tipo, lo siguiente es preguntarse ¿en qué situación se encuentran sus hijos?, ¿sufrirán de las mismas agresiones o más graves?, ¿cuáles son las consecuencias de que un menor viva o presencie la violencia en el hogar? Como consecuencia de estas interrogantes y cualquier otra que pueda surgir, es necesario pensar y actuar con la convicción de que hay más de una víctima en estos casos y que es necesario ayudar y proteger por todos los medios posibles tanto a la madre como a los hijos.

Los daños en la víctima van más allá de las lesiones que podían ser calificadas de acuerdo con el Código Penal y susceptibles de ser certificadas por un médico legista en una agencia del Ministerio Público. Las agresiones de que son víctimas tienen repercusiones definitivas en su sano desarrollo psicosocial, sexual, afectivo, emocional y físico. Se puede decir que los actos más frecuentes de los que son víctimas son golpes con las manos o con algún otro instrumento que se tenga, fractura de huesos, quemaduras, cortaduras, abandono, de

¹¹⁹ Se ha comprobado que en el caso de niños maltratados la principal agresora es la madre y en segundo lugar la madrastra o el padrastro y con menor frecuencia otros familiares. Loredo, Arturo, *Maltrato al menor*, México, Interamericana, McGraw Hill, 1994, pp. 14 y 15.

privación, menosprecio de sus personas, de sus capacidades, de su imagen y actos de violencia sexual.¹²⁰

Entre las consecuencias que se pueden detectar están la pérdida de la visión o de algún otro sentido, baja autoestima, bajo rendimiento laboral, escolar o en actividades cotidianas, inseguridad, temor permanente, frustración, rechazo a las relaciones afectivas o sexuales; todo esto lleva a los receptores de violencia a vivir en un constante estado de zozobra, depresión y autodefensa que los hace agresivos y en algunos casos los lleva a abandonar sus casas y sus familias, y hay quienes llegan hasta el suicidio o el homicidio.

Debe precisarse, que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 323 Quater, establece lo que debe entenderse por violencia familiar, pues señala que puede ser: a) por acción u omisión; b) requiere intencionalidad; c) tiene que tener como finalidad dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente; d) el sujeto pasivo de la agresión puede ser cualquier integrante de la familia; e) el lugar de la ejecución puede ser dentro o fuera del domicilio familiar; y, f) exige resultado, consistente en la causación de un daño.

Llama particularmente la atención que el legislador no aludiera como elementos integrantes de la violencia familiar a la intensidad y la continuidad, esto es, los grados de la violencia y la reiteración de la conducta del causante de la violencia, por lo que estos elementos quedarán a la discrecionalidad del juzgador,

¹²⁰ Lo cierto es que fue necesario agravar las penas en los casos de violencia sexual tipificados en el Código Penal, así como tipificar clara y concretamente los actos de que son víctimas los receptores de violencia intrafamiliar.

aunque no estén descritos en la norma legal, pues no toda acción u omisión que contenga las características señaladas puede dar fundamento a la privación de la patria potestad, es necesario ponderar la magnitud de la acción u omisión y también si requiere o no reiteración esa conducta, ya que de estos elementos dependerá fundamentalmente el que se decrete o no la privación de la patria potestad para atender en forma debida el interés superior del menor, en virtud de que la aplicación de esta medida es de carácter excepcional.

b) Ámbito espacial de ejecución de actos de violencia familiar

Merece especial comentario este elemento, pues la experiencia ha mostrado que, aunque el hogar resulta ser el principal espacio donde se desencadenan y presentan actos de violencia familiar, también pueden llegar a presentarse en la calle, escuela y otros lugares frecuentados por la víctima. Es por esto que la legislación administrativa vigente¹²¹ ha considerado que se configura jurídicamente la violencia familiar aun cuando los actos se efectúen fuera del domicilio familiar o de la casa que comparten el agresor y la víctima.

Ciertamente, el artículo 323 Quater del Código Civil para el Distrito Federal, prevé:

“La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño...”.

La legislación civil prevé que la violencia familiar puede cometerse dentro o fuera del domicilio familiar, lo que implica un acierto, porque en muchos casos a pesar de que el padre o la madre vivan separados, esto no implica que no pueda existir violencia familiar, ya que existen ocasiones en que a pesar de que se decreta la separación de alguno de

¹²¹ Artículo 3o. de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar publicada en La Gaceta Oficial el 8 de julio de 1996 y en el Diario Oficial de la Federación el 9 de julio del mismo año.

los cónyuges del domicilio familiar, la violencia familiar persiste y este tipo de violencia genera mayor daño a la víctima por exponerla socialmente a la crítica y al reproche.

c) Los agresores en el fenómeno de la violencia familiar

Puede ser el cónyuge, concubino, la pareja en relaciones de hecho,¹²² o cualquiera que tenga parentesco con la víctima, como son los hermanos, los primos, los tíos, los cuñados, los abuelos, etcétera, siempre que habiten bajo el mismo techo que la víctima.

Debe destacarse que la violencia familiar que sanciona el Código Civil para el Distrito Federal, en el artículo 444, fracción III, es la que acontece de los padres hacia los menores.

En este contexto, debe decirse que es un mito creer que el agresor disfruta del daño causado a sus seres más amados o cercanos y que el extrovertir su frustración mediante actos violentos no le produce conflicto, por el contrario, el victimario también presenta una baja autoestima, desconfianza, inseguridad y temor permanente, los cuales exterioriza en la ejecución de conductas violentas, frente a su impotencia para controlar factores externos (sociales) e internos (personales).

Uno de los aspectos que pueden determinar que una persona sea agresor en el fenómeno que nos ocupa, es el que haya sido víctima de violencia durante su infancia. Actualmente se ha comprobado que un menor víctima o testigo de

¹²² Se entiende por relaciones de hecho aquellas que no cumplen con los requisitos establecidos por el Código Civil para ser reconocidas como concubinatos, por ejemplo: una pareja que no tiene dos años viviendo juntos y que no tiene hijos.

violencia, si es detectado y tratado física, afectiva y psicológicamente durante su infancia, puede llegar a desarrollar una vida normal sin reproducir el ciclo de la violencia.¹²³

Otros factores que pueden determinar la personalidad agresiva de una persona en este problema son el no poder contar con un empleo satisfactorio, el no contar con medios económicos que le permitan una vida desahogada, el horario de jornadas extensas que le impiden la convivencia familiar (padres ausentes), el que el trabajo se realice exclusivamente en el hogar, diferencias entre familiares, uniones matrimoniales o de hecho no aceptadas e hijos no deseados, entre otras. Las toxicomanías y el alcoholismo influyen determinadamente en el agresor, ya que éstas ayudan a eliminar la inhibición para manifestar sus estados de ánimo, sus frustraciones y sus deseos de agresión como respuesta al medio que lo rodea, aspectos que no son causas de justificación, excluyentes o atenuantes al momento de decretar la pérdida de la patria potestad por la causal de violencia familiar.

d) Ciclo de la violencia familiar¹²⁴

No todos los estudiosos del fenómeno de la violencia familiar aceptan que dicho ciclo sea un factor predominante en todos los casos, y que éstos quedan explicados siempre bajo este esquema.¹²⁵

¹²³ Loredó, Arturo, *Maltrato a Menores*, conferencia presentada en el Diplomado de Violencia Intrafamiliar organizado por la Universidad Autónoma Metropolitana y la Comisión Nacional de Derechos Humanos del 31 de mayo al 26 de julio de 1995.

¹²⁴ Cfr. Steinmetz, Suzanne, *The cycle of violence: assertive, agresive and abusive family interaction*, New York, Praeger Publishers, 1977, pp. 70 y ss.

Sin embargo, estudios revelan¹²⁶ que cuando se habla de maltrato, ya sea a mujeres, niños u otros miembros de la familia, se relaciona a éste con el llamado *ciclo de violencia*. Este ciclo es el que plantea el proceso mediante el cual el comportamiento violento es transmitido de una generación a otra. Esto es, que los padres maltratadores fueron hijos maltratados o que el esposo golpeador creció en un hogar donde su madre y/o hermanas eran golpeadas, y lo mismo se puede decir de una mujer víctima de violencia doméstica. Uno de los objetivos principales en la actualidad es lograr romper con el ciclo¹²⁷ mediante atención integral tanto al infante testigo o víctima de violencia como al mismo padre o familiar agresor, eliminando el problema de raíz, pues el tratamiento contempla a todas las partes afectadas y participantes en el ciclo.

Además, existen otros muchos elementos envueltos en el proceso de aprendizaje de las conductas, tales como factores sociales, económicos, emocionales, culturales, religiosos que se presentan en el medio cuando se están desarrollando los hábitos y la personalidad violentos o cuando se efectúan las agresiones.

Por otro lado, podemos ver que el proceso de violencia se presenta de diferente forma cuando se trata de maltrato a la mujer y la violencia en contra de niños.

¹²⁵ Daley Pagelow, Mildred, *op. cit.*, nota 109, p. 254.

¹²⁶ Velazco Gamboa, Emilio, *Violencia intrafamiliar: mal social, mal universal*, México, Asamblea, vol. 3, núm. 26, marzo de 1997, p. 22; Naciones Unidas, *Violence against women in the family*, New York, 1989, p. 27.

¹²⁷ Loredo, Arturo, *op. cit.*, nota 114.

En el caso de mujeres maltratadas encontramos que el proceso o el llamado *ciclo de la violencia*¹²⁸ se caracteriza por cuatro etapas bien identificadas: la de tensión, la de violencia, la de luna de miel y finalmente la repetición de todo el proceso.

Este proceso se da en relaciones en las que los estereotipos culturales se encuentran profundamente arraigados, en las que el hombre y la mujer conciben que ella es la responsable absoluta de la armonía de la casa, y en las que él depende emocionalmente de ella para ejecutar su rol de jefe de familia y de hombre de la casa.

En la primera etapa, el hombre o agresor acumula ansiedad y tensión que lo llevan al enojo, después culpa a la mujer por lo que está sucediendo y la comienza a agredir verbalmente, con insultos y acusaciones, lo que produce un estado de confusión en la víctima que trae como consecuencia que ésta trate de justificar o explicarse lo que está sucediendo, haciéndose responsable de los hechos que dieron lugar al incidente.

La segunda etapa se presenta cuando, una vez disculpado el primer acto de agresión, nuevamente el agresor explota, pero esta vez los hechos van más allá de los insultos, ya que se presentan los primeros golpes: "Ambos quedan estremecidos. Él le pide perdón y le promete que no volverá a pasar. Él no sabe qué pasó, cuál fue la causa de que se encontrara tan tenso. Ella está de acuerdo

¹²⁸ Cfr. Daley Pagelow, Mildred, op. cit., nota 109, pp. 252 y 289 a 295.

con él. Él estaba distinto de como realmente es. Él la quiere, cómo le pegaría. Es un hecho aislado".¹²⁹

Por lo que hace a la tercera etapa, una vez que se presenta la etapa de violencia y que ambos tratan de justificar lo sucedido y sus reacciones ante tales sucesos, él le promete que eso jamás volverá a suceder, y manifiesta abierta y sinceramente un sentimiento de culpabilidad para con la víctima. Esto lo lleva a ser más cariñoso, atento y tierno con ella en las siguientes semanas recuperando la armonía en la relación de pareja. La receptora de violencia cree en las palabras de su esposo y éste continúa prometiendo no volver a golpearla, pero no sin dejar de imputarle a ella responsabilidad en lo sucedido.

En este momento del proceso ella no piensa que es una mujer víctima del abuso. La realidad duele demasiado y la niega. En lugar de tomar conciencia de la realidad se siente culpable y trata de adaptarse a él, y trata de que la luna de miel dure más, pero no dura. Él no se considera un marido abusador, después de todo él la quiere, ella no fue al médico por sus heridas. Él no las vio. Piensa que no la lastimó, que sólo la mantiene en su lugar.¹³⁰

En la última etapa, la víctima puede percibir que al agresor le es imposible cumplir su palabra, que los períodos de luna de miel son más cortos (hasta

¹²⁹ Vila de Gerlic, Ma. Cristina, "*Fases en la relación abusiva*", Memorias del Seminario de Violencia Familiar: Mujeres Golpeadas, Buenos Aires, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1988, pp. 19 y 20.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 21.

prácticamente desaparecer) y que cada vez que se presenta un momento de agresión, los insultos y explicaciones son menos frecuentes para comenzar sin más preámbulo con los golpes. Esto lleva a que la víctima devalúe su propia imagen, a que esté en constante estado de depresión y con una autoestima sumamente deteriorada, afectando su capacidad emocional y física para resistirse a la violencia, para enfrentarse a la sociedad, a las autoridades y para denunciar el hecho; esto provoca que la única acción que tome sea la de creer en las palabras del agresor con la esperanza de que no volverá a suceder, lo que da pauta a que se repita el ciclo nuevamente.

Ante esta realidad, la víctima cambia la imagen que tiene de su pareja, quien ahora le inspira miedo y angustia. Es en esta etapa cuando ve venir un período de violencia que ya no trata de evitarlo, sino por el contrario lo provoca para que termine más pronto en la espera de poder llegar a la luna de miel.

En el caso de los menores, encontramos que existen tres factores o elementos que dan origen al denominado *síndrome del niño maltratado*: el menor receptor de violencia, un adulto agresor y el factor desencadenante. Se requiere de la presencia de los tres para que se dé el proceso de violencia y para la existencia del ciclo, que en este caso se caracteriza por la transmisión de la cultura de la violencia de una generación a otra.

El factor desencadenante puede ser externo, como por ejemplo: aumento de intereses a los préstamos bancarios adquiridos, aumento de precios en la canasta básica, que le choquen el único automóvil que tiene, chismes, intrigas

familiares o con vecinos, etcétera; pueden ser también internos, como por ejemplo: que haya muerto un familiar muy querido, altas y bajas constantes en su relación de pareja, no tener o perder su empleo, exceso de trabajo, elementos de su personalidad como predominio de la impaciencia o maltrato infantil, ira, hijos no deseados: ...aunque no sea la base etiológica, constituye el factor precipitante del fenómeno y permite completar el "triángulo" característico de este problema... La crisis, por lo tanto, debe reconocerse y algo ha de llevarse a cabo para evitar que ocurra, aunque es muy probable que sin corregir el contexto integral que mueve al núcleo familiar, cualquier medida paliativa sea insuficiente o sólo posponga el problema.¹³¹

e) Factores sociales que influyen en la reproducción de la violencia familiar

En nuestra sociedad todos hemos sido educados con ciertos valores y costumbres que nos señalan cuáles son los roles del hombre y la mujer; las obligaciones del matrimonio; las consecuencias de un divorcio; la privacidad del hogar; cómo debemos comportarnos y ser niños obedientes y educados; cuáles son las responsabilidades, obligaciones y jerarquía de los hijos en la familia: lo que hace más difícil la convivencia de las mujeres y niños maltratados.

Algunos de los factores que sustentan la violencia familiar contra los menores, son situaciones como el lugar cronológico de los hijos en la familia, que

¹³¹ Loredó, Arturo, *op. cit.*, nota 114, p. 24.

en algunos casos influye en la forma en que son tratados por los padres, familiares y amigos (se hacen comparaciones o se crea competencia entre ellos); la hiperactividad no reconocida o detectada que hace que el menor sea demasiado inquieto y tenga problemas de concentración, aprendizaje o conducta; el que los menores en una familia nuclear pertenezcan a distintos padres (el caso de los matrimonios de padres divorciados o de madres solteras); características físicas como el color del pelo o de piel; defectos o enfermedades físicas y mentales; la falta de promoción de las instancias que protegen al menor, y la falta de educación relativa al respeto de los derechos e integridad del menor.

Puede afirmarse que la jerarquía existente entre los miembros de la familia es lo que determina, en el núcleo familiar, las reglas de convivencia y conducta como son la obediencia, la lealtad, la confianza, el amor y el respeto, bajo las que el menor deberá vivir y con base en las que será premiado o castigado; claro que éstas no siempre tienden a reflejarse positivamente en los integrantes de la familia y por ende en la persona del menor: "...se considera que determinadas conductas que se realizan con el propósito o bajo el pretexto de educar, corregir, sancionar, orientar o conducir a los menores, constituyen una práctica a la que se ha [denominado] maltrato infantil".¹³²

Cabe destacar que en el procedimiento judicial que se instaura con el objeto de privar de la patria potestad a uno de los progenitores, no es motivo de la litis los factores que desencadenan los procesos de violencia familiar y por tal razón ni las partes ni el juzgador atienden a esta circunstancia, lo que sin duda

¹³² González Ascencio, Gerardo, *El maltrato y el abuso sexual a menores*, México, UAM, UNICEF, COVAC, 1993, p. 29.

constituye un error, pues la medida de privación sólo atiende al resultado, esto es, a la causación del daño en el menor, cuando que determinados factores desencadenadores de la violencia pueden ser corregidos o evitados a futuro mediante la aplicación de tratamientos psicológicos o médicos adecuados o, en su defecto, algunos son transitorios por surgir de causas externas a la condición psíquica o física del agresor; sin embargo, en la práctica se omite atender a estos factores y entonces la aplicación de la medida de privación, lejos de ir en beneficio del menor va en detrimento de los intereses de éste, por atenderse solamente al aspecto sancionador de dicha medida y no al protector, pues se le privará de la posibilidad de desarrollarse en un ambiente familiar en armonía, debidamente integrado y funcional.

f) Diversas clases de maltrato o violencia

La violencia (del Lat. *violentia*) es un comportamiento deliberado, que provoca, o puede provocar, daños físicos o psicológicos a otros seres, y se asocia, aunque no necesariamente, con la agresión física, ya que también puede ser psicológica o emocional, a través de amenazas u ofensas. Algunas formas de violencia son sancionadas por la ley o por la sociedad, otras son crímenes. Distintas sociedades aplican diversos estándares en cuanto a las formas de violencia que son o no son aceptadas.

Por norma general, se considera violenta a la persona irrazonable, que se niega a dialogar y se obstina en actuar sin importarle las consecuencias. Suele ser de carácter predominantemente egoísta, sin ningún ejercicio de la empatía. Todo lo

que viola lo razonable es susceptible de ser catalogado como violento si se impone por la fuerza.

Existen varios tipos de violencia, incluyendo el abuso físico, el abuso psíquico y el abuso sexual. Sus causas pueden variar, las cuales dependen de diferentes condiciones, como las situaciones graves e insoportables en la vida del individuo, la falta de responsabilidad por parte de los padres, la presión del grupo al que pertenece el individuo (lo cual es muy común en las escuelas) y el resultado de no poder distinguir entre la realidad y la fantasía, entre otras muchas causas.

A continuación se añaden algunas formas de violencia¹³³:

Violencia física.- Es toda acción que implique el uso de la fuerza contra otra persona, puede consistir en golpes, patadas, pellizcos, lanzamiento de objetos, empujones, cachetadas, rasguños y cualquier otra conducta que atente contra la integridad física, ya sea que produzca marcas o no en el cuerpo.

Violencia verbal.- Esta forma de violencia es una de las manifestaciones de la violencia emocional. Se da cuando una persona insulta, ofende o le dice cosas mortificantes a otra. Por ejemplo, cuando el padre o la madre, ya sea en privado o en público, les dicen a los hijos que "están locos", "que no sirven para nada", "que son unos inútiles", en cualquier forma verbal que los denigre como seres humanos.

¹³³ http://www.e-mujeres.gob.mx/wb2/eMex/eMex_Tipos_de_violencia2

Violencia emocional.- Es todo acto que realiza una persona contra otra para humillarla y controlarla. Esto se puede producir mediante intimidación, amenazas, manipulación, humillaciones, acusaciones falsas, vigilancia, persecución o aislamiento. Se produce por ejemplo: cuando a los menores se les prohíbe salir de casa o estudiar, no se les permite tener amigos o visitar a familiares, cuando se les pone sobrenombres descalificadores, etc.

Violencia sexual.- Es toda acción que implique el uso de la fuerza, la coerción, el chantaje, el soborno, la intimidación o la amenaza, para hacer que otra persona lleve a cabo un acto sexual u otras acciones sexualizadas no deseadas. Por ejemplo: cuando una persona es obligada por otra a mantener relaciones sexuales cuando no quiere, la violación sexual, agresiones sexuales con armas u objetos, etc.

Violencia patrimonial.- Es aquella que está dirigida contra nuestros bienes y pertenencias, por ejemplo: que nos destruyan nuestra ropa, que escondan nuestra correspondencia o documentos personales, que nos quiten el salario, que nos vendan o destruyan los enseres domésticos, en fin que dispongan de nuestros bienes sin nuestro consentimiento.

Es muy común que los menores sometidos a violencia, la sufran en varias o en todas sus manifestaciones. En todos los casos la violencia lesiona su identidad, autoestima y autodeterminación como seres humanos. El grado de violencia puede llegar a ser tan elevado que se llegue al homicidio.

También el Código Civil para el Distrito Federal establece las diferentes clases de violencia, a saber:

“...I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;

II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona;

III. Violencia económica: a los actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así como, el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de la persona que de conformidad con lo dispuesto en éste Código tiene obligación de cubrirlas, y

IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño...”¹³⁴

2.3.3. Contexto jurídico de la violencia familiar

La familia es la base de la organización social y por ende de la estabilidad de un Estado. Es aquí donde nace la obligación de éste para crear y establecer disposiciones en materia familiar. Es así que en 1974, se integró al texto de las garantías individuales consagradas en el artículo 4o. de la Constitución; el precepto que literalmente dice: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia."

Asimismo, establece el derecho que tienen los hijos a que se les proteja su integridad y sus derechos: "Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral."

¹³⁴ Artículo 323 Quater del Código Civil para el Distrito Federal.

Finalmente, establece que será la ley la que determine los mecanismos para que las instituciones públicas con competencia lleven a cabo las disposiciones establecidas por este precepto constitucional.

También existen acuerdos internacionales en los cuales México se ha declarado comprometido respecto al tema de la familia, la protección de ésta y de sus integrantes, así como del respeto e igualdad que debe existir entre sus miembros sin distinción de sexos.

a) Ámbito internacional

El tema de la violencia hacia el menor y al interior de la familia ha sido objeto de estudio en diversas reuniones internacionales. En primer lugar, se encuentran los instrumentos internacionales relativos a los niños¹³⁵ que con base en la Declaración de los Derechos del Hombre tratan de proteger la dignidad y el valor de la vida y persona del menor mediante la aplicación de medidas de desarrollo social, legislativas, salud y trabajo social. Ahora bien, es cierto que no contienen normas que proporcionen una definición de la violencia doméstica específica, pero se nos permite saber la intolerancia de ésta en los artículos relativos a la protección de la integridad física, psicológica y sexual de los menores.

¹³⁵ Cfr. el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por México el 23 de marzo de 1981, en vigor como parte de nuestro derecho positivo el 23 de junio de 1981 y puede ser consultada en el Diario Oficial de la Federación del 20 de mayo de 1981); el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado por México el 23 de marzo de 1981, en vigor como parte de nuestro derecho positivo el 23 de junio de 1981 y puede ser consultado en el Diario Oficial de la Federación del 12 de mayo de 1981); la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño (señalada en los considerandos de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959) y el apartado 4 de la plataforma de Acción de Viena de 1993 (Véase Naciones Unidas, documento A/CONF.157/23 del 12 de julio de 1993).

La Declaración de los Derechos de Niño¹³⁶ señala:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.¹³⁷

También establece en sus artículos 2o. y 9o. que el menor deberá ser protegido por la ley y por cualquier otro medio con el fin de que pueda desarrollarse física, mental, moral o socialmente en un medio que lo propicie y que no deberá ser objeto de abandono, crueldad o explotación.

La Convención de los Derechos del Niño¹³⁸ considera que la familia es la base de la sociedad y que es el lugar idóneo por naturaleza para el desarrollo y crecimiento de los miembros que la integran, sobre todo para los niños quienes por su condición requieren de protección y asistencia. El niño, para poder cumplir con su función en la sociedad como tal y posteriormente como adulto, requiere crecer en un ambiente de paz, armonía, comprensión y felicidad. También requiere por su inmadurez física y mental de una protección apropiada que será compartida tanto por la familia como por el Estado a través de la ley y de las instituciones de apoyo al menor:

¹³⁶ Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959. Véase Naciones Unidas, *Recopilación de Instrumentos Internacionales: Instrumentos de Carácter Universal*, vol. I, New York, 1993, p. 122.

¹³⁷ Artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Niño.

¹³⁸ Resolución A/RES/ 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ratificada por México el 21 de septiembre de 1990, en vigor como parte de nuestro derecho positivo el 21 de octubre de 1990; puede ser consultada en el Diario Oficial de la Federación del 25 de enero de 1991.

1) Los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2) Esas medidas de protección deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda la intervención judicial.¹³⁹

Por otro lado, el artículo 3.2 señala que los Estados parte tienen que establecer las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias para garantizar el bienestar de los menores, considerando los derechos y obligaciones de sus padres o de las personas responsables de él ante la ley, tomando en cuenta siempre como base de tales normas el interés superior del niño.¹⁴⁰

Durante la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia¹⁴¹ se adoptó el Plan de Acción de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño en el decenio 1990-2000. Se tocan los puntos relativos al

¹³⁹ Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁴⁰ El interés superior del niño se refiere al deber de procurar al menor protección y cuidados especiales, así como el establecimiento de políticas, acciones y decisiones que busquen el beneficio directo del menor. Véase Pérez Duarte, Alicia, Derecho de familia, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 357 y 358.

¹⁴¹ Celebrada en Nueva York en septiembre de 1990. Para abundar sobre el tema, consúltese UNICEF, Cumbre Mundial de la Infancia, New York, UNICEF, 1990.

abandono, los malos tratos, la explotación de menores y la defensa al respeto de los derechos fundamentales de los mismos. También conmina a los gobiernos para que ratifiquen la Convención sobre los Derechos del Niño en caso de no haberlo hecho antes, a que la den a conocer a la población y a que doten de las medidas necesarias para su correcta aplicación.

En la Conferencia Mundial sobre la Mujer, se protege a la niña de la violencia familiar y de cualquier otro tipo de maltrato. Se señala entre otros puntos que no hay suficientes datos estadísticas e investigación sobre violencia contra mujeres y niñas que permitan crear programas de atención y medidas públicas eficaces para luchar y superarla, razón por la que se toman acuerdos para establecer las políticas a seguir en el estudio e investigación de las causas, las consecuencias y las estadísticas de la violencia, así como de la eficacia de las medidas de prevención, que en caso de ser insuficientes o inexistentes deberán ser modificadas o creadas.¹⁴²

También recomienda implementar mecanismos públicos y privados, tanto en la educación formal como en la informal para eliminar prejuicios, costumbres, tradiciones o prácticas culturales que lleven a la práctica de la violencia contra la mujer y la niña.¹⁴³

¹⁴² Párrafos 124 a 128 de la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer.

¹⁴³ Objetivo estratégico L.7 y L.8 de la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer.

Finalmente mencionaremos el Encuentro Continental sobre Violencia Intrafamiliar¹⁴⁴ que se celebró con el fin de que tanto organismos no gubernamentales como gubernamentales, de países que sufren el problema de la violencia intrafamiliar, intercambiaran experiencias, criterios o propuestas para su análisis y discusión, consiguiendo así retroalimentar la información, programas y medidas que han de ser implementadas para luchar contra este fenómeno, sobre todo por el gobierno.

b) Ámbito nacional

La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los acuerdos suscritos en las reuniones antes señaladas, obligan al gobierno mexicano a comenzar a tomar medidas encaminadas a crear soluciones para terminar con la violencia contra los niños, contemplando prioritariamente el problema de la violencia familiar. En este camino, el gobierno mexicano crea el Programa Nacional de Acción en Favor de la Infancia 1995-2000, con el fin de desarrollar mecanismos y acciones que promuevan y logren el desarrollo de los niños mexicanos, así como satisfacer sus necesidades y demandas en los términos del artículo 4o. constitucional. Una de las prioridades de los programas se materializa en el objetivo fundamental de llevar a cabo reformas legislativas y administrativas, así como acciones de difusión, educación e información sobre el fenómeno de la violencia en todas sus modalidades, fortaleciendo así a la familia

¹⁴⁴ Celebrado en la ciudad de México del 28 al 30 de octubre de 1996. Véase UNIFEM, *Memorias del Encuentro Continental sobre Violencia Intrafamiliar*, México, 1996, p. 9.

como el lugar donde se aprende, en primera instancia, la igualdad, el respeto y los derechos y obligaciones de todos los miembros que la integran.¹⁴⁵

Por otro lado, el 30 de mayo de 1995, la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, I Legislatura, a través de la Comisión de Atención Especial a Grupos Vulnerables convocó tanto a organismos gubernamentales como no gubernamentales a la instalación de la Mesa Legislativa sobre Violencia Intrafamiliar, con el fin de comenzar los trabajos en la materia, por considerar que ésta viola los derechos y la dignidad de los seres humanos obstaculizando su desarrollo integral.

Se dictaminó sobre propuestas de ley que permitieran luchar, prevenir, erradicar y sancionar la violencia intrafamiliar en la ciudad de México. El resultado de lo anterior fue la presentación, por la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables, de la iniciativa de ley en materia de violencia intrafamiliar al pleno de la Asamblea de Representantes. El 26 de abril de 1996, dicha propuesta fue aprobada en el recinto de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, publicándose con el nombre de Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar.

La estructura de la ley se puede dividir en tres apartados que son la prevención, la atención (psicológica y jurídica) y los medios administrativos coactivos, todos ellos dirigidos a evitar que se llegue a procedimientos y sanciones

¹⁴⁵ Secretaría de Gobernación, Alianza para la Igualdad. Programa Nacional de la Mujer 1995-2000, México, 1996, pp. 62 y 102 a 105.

judiciales que afectan seriamente el ejercicio de algunos derechos en materia civil y penal.

Esta ley es de carácter administrativo y su función, como lo dice su nombre, es establecer los mecanismos de asistencia a víctimas y agresores, así como los relativos a la prevención del fenómeno de la violencia en el hogar. En el título primero se nos señala la definición de violencia intrafamiliar, y las autoridades competentes para conocer en estos casos. Es importante mencionar que la definición proporciona con claridad los tipos de parentesco o relación en que se pueden verificar las conductas de violencia intrafamiliar, los espacios donde ésta puede ocurrir y la descripción legal de las modalidades en que este tipo de violencia se puede manifestar.

El título segundo, es el relativo a la coordinación, concertación o colaboración entre las instituciones públicas, y de éstas con instancias civiles, contribuyendo a establecer y aplicar eficientemente las políticas, estrategias, mecanismos tendentes a la prevención de dicho fenómeno. Para dirigir esta actividad se creará un Consejo Técnico que evaluará y organizará los programas de trabajo de estas instancias.

El título tercero, se refiere tanto a la asistencia como a la atención de los sujetos a quienes se destina esta ley. Señala que se deberán establecer modelos de atención adecuados para regular la asesoría y asistencia a los interesados. Los modelos de atención contemplan tanto al receptor de violencia como al agresor, lo

que permite proporcionar un tratamiento integral que facilite a los afectados superar el problema, considerando en la terapia el trabajo de concientización respecto a la importancia de cada miembro de la familia, de sus derechos y obligaciones tendiendo con esto a romper aquellas concepciones tanto culturales y sociales que "justifican"¹⁴⁶ el ejercicio de tales conductas. Por todo esto, la atención se tendrá que dar en un marco multidisciplinario creando mecanismos ágiles de tal forma que las víctimas puedan obtener asesoría y resultados rápidos, eficientes y gratuitos.

Asimismo, se otorgan facultades a diversas instancias del gobierno del Distrito Federal; entre las más importantes se encuentran las delegaciones políticas, las que tendrán la carga de llevar los procedimientos, las constancias de éstos, la función de imponer las sanciones administrativas en caso de incumplimiento de los acuerdos tomados en las reuniones o de no acudir a los citatorios y proporcionar asistencia especializada a quien corresponda en los términos de la presente ley.

Respecto a los procedimientos administrativos que llevarán a cabo las delegaciones, existen opiniones encontradas¹⁴⁷ ya que hay quién afirma que mediante la conciliación se permite a las partes tomar la decisión de terminar con el conflicto voluntaria, libre y conscientemente; pero existe la opinión de quién señala que este procedimiento no es eficaz en la prevención y atención de la violencia intrafamiliar debido a que es un fenómeno cíclico,¹⁴⁸ que tiene una fase

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 11 y 12.

¹⁴⁷ UNIFEM, *op. cit.*, nota 135, pp. 40 y 46.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 7 a 10.

tanto de culpa como de arrepentimiento, que son olvidados por el agresor para iniciar (ya que está fuera de su control) nuevamente el proceso de violencia; esto hace que no exista un verdadero compromiso del agresor por cumplir los acuerdos o resoluciones. Como puede apreciarse en los casos de violencia intrafamiliar, las acciones a tomar tienen que estar dirigidas a asegurar la integridad de la víctima, y esto se logrará mediante el suministro de medidas precautorias que en su generalidad son determinadas por las autoridades administrativas y no jurisdiccionales en los términos de las leyes correspondientes. Cabe destacar que la experiencia en la aplicación de los procedimientos administrativos en la ciudad de México, comienza a demostrar resultados positivos, contando además con el elemento de la intimidación que existe por estar tipificado como delito.¹⁴⁹

La Secretaría de Gobierno del Distrito Federal es la que funge como coadyuvante en la difusión y cumplimiento de la ley, además de que promueve la capacitación de los defensores de oficio y personal auxiliar involucrado directamente en la atención de casos; además, crea y aplica los reglamentos y lineamientos técnico jurídicos necesarios para implementar los procedimientos establecidos por la ley. La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, a la que se atribuye facultades dirigidas a fortalecer la función del Ministerio Público como representante de la sociedad, tiene las obligaciones, si así lo solicita la delegación, de pedir al órgano jurisdiccional las medidas provisionales para proteger al receptor, y canaliza los asuntos de violencia intrafamiliar con la finalidad de cumplir los procedimientos administrativos. La Secretaría de

¹⁴⁹ Sanabria Durán, Guillermo, *La violencia intrafamiliar y las trampas en su solución*, Jure, año I, núm. 3, noviembre 95-enero 96, p. 26.

Seguridad Pública designa elementos a los que se especializa, mediante la impartición de un programa de formación policiaca en violencia intrafamiliar, para que presten sus servicios en las delegaciones como auxiliares en la prevención de actos de violencia intrafamiliar y en la ejecución de diligencias que les correspondan en términos de la presente ley.

También establece que corresponde a la Secretaría de Educación, Salud y Desarrollo Social del Distrito Federal, crear los medios y mecanismos para la prevención de la violencia intrafamiliar, entre los que se pueden mencionar la instalación en toda la ciudad de centros de atención inmediata para los receptores de violencia y fijar las bases para el sistema de registro de información estadística en el Distrito Federal, así como el diseño de actividades de comunicación social que tengan como objetivo fomentar la unión, la convivencia, la armonía en el hogar y la conciencia social respecto de este problema.

El título cuarto, cuenta con tres capítulos relativos a las infracciones, sanciones y medios de impugnación. Las infracciones que se verifican por no cumplir con los citatorios de las delegaciones, por el incumplimiento del convenio o de la resolución de amigable composición, y por ejecutar los actos de violencia intrafamiliar contemplados en el artículo 3o. de la presente ley. Las sanciones son arresto hasta por 36 horas y multas que van desde 30 hasta 180 días de salario mínimo o en el caso del jornalero será el equivalente a un día de su jornal. Para inconformarse por las resoluciones tomadas como resultado de los procedimientos y por las sanciones impuestas procede el recurso de inconformidad que establece la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal.

Cabe aclarar que en todo caso será obligación de la autoridad administrativa poner en conocimiento de la autoridad penal los casos de violencia intrafamiliar que conozca de conformidad con el artículo 14 de esta ley, debido a que la violencia intrafamiliar está tipificada como delito, claro está, esto no implica que se inicie procedimiento penal en contra del agresor, salvo que así lo decida la víctima, ya que este delito se persigue por querrela de la parte ofendida, lo que implica que ésta podrá otorgar el perdón en cualquier etapa del procedimiento antes de que se dicte sentencia, considerando que durante el procedimiento se puede optar por alguno de los procedimientos administrativos o por las medidas que a consideración del Ministerio Público o del juez sean necesarias para la protección de la víctima.

En las reformas en materia civil, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997, podemos ver la incorporación, por primera ocasión, del concepto de violencia familiar en el Código Civil para el Distrito Federal, con el fin de poder determinar las formas en que tales conductas repercutían en la disolución del vínculo matrimonial, en la protección de los receptores de violencia independientemente del tipo de unión que caracterizaba a la familia siempre que se cumplieran con las características que establecía el artículo 323 ter, así como en el ejercicio de determinados derechos civiles, como la custodia de los hijos, el ejercicio de la patria potestad, su limitación o pérdida. Establecía, igualmente, derechos y obligaciones recíprocas de respeto entre ascendientes y descendientes, el deber educar y de ser un buen ejemplo y de proporcionarle al menor todo lo necesario para un sano desarrollo, y

fundamentalmente importante resultan las facultades que se otorgan al juez para dictar las medidas de protección para los receptores de violencia, que tendrán repercusiones inmediatas en cuanto al ámbito espacial de convivencia del agresor con los demás miembros de la familia.

En materia procedimental también se reformaron los artículos 941, primer párrafo, 942 y 945 que se encuentran en el título decimosexto. Estas reformas otorgaron facultad al juez para intervenir de oficio en los casos de violencia familiar y dictar las medidas precautorias que considerara pertinentes para proteger a las víctimas de violencia y preservar la familia. También el deber del juez de exhortar en audiencia privada a los involucrados con el fin de que arreglaran sus problemas haciendo cesar los actos de violencia, y en caso de no llegar a un acuerdo en la misma audiencia, el juez deberá determinar las medidas que serán aplicadas con el fin de proteger a los menores y/o a la parte agredida, siempre escuchando tanto la opinión e informes de las instancias especializadas que intervengan como la del Ministerio Público, debiendo el juez cerciorarse de la veracidad de los hechos y evaluándolos con el criterio establecido por el artículo 402 del mismo Código.

En consecuencia, cabe concluir que tanto la legislación a nivel internacional como local centra más sus objetivos en evitar o prevenir la violencia familiar en un ámbito de orden administrativo que en el jurisdiccional, incluso en este último se orienta sólo sobre los aspectos de protección a las víctimas de la violencia y no se atiende en el procedimiento judicial a los aspectos de causación ni a su tratamiento o solución antes de proceder a la privación de la patria potestad.

A fin de ejemplificar lo anterior tenemos las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en donde se regulan aspectos concernientes a la violencia familiar. Dichos artículos establecen:

“Artículo 323 Ter. Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual y tienen la obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.

Artículo 323 Quater. La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases:

I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;

II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona;

III. Violencia económica: a los actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así como, el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de la persona que de conformidad con lo dispuesto en éste Código tiene obligación de cubrirlas; y

IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño.

No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de violencia hacia las niñas y niños.

Para efectos de este artículo, se entiende por integrante de la familia a la persona que se encuentre unida a otra por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral o afín hasta el cuarto grado, así como de parentesco civil.”.

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

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 Ter de este Código.”.

“Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

...III. En los casos de violencia familiar en contra del menor;”.

La lectura de estos preceptos, permite advertir que la orientación hacia la prevención es fuera de procedimiento judicial y por otra parte revela la vieja concepción de la patria potestad como un derecho de corregir a los hijos, que se ejercía de manera ilimitada, la cual hoy en día pretende atemperar, en aquellos casos en que ese derecho a corregir se ejerza con violencia, provoca la pérdida de la patria potestad.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal, procede la pérdida de la patria potestad en los casos de violencia familiar en contra del menor; y para encuadrarla es preciso remitirse al artículo 323 Quáter, del citado ordenamiento legal, que establece que por regla general ésta se produce por acciones y omisiones de carácter intencional, cuando tiene como objetivo dominar, someter, o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier integrante de la familia, y que produzca un daño en alguno de los integrantes de la familia.

En este contexto, de la interpretación armónica de los artículos 444, fracción III y 323 quáter del Código Civil para el Distrito Federal, se sigue que la patria potestad se pierde cuando uno de los progenitores ejerza en contra del menor una fuerza física o moral que atente contra su integridad física, psíquica o

ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando sea de tal magnitud que resulte suficiente e idónea para imponer esa sanción; y para que se surta la hipótesis legal no se requiere, necesariamente, que se causen lesiones físicas, pues basta que con el proceder del padre agresor se genere la posibilidad de que se ocasionen perjuicios a la integridad física o psicológica del menor, lo cual impone la obligación al juzgador de hacer la valoración en función de las consecuencias que la conducta produzca, tomando en consideración todas las circunstancias del caso, sin que sea necesario que se precisen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los actos de violencia familiar, a diferencia de lo que sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando se demandaba el divorcio, que tenía como fundamento este tipo de hechos.¹⁵⁰ En efecto, basta la demostración del resultado en la persona del menor, con independencia del momento en que se produzca la violencia, ya que no se encuentra condicionada a la reiteración de conductas de

¹⁵⁰ No. Registro: 173,572. Tesis 1a./J. 69/2006, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Enero de 2007, Materia(s): Civil, Página 173, de rubro y texto: ***“DIVORCIO NECESARIO. CUANDO SE EJERCE LA ACCIÓN RELATIVA CON BASE EN LA CAUSAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, EN LA DEMANDA DEBEN EXPRESARSE PORMENORIZADAMENTE LOS HECHOS, PRECISANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE OCURRIERON. Cuando se ejerce la acción de divorcio necesario con base en la causal de violencia intrafamiliar, no basta que en la demanda se narren genéricamente los hechos que a juicio del actor actualicen dicha causal, sino que es necesario expresar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron. Lo anterior, no sólo para que la parte demandada pueda preparar su contestación y defensa, sino también para que las pruebas se ofrezcan y rindan en relación precisa con la litis establecida y para que el juzgador pueda estudiar la procedencia de la acción intentada. Además, si en los procedimientos contenciosos el actor debe narrar primero en su demanda los hechos y posteriormente probarlos en la etapa procesal correspondiente, resulta inconcuso que en el periodo probatorio no pueden subsanarse las omisiones de la demanda, pues las pruebas no son los instrumentos indicados para hacerlo.”*** Contradicción de tesis 66/2006-PS. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 20 de septiembre de 2006. Mayoría de tres votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro. Tesis de jurisprudencia 69/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintisiete de septiembre de dos mil seis.

agresión física y psicológica, ni que existan momentos específicos para que se origine.

2.4. Por incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada

Perder la patria potestad de un hijo significa que el padre, la madre o ambos dejen de tener el derecho de custodiar, vigilar y formar a sus hijos, y en algunos casos incluso, perder el derecho a convivir con éstos, aun cuando sigan subsistiendo determinados deberes y obligaciones inherentes a la relación de filiación que guardan entre sí. Una de las sanciones más graves y delicadas que establece el Código Civil para el Distrito Federal es que la madre o el padre pierdan el derecho natural, jurídico, afín, inherente a la filiación, por cometer alguna conducta ilícita o, simplemente, por dejar de cumplir con los deberes impuestos por la ley. Entre otros, con gran significación, el de alimentar a los menores de edad. Perder la patria potestad significa para el menor que su padre, su madre o ambos, no podrán desarrollar en el futuro una relación sustentada en una reciprocidad de deberes y obligaciones, ya que habrán de alterarse, y la proporción de esto será atendiendo a la gravedad de la causal que motive la privación de la patria potestad, pues no todas las causales tienen la misma repercusión en los intereses de los menores.

La falta de ministración de alimentos quizás sea la causa más socorrida para demandar la pérdida de la patria potestad, por lo que reviste singular importancia su estudio.

La encontramos dentro de la fracción IV del artículo 444 del Código Civil anteriormente mencionado, y consiste en que la patria potestad se pierde por

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

De lo anterior se advierte que el titular de la patria potestad tiene, para con el menor, deberes de carácter patrimonial o económicos y no patrimoniales.

Respecto de los primeros, se encuentran básicamente los relativos a satisfacer las necesidades de vestido, alimentación, educación, habitación, asistencia médica, etcétera, y que regularmente se colman monetariamente, dado que pueden medirse con dinero.¹⁵¹

En cuanto a los segundos, se pueden citar: la educación derivada del buen ejemplo, así como la enseñanza de buenas costumbres que permitan contribuir a formar un ser humano con salud no sólo física sino mental, forjando las raíces de un buen ciudadano, o sea, los que por su naturaleza abstracta impiden cuantificarse de manera objetiva, por incluir valores morales.

El incumplimiento de alguno de los primeros deberes se sanciona con la pérdida de ese derecho. En el inciso siguiente se analizará qué tan grave debe ser ese incumplimiento para privar la patria potestad.

En la actualidad, a raíz de la reforma legal a los Códigos Civil y Procesal Civil para el Distrito Federal de tres de octubre de dos mil ocho, las partes y el

¹⁵¹ Artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Los alimentos comprenden:

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

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

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

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

juzgador ya no se enfrentan a la problemática de que los hechos en que se sustentaba el incumplimiento de la obligación alimentaria tuviera un doble propósito, evidenciar la necesidad de que se decretara el divorcio por incumplimiento de esta obligación y por vía de consecuencia, la privación de la patria potestad, esto porque generalmente se formulaba como prestación accesoria dentro de la demanda de divorcio lo relativo a la privación de la patria potestad cuando la causal era la falta de ministración de alimentos. En la actualidad, es autónoma del divorcio la acción de pérdida de la patria potestad, pero por regla general corresponde al deudor la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de sus deberes alimentarios y como normalmente no lo hace se declara procedente la acción; realmente la reforma legal citada no representó ningún cambio significativo en beneficio de los intereses de los menores, pues en muchos casos ese incumplimiento se debe esencialmente no a la falta de voluntad para cumplir con esa obligación por parte del deudor, sino a la falta de recursos económicos por pérdida del empleo, lo que imposibilita incluso, a tener una defensa adecuada en el procedimiento por no poder pagar los honorarios de un abogado. Casos en los cuales la medida de privación de la patria potestad resulta en extremo dura para los padres, y desde luego se aparta de la protección de los intereses superiores del menor, o, mejor dicho, innecesaria para la protección integral del menor. Lo relevante de la reforma en el divorcio sin causa es que ahora la acción de pérdida de la patria potestad se revela como una acción autónoma, aunque se ejercite de manera conjunta con la de divorcio y que se resuelven en momentos distintos, el divorcio en la sentencia y la pérdida de la patria potestad en vía incidental posterior.

2.4.1. La gravedad del incumplimiento para la privación de la patria potestad

Con la reforma al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de nueve de junio de dos mil cuatro, se estableció en su fracción IV que la patria potestad se pierde por *“El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada”*.

Esta reforma del dos mil cuatro ha generado diversas interpretaciones por los Tribunales Colegiados de Circuito y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de si el incumplimiento debe ser parcial o total en el término de noventa días, sin causa justificada.

En este tenor, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su Primera Sala, emitió la siguiente jurisprudencia:

“PATRIA POTESTAD. PARA PRONUNCIARSE SOBRE SU PÉRDIDA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ES INDISPENSABLE QUE ESTÉ PREDETERMINADO EL MONTO DE LA PENSIÓN RESPECTIVA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004). El citado artículo, reformado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 9 de junio de 2004, sólo prevé que el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada, ocasiona la pérdida de la patria potestad, pero no especifica si dicho incumplimiento debe ser total o si admite un cumplimiento parcial para efectos de analizar la posible pérdida del referido estado jurídico. Al respecto, se advierte que la diferencia entre contar con una pensión determinada (judicial provisional o definitiva, o bien, convenida por las partes) y carecer de ella, estriba en que en el primer caso, el deudor alimenticio tiene la certeza jurídica del monto al cual asciende su obligación, así como los términos y condiciones para cumplirla, al tenor de lo cual resulta sencillo advertir si en determinada situación el deudor está cumpliendo con su obligación, e incluso, si lo hace de manera total o parcial. En cambio, en el segundo caso es imposible resolver objetivamente si se ha cumplido total o parcialmente dicha obligación, dada la indeterminación del monto de la prestación debida. En consecuencia, para referirse a un "incumplimiento total" o a un "cumplimiento parcial" de la obligación alimenticia, para efectos de pronunciarse sobre la pérdida de la patria potestad, en términos del artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del 10 de junio de 2004, es indispensable que previamente esté determinada la pensión respectiva, pues de otro modo, el deudor alimenticio tendría que realizar labores de ponderación reservadas a la autoridad judicial en caso de conflicto, y ello originaría que aquél fuera juzgado hacia el pasado con base en una obligación

*determinada a posteriori por el juzgador; de ahí que para calificar el cumplimiento de la aludida obligación sea un presupuesto lógico indispensable conocer su monto”.*¹⁵²

Como puede observarse este criterio hace una interpretación del actual artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal y al efecto plantea la necesidad de contar con una condición para que se configure el incumplimiento, ya sea total o parcial de la obligación alimentaria, esto es, tener una base cuantitativa de la cual partir para establecer en qué momento el deudor alimenticio incurre en un incumplimiento de magnitud suficiente para que se haga merecedor de ser privado de la patria potestad.

El criterio citado en último término se encuentra complementado con la también jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

*“PATRIA POTESTAD. EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O INSUFICIENTE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SIN CAUSA JUSTIFICADA POR MÁS DE NOVENTA DÍAS GENERA SU PÉRDIDA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004). De la interpretación histórico-teleológica del citado precepto, reformado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 9 de junio de 2004, se concluye que el cumplimiento parcial o insuficiente de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada a criterio del juzgador, da lugar a que se actualice la causal de pérdida de la patria potestad establecida en la fracción IV del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, pues esa conducta del deudor alimentista es contraria a la finalidad de prevención y conservación de la integridad física y moral de los hijos inmersa en la figura de la patria potestad, ya que los alimentos tienden a la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y éstas se actualizan día con día, por lo que no puede quedar al arbitrio del deudor proporcionarlos por las cantidades y en los tiempos que estime necesarios. Además, de acuerdo con el preámbulo y los artículos 3 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, este país se ha obligado a adoptar las medidas necesarias para proteger el interés superior del niño, en especial por lo que se refiere a la obligación de los padres de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo. Ahora bien, para determinar en cada caso concreto que el deudor alimentario sólo ha cumplido su obligación de manera parcial o insuficiente, es preciso que esté determinada la respectiva pensión (provisional, definitiva o convenida por las partes), de manera que basta con que el Juez verifique que efectivamente no se ha cubierto su monto total por más de noventa días y que a su prudente arbitrio no existe una causal justificada para ello”.*¹⁵³

¹⁵² Ius 2007. N° de Registro 172, 719, Jurisprudencia, Materia (s): Civil, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXV, Abril de 2007, Tesis 1ª./J. 13/2007, Página: 264.

¹⁵³ Ius 2007. N° de Registro 172, 720, Jurisprudencia, Materia (s): Civil, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXV, Abril de 2007, Tesis 1ª./J. 14/2007, Página: 221.

La anterior jurisprudencia, además de reiterar la pertinencia de que exista una definición en cuanto al monto de la obligación alimentaria para establecer el momento en que el deudor alimenticio debe ser sancionado, también introduce el razonamiento atinente a que tal definición es necesaria para alcanzar la finalidad de prevención y conservación de la integridad física y moral de los hijos, pero esto lo hace sólo con el objeto de justificar la imposición de la sanción, mas no para evidenciar que la pérdida de la patria potestad tiene una doble función, esto es, de prevención o protección al menor y de sanción, en su caso, para el deudor incumplido.

En tales circunstancias es evidente que los criterios en comentario, prevén de igual forma a la figura de la pérdida de la patria potestad privilegiando el aspecto de sanción para el deudor alimentista y no propiamente como una medida de protección para su acreedor, lo cual se deduce de la circunstancia de que el juzgador sólo debe hacer un ejercicio de comprobación primordialmente de aspectos relativos a la determinación del monto y su cumplimiento satisfactorio por el deudor; al lapso en que ha acontecido tal incumplimiento y finalmente a la causa de justificación de tal incumplimiento, pero no se ponderan las posibles consecuencias que pudiera tener la privación de la patria potestad en el desarrollo físico, moral e intelectual del menor, esto es, bien pudiera ser que exista un incumplimiento parcial a la obligación alimentaria en el lapso que marca la ley y que la prueba de la justificación del incumplimiento sea deficiente para que se decrete la pérdida de la patria potestad sin que para este efecto se pondere el

interés del menor, pues de atenderse a este aspecto la conclusión pudiera ser diversa.

Como puede advertirse, cuando se trata de la aplicación por el juzgador de la pérdida de la patria potestad, sólo se privilegia su aspecto sancionador, pero de ninguna forma se pondera el impacto que tiene sobre el menor, ya que los motivos expuestos por el legislador son claros en este rubro y el juzgador no puede apartarse de la *ratio legis*, aun cuando se desnaturalice la figura jurídica e incluso, a pesar de que la aplicación de la sanción vaya en perjuicio del menor, con lo cual se demuestra lo erróneo del criterio empleado por el legislador, e incluso es oportuno destacar que la Suprema Corte se apartó de su interpretación tradicional de ponderar la gravedad del incumplimiento y la demostración de la posibilidad del riesgo en que se pudo colocar al menor con el incumplimiento, para privilegiar ahora sólo el elemento relativo a considerar como sanción a la privación de la patria potestad, lo que es contrario a su esencia jurídica, pues ésta tiene dos aspectos: la protección del menor; y, la sanción, en su caso, al deudor alimentario y por ende no debe atenderse al sólo incumplimiento cuando se trata de la aplicación de la sanción, sino que también el juzgador debe ponderar las circunstancias que rodean al incumplimiento, en su caso, para apreciar si la imposición de la sanción pudiera tener algún impacto negativo en el desarrollo del menor.

En la práctica, la actitud del juzgador que conoce de estos procedimientos se atiene en su generalidad a la prueba que rinde el demandado sobre la causa de justificación del incumplimiento y no trata de perfeccionar la carga de la prueba en este aspecto si es deficiente, y menos recaba pruebas del posible impacto que

podiera tener en el menor la determinación de privar de la patria potestad a alguno de los progenitores, sobre todo cuando el incumplimiento se debió a la falta de recursos económicos derivada de causas ajenas a la voluntad del deudor.

2.4.2. Las causas de justificación en el incumplimiento de deberes alimentarios

Existen ciertos motivos que justifican el incumplimiento de los deberes alimentarios, a saber:

a) La incapacidad física que no le permita al deudor alimentario obtener ingresos.

En primer lugar, debemos acudir al origen etimológico de las palabras “incapacidad” y “física”.

Así, la palabra “incapacidad” proviene del latín *incapacitas*, que significa la falta de capacidad para hacer, recibir o aprender una cosa. Falta de entendimiento o inteligencia. Falta de preparación, o medios para realizar un acto. Carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos, o para ejercer determinados cargos públicos.¹⁵⁴

Por su parte, la palabra “físico, ca”, proviene del latín *phiscus*, perteneciente o relativo a la constitución o naturaleza corpórea, y en este sentido se contrapone a la moral. Exterior de una persona, lo que forma su constitución y su naturaleza.¹⁵⁵

En resumen, se considera incapacidad física a la disminución o pérdida de la capacidad, aptitud para el trabajo, como consecuencia de una alteración

¹⁵⁴ Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, F-L, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 461.

¹⁵⁵ Ídem.

anat6mica o funcional del cuerpo humano que hace impropia la ejecuci3n o la realizaci3n de determinados actos, acciones o hechos.

Nuestro concepto anterior se compone de tres elementos: i) una alteraci3n anat6mica o funcional del cuerpo humano; ii) una disminuci3n o la p6rdida de la aptitud para el trabajo; y, iii) hace impropia la ejecuci3n o la realizaci3n de determinados actos, acciones o hechos.

Ahora bien, si se conjugan los anteriores tres elementos, ello da lugar a una causa que justifica el incumplimiento de los deberes alimentarios, ya que se hace impropia la ejecuci3n o la realizaci3n de determinados actos, acciones o hechos respecto de los cuales el acreedor alimentario tenfa ciertas habilidades y por tanto se encuentra imposibilitado para satisfacer las necesidades alimentarias de su acreedor alimentario, esto, sin perjuicio de que pueda desarrollar otras habilidades y exista la posibilidad de que se reintegre a la vida productiva, caso en el cual puede exigirse nuevamente que cumpla con tal obligaci3n alimentaria.

b) El estado de interdicci3n puede definirse como el estado de incapacidad para obrar, que es declarado por un juez de lo familiar, respecto de aquellas personas mayores de edad, que no pueden gobernarse por s3 mismas, por estar disminuidas o perturbadas en su inteligencia, o limitadas f3sicamente para externar su voluntad.

La declaraci3n del estado de incapacidad presupone la concurrencia de dos elementos: uno biosf3ico, y otro normativo o de valoraci3n jur3dica. El primero, se configura cuando se comprueba, cl3nicamente, que el individuo est3 discapacitado f3sicamente o disminuido o perturbado en su inteligencia por alguna afecci3n

originada por deficiencia o enfermedad de carácter físico, psicológico o sensorial, o por la adicción a sustancias tóxicas. La alteración en la inteligencia significa que la persona de cuya interdicción se trata no está en aptitud de comprender los elementos relevantes en las nuevas tareas. Se pone énfasis en las nuevas tareas, para diferenciar los hechos que dependen del razonamiento, de aquellos que dependen exclusivamente de la memoria o la habilidad manual. No se trata, tampoco, de saber si el sujeto a interdicción capta las ideas o los planteamientos científicos más elevados, sino sólo si comprende aquellos negocios ordinarios de la vida. El segundo de los elementos, o sea, el normativo, supone la apreciación y valoración jurídica que realiza el juez de lo familiar, respecto del estado físico, psicológico o sensorial de la persona, a fin de determinar si dicho padecimiento le impide gobernarse y obligarse por sí misma, o manifestar su voluntad por algún medio. No es necesario que la perturbación de la inteligencia sea continua; la incapacidad es posible, aun tratándose de un enajenado con intervalos lúcidos.

Ahora bien, si se conjugan esos dos elementos, es decir, que la persona es declarada en estado de interdicción, ello da lugar a una causa de justificación en el incumplimiento de los deberes alimentarios y, por tanto, el deudor alimentario se encuentra imposibilitado para satisfacer las necesidades alimentarias de su acreedor alimentario.

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

Esta causa de abandono, es gravísima, y es lógico que el Código Civil, imponga una sanción de este tipo, debido a que los padres tienen una inconsciencia muy grande, y no demuestran interés alguno por los menores.

En otras palabras, en esta hipótesis lo que se sanciona es el desapego mostrado por el padre o la madre hacia la persona de su hijo, como signo evidente de su irresponsabilidad al separarse físicamente del niño, imposibilitando así el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos.

Esta causal se encuentra tratada en la fracción V del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

La fracción V señala que la patria potestad se pierde por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada.

En este supuesto, es menester que haya un abandono temporal (más adelante se analizarán las causas de justificación del abandono), ya que finalmente se restaura la relación existente entre ellos, pero si esa separación excede del máximo permitido por la ley, daría lugar a la pérdida de la patria potestad.

Esta causa también representa serios problemas prácticos en su aplicación, ya que al parecer el abandono se refiere a la ausencia física, pero de una interpretación armónica y sistemática de todos los preceptos que regulan esta institución, se puede concluir que el abandono no sólo debe de ser físico, sino también de todos los deberes que corresponde al padre.

En ese mismo orden de ideas, si la separación es física, pero hay cumplimiento de algunos de los deberes, como por ejemplo la ministración de alimentos, no puede hablarse de abandono.

Así, el abandono a que alude esta fracción debe de ser completa y absoluta, comprendiendo la separación física y el abandono de todos los deberes inherentes, quedando en duda si es necesario o no que se desconozca el paradero del padre o la madre, por estas razones es que el incumplimiento parcial de la obligación alimentaria debiera juzgarse y sancionarse con menos rigidez que la causal que se aborda, pues en la práctica se deciden en los mismos términos y con las mismas consecuencias, razón por la que debe juzgarse con otros parámetros el abandono total en relación con las causales de pérdida que se contienen en los restantes fracciones, ya que este abandono se produce cuando los padres dejan al niño con personas ajenas que desconocen la identidad y el paradero del padre o la madre y que, cuando por determinadas circunstancias aparece y quiere ejercer sus derechos, se torna necesario solicitar la declaración judicial de que ha operado esta causal. Un ejemplo sería el de la madre soltera que abandona a su hijo recién nacido en determinado lugar y con posterioridad acude a exigir la entrega de su hijo, quien incluso pudiera encontrarse en proceso de adopción o ya adoptado.

Es claro que si la madre demanda a los padres adoptivos la entrega del menor porque a ella le corresponde la patria potestad, aquéllos podrían reconvenir la pérdida de la patria potestad por el abandono del que fue objeto el menor.

Caso distinto es cuando un padre o madre se separa del cónyuge y de los hijos, y los deja en abandono a ambos, lo que sucede de manera frecuente cuando el padre o la madre van en busca de alguna oportunidad de empleo a otro país, en este caso no se dejó abandonado al menor hijo, porque éste quedó bajo

el resguardo de la madre o el padre, de tal suerte, que si se quiere demandar la pérdida de la patria potestad, lo será por una causal distinta, en caso de que deje de enviar recursos económicos, la cual se analizó con antelación, consistente en el incumplimiento de los deberes alimentarios, pero de ninguna manera se dará esta causal de la fracción V.

2.5.1. Concepto de abandono

Abandono es dejar a la persona en situación de desamparo material con peligro para su seguridad física. En el vocablo se comprende el desamparo de los que por algún motivo deben ser protegidos por quienes tienen el deber u obligación de ello.

Con respecto al abandono de menores, cabe observar que frente a lo que resulta obvio, el hombre, en los primeros años de su vida, requiere de cuidados que garanticen su seguridad, al no poder hacerlo por sí mismo, por lo que la ley sanciona el abandono de los deberes de vigilancia y asistencia que incumben a los encargados legalmente de ello. La impiedad del abandono deriva de la falta de cuidado, que lesiona la seguridad personal.

2.5.2. Abandono diferencia con la ausencia

El abandono que se sanciona con la privación de patria potestad, consiste en la abdicación total, voluntaria e injustificada de los deberes que impone el Código Civil para el Distrito Federal, en el título octavo “De la Patria Potestad”; se requiere el juzgamiento de la conducta real, atendiendo al proceder del responsable, debiendo concurrir el elemento intencional, la voluntariedad de la

conducta adoptada. Abarcando el término abandono a los plurales estados en que peligra la normal conformación biosicosocial del menor.

Ello descarta, en primer lugar, toda posibilidad de asimilar el abandono con la ausencia, que constituye un supuesto específico de suspensión del ejercicio de la patria potestad, contemplado por el artículo 447, fracción II, del Código en cita, distinto de la privación.

El padre ausente en ignorado paradero deja, obviamente, de cumplir aquellos deberes, pero es en la voluntariedad donde radica la diferencia específica entre el incumplimiento que se deriva del abandono y el que supone la ausencia, ya que en ésta falta el nexo intencional que vincula el alejamiento con el incumplimiento de los deberes que impone la patria potestad.

La “ausencia” no es la simple no presencia, acepción que corresponde al significado etimológico del vocablo que deriva de “ab-esse”¹⁵⁶, o sea, no estar presente, sino a la ausencia como institución jurídica especial, referida a una situación de la persona de carácter general que se produce cuando sobreviene una ruptura de comunicación entre el ausente y todas las personas con quienes éste se relaciona en el ejercicio normal de su actividad jurídica, concurriendo también la ruptura en la relación del ausente con su domicilio y sus bienes, de modo que el concepto general de ausencia, sintetizado como “falta prolongada de noticias”, ha sido caracterizado como un ignorar dónde está, y si esa ignorancia, derivada de aquella falta prolongada de noticias al promediar ruptura de

¹⁵⁶ <http://www.lgludenia.com.ar/patriapotestad.pdf>

comunicación entre una persona y su propia esfera jurídica en general produce, desde luego, efectos en el orden familiar.

De modo que, verificada la ausencia de los padres, corresponde suspenderlos en el ejercicio de la patria potestad, porque es la consecuencia que la ley imputa a tal hecho, y no privarlo de la patria potestad creando una presunción de abandono que la ley no establece.

2.5.3. Las causas de justificación del abandono

La causal de privación de la patria potestad, prevista en la fracción V del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, conlleva explícita la calificación que ese abandono debe ser injustificado, ya que, también puede ser justificado, por ejemplo, si el padre o la madre se separan físicamente de sus hijos por padecer alguna enfermedad contagiosa o que los imposibilite para convivir con ellos (un ataque de amnesia o un estado de enajenación temporal).

También puede acontecer que el padre o la madre, por razón de su trabajo, desempeñen un cargo o comisión que justifique su ausencia física, lo cual sin duda tornaría improcedente la causal de privación de la patria potestad en cita.

2.6. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada

Esta causa de privación de la patria potestad se localiza en la fracción VI del artículo 444 del multireferido Código Civil para el Distrito Federal. A continuación analizaremos algunos elementos de dicha causal para comprenderla en su integridad.

2.6.1. Concepto de delito doloso, modalidades y su implicación en la pérdida de la patria potestad

La fracción sexta del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que la patria potestad se pierde cuando el que la ejerce comete contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.

En nuestra opinión, esta hipótesis es ambigua y requiere interpretación, ya que es necesario definir los conceptos a que alude.

En primer lugar, debe entenderse que es un delito doloso y cuáles son sus modalidades.

Así, la clasificación de los delitos es una tarea que no presenta homogeneización; por el contrario, y al igual que muchas otras materias, dicha clasificación es tan diversa que muy pocas veces un estudioso de la ciencia jurídico-penal concuerda con otro a la hora de clasificar los delitos. Si quisiéramos exponer las diversas clasificaciones que hoy día existe en torno al delito, sin duda excedería el volumen de este trabajo, para evitar esto se insertará sólo la denominación que corresponde a los delitos dolosos y culposos.

Así, el delito es doloso cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico, como en el robo, en donde el sujeto decide apoderarse y se apodera, sin derecho, del bien mueble ajeno.¹⁵⁷

En cambio, el delito es culposo, cuando no se quiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin cautelas y precauciones exigidas

¹⁵⁷ Vergara Tejada, José Moisés, *Manual de derecho penal (parte general)*, Angel Editor, México, 2002, p. 145

por el Estado para asegurar la vida en común, como en el caso del conductor de un vehículo que, con manifiesta falta de precaución o de cuidado, corre a excesiva velocidad y mata o lesiona a un transeúnte.¹⁵⁸

En otras palabras, los delitos dolosos, a diferencia de los culposos y de aquellos delitos que son cometidos bajo determinadas circunstancias especiales indicadas en la propia ley, son punibles en la forma en que se describe en el tipo penal. Los delitos dolosos son lo que el legislador castiga en la medida indicada en el tipo. Y es que para el creador de la ley penal sustantiva (Código Penal) la regla general es que todo delito se cometa bajo el dolo, esto es, bajo el conocimiento del sujeto de que su conducta está prohibida por la norma, y que aun así se determina por realizarla. Esta es una de las tantas presunciones *de jure* que existen en el sistema penal mexicano. Por tanto, las excepciones a esta presunción legal serán aquellas conductas delictuosas que son realizadas con culpa (sin intención), preterintención, capacidad disminuida, error de prohibición, error de tipo, concurso, etcétera, que son punibles o no punibles de acuerdo a las excepciones al dolo indicadas en el propio cuerpo de la ley.

El dolo, entonces, es el común denominador de las penas y medidas de seguridad previstas en cada tipo penal, o sea, cada tipo contiene una punibilidad (mínima o máxima) referida a la base del dolo, de tal manera que cuando el juzgador encuentra que el procesado (probable o probadamente) ha cometido el delito bajo el dolo (delito intencional), no tendrá otro camino que aplicar las sanciones penales indicadas en el mismo tipo.

¹⁵⁸ Ídem.

Por otra parte, en cuanto a las modalidades del delito doloso éste puede ser tentado o consumado. Se dice que hay tentativa en el comienzo de ejecución de un delito que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente. En cambio, el delito se entiende formalmente consumado en el momento en que concurren todos los elementos que integran su descripción legal.¹⁵⁹

Salvo el caso en que el tipo o figura de delito implique la necesaria concurrencia de más de un agente, como, por ejemplo, en el delito de bigamia, el delito doloso puede cometerse por una persona, o, en general, por varias personas eventualmente. En este concurso no necesario sino eventual de varios sujetos, alguno o algunos de ellos pueden tener intervención directa o ejecutora, y otros, las de auxilio.

Aparte de la concurrencia o concurso de varias personas en un delito, puede darse el concurso de varios delitos cometidos por un mismo sujeto. Este concurso puede ser real o material, o bien, concurso ideal. El primero, que el Código Penal para el Distrito Federal llama acumulación, se produce cuando se juzga al sujeto por varias acciones delictivas independientes, y el segundo, cuando un solo acto viola simultáneamente varias disposiciones penales.

Por otro lado, la expresión de “condenado por sentencia ejecutoriada” debe entenderse referida a que el titular de la patria potestad recibió una sentencia condenatoria en un proceso penal, la cual causó ejecutoria.

¹⁵⁹ Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo III, D-E, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 97.

Aparentemente no hay problema en lo que a este tema se refiere; sin embargo, no hay que olvidar que aún los distintos ordenamientos procesales penales, establecen los casos en que una sentencia causa ejecutoria, que generalmente se reducen a dos: que existiendo un recurso ordinario (apelación) haya transcurrido el término para hacerlo valer, sin que se interpusiera; o bien, que habiendo interpuesto ese recurso se hubiese declarado improcedente o infundado. Lo cierto es que a pesar de que teóricamente pudiera considerarse que ya se está en presencia de una sentencia ejecutoria, ésta puede ser impugnada a través de un juicio de amparo directo en cualquier tiempo, ya que en el sistema jurídico mexicano el juicio de amparo no es un recurso ordinario, sino un verdadero juicio autónomo que en materia penal puede ser promovido por el sentenciado en cualquier tiempo, esto es, no obstante que hayan pasado años, pudiera presentarse una demanda de amparo directo para atacarla.

Esto se resalta porque, ante un caso concreto y específico en que el otro cónyuge demande la pérdida de la patria potestad por esta causal y el demandado, al enterarse de esta situación, promueva juicio de amparo directo en contra de la sentencia aparentemente ejecutoriada, inmediatamente produciría el efecto de privarla de esa nota y esto tornaría en improcedente a la acción y provocaría seguramente una sentencia absolutoria, porque demostraría, con la simple copia sellada de la presentación de la demanda, que se trata de un asunto *sub júdice*, es decir, que la sentencia ejecutoriada puede quedar insubsistente si se concede el amparo solicitado.

2.6.2. Ausencia de sanciones en los casos de delitos culposos con relación a la patria potestad

Los artículos 76 y 77 del Código Penal para el Distrito Federal, establecen:

“ARTÍCULO 76 (Punibilidad del delito culposo). En los casos de delitos culposos, se impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica o un tratamiento diverso regulado por ordenamiento legal distinto a este Código. Además se impondrá, en su caso, suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso, por un término igual a la pena de prisión impuesta.

Siempre que al delito doloso corresponda sanción alternativa que incluya una pena no privativa de libertad, aprovechará esta situación al responsable del delito culposo.

(REFORMADO, G.O. 9 DE JUNIO DE 2006)

Sólo se sancionarán como delitos culposos los siguientes: Homicidio, a que se refiere el artículo 123; Lesiones, a que se refiere el artículo 130 fracciones II a VII; Aborto, a que se refiere la primera parte del párrafo segundo del artículo 145; Lesiones por Contagio, a que se refiere el artículo 159; Daños, a que se refiere el artículo 239; Ejercicio Ilegal del Servicio Público, a que se refieren las fracciones III y IV del artículo 259, en las hipótesis siguientes: destruir, alterar o inutilizar información o documentación bajo su custodia o a la cual tenga acceso; propicie daños pérdida o sustracción en los supuestos de la fracción IV del artículo 259; Evasión de Presos, a que se refieren los artículos 304, 305, 306 fracción II y 309 segundo párrafo; Suministro de Medicinas Nocivas o Inapropiadas a que se refieren los artículos 328 y 329; Ataques a las Vías y a los Medios de Comunicación a que se refieren los artículos 330, 331 y 332; Delitos contra el Ambiente, a que se refieren los artículos 345 y 346; y los demás casos contemplados específicamente en el presente Código y otras disposiciones legales.

ARTÍCULO 77 (Clasificación de la gravedad de la culpa e individualización de la sanción para el delito culposo). La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del Juez, quien deberá considerar las circunstancias generales señaladas en el artículo 72 de este Código y las especiales siguientes:

- I. La mayor o menor posibilidad de prever y evitar el daño que resultó;*
- II. El deber de cuidado del inculpaado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que la actividad o el oficio que desempeñe le impongan;*
- III. Si el inculpaado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;*
- IV. Si tuvo tiempo para desplegar el cuidado necesario para no producir o evitar el daño que se produjo; y*
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de transporte y, en general, por conductores de vehículos.”.*

Como puede advertirse, la punibilidad para los delitos culposos representa para la ley la excepción a la regla general prevista en la misma ley, en el sentido de que todas las penas y medidas de seguridad indicadas en los diversos tipos penales, sólo son aplicables cuando el delito se cometa bajo el dolo. La ley prevé, inicial o generalmente, que todos los delitos se comenten *dolosamente* (intencionalmente dice la ley), lo cual constituye la regla general. Sin embargo, puede ser que sean cometidos *culposamente*, caso en el cual la punibilidad se ve

desmerecida hasta la cuarta parte de la prevista para los delitos dolosos, representando así la excepción a la regla. A su vez, esta excepción puede tener sus excepciones, cuando la ley misma prevé sanciones específicas para los delitos culposos.

Ahora bien, en cuanto a los casos en que son aplicables las sanciones por delito culposo, el artículo 76 alude a ellos en términos limitativos, de tal manera que solamente en ellos pueden imponerse tales penas y medidas de seguridad. Tales casos son: Homicidio, lesiones, aborto, lesiones de contagio, daños, ejercicio ilegal del servicio público, evasión de presos, suministro de medicinas nocivas o inapropiadas, ataques a las vías y a los medios de comunicación, delitos contra el ambiente, según los artículos que se mencionan en el tercer párrafo de la disposición legal que se comenta.

En consecuencia, ningún otro delito puede realizarse culposamente (legalmente hablando) sino que, o se realiza con dolo, o no se realiza.

En esa tesitura, debe concluirse que en la legislación del Distrito Federal no se prevé sanción alguna en caso de que los progenitores cometan un delito culposo (sin intención) en contra del menor, lo cual significa que el interés del menor no está debidamente tutelado en esta fracción, ya que únicamente se sanciona con la privación de la potestad si se comete un delito doloso, más no uno culposo. En algunas ocasiones es difícil la comprobación del dolo en la conducta del sujeto activo del ilícito, pues quizá el caso más representativo sea el delito de lesiones, donde su realización, en la generalidad, se hace de manera oculta, esto

es, sin la presencia de testigos y por tanto las lesiones causadas tengan que calificarse como culposas, por contarse solamente con la versión del sujeto activo sobre su causación, ya que en la mayoría de estos casos el menor, en lugar de proporcionar una descripción real de los hechos, refiere la versión que el propio sujeto activo le indicó manifestar cuando sea interrogado, esto debido a la amenaza latente de que, sino se conduce en esos términos se hará acreedor el menor a un castigo mayor, siendo este tipo de conductas en muchas ocasiones recurrentes, sin que su reiteración pueda ser generadora de pérdida de la patria potestad, pues el legislador fue omiso en regular estas situaciones.

2.6.3. Tipos de condena penal contra el que ejerce la patria potestad

Si los progenitores son condenados por delitos cometidos contra el hijo serán privados de la patria potestad.

La norma exige que el progenitor sea condenado en sede penal en calidad de autor, coautor, instigador o cómplice, por un delito doloso, cometido contra la persona o bienes del hijo, por lo que, es condición de procedencia de la acción que previamente exista sentencia condenatoria firme en sede penal.

Cabe destacar que no es necesaria una resolución expresa sobre la pérdida de la patria potestad para el padre o la madre en el proceso penal y por tanto, cuando se intenta la acción de pérdida de la patria potestad bastará con acompañar testimonio de la resolución condenatoria penal, para que en la sentencia civil exista el pronunciamiento relativo y es claro que en el procedimiento civil no podrán cuestionarse ni los hechos que motivaron el proceso

penal ni el contenido de la sentencia dictada en éste, produciendo todos los efectos de cosa juzgada inmutable.

2.7. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves

La última causal de pérdida de la patria potestad que contempla el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 444, fracción VII, es del tenor siguiente:

“Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:...”.

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

Esta hipótesis es ambigua y requiere interpretación, ya que es necesario definir los conceptos a que alude.

En primer lugar, la expresión de “condenado dos o más veces” debe entenderse referida a que el titular de la patria potestad recibió dos sentencias condenatorias en dos procesos penales diferentes e independientes por diversos hechos, aunque se trate del mismo ilícito, pero lo relevante es que la disposición legal citada no especifica si las sentencias en que se impuso la pena privativa de libertad debe estar o no ejecutoriada, ya que en la hipótesis precedente de privación de la patria potestad sí exige expresamente esta condición, luego el término “condenado” en una interpretación gramatical, significa que aquella persona a quien se le impone una sentencia penal guarda la condición de condenado, sin que importe si ha causado o no ejecutoria la sentencia respectiva y en esa medida la acción civil tendiente a privar de la patria potestad al sentenciado en un proceso penal será procedente con el simple hecho del dictado de dos sentencias penales condenatorias por la comisión de delitos graves estén o

no ejecutoriadas. En lo personal, considero que no debe partirse de una interpretación gramatical de la disposición legal citada, sino de una interpretación teleológica y sistemática de la misma, pues el término “condenado” debe ser interpretado como aquella persona que tiene una sentencia firme en un proceso penal, tal como lo exige la hipótesis precedente de privación de la patria potestad, pues de no emplearse esta interpretación, pudiera generarse inseguridad jurídica tanto para los progenitores como para el menor, ya que de intentarse la acción civil de privación de la patria potestad teniendo como documento fundatorio una sentencia que no ha causado ejecutoria, pudiera suceder que con posterioridad, durante el procedimiento civil, fueran revocadas las sentencias penales y absuelto el procesado, lo que motivaría que no tuviera el demandado, al momento del dictado de la sentencia civil, la calidad de condenado y esto haría improcedente a la acción de pérdida de la patria potestad o, en su defecto, pudiera ser que se decretara la pérdida de la patria potestad por estar pendientes los recursos o el juicio de amparo promovidos contra las sentencias penales y luego al resolverse éstos se revocara la sentencia penal o se dejara insubsistente, y entonces tendría que demandarse en otro procedimiento civil la recuperación de la patria potestad. Por tanto, resulta aceptable en interés del menor y a fin de evitar inseguridad jurídica a las partes, interpretar el término “condenado” a aquella persona que tiene sentencia firme en el proceso penal.

En la fracción séptima se habla de una condena expresa a la pérdida de la patria potestad, por haber cometido delitos graves, por lo que se procede a definir cuáles son los delitos graves y posteriormente a sus consecuencias.

2.7.1. ¿Cuáles son los delitos graves?

Es necesario precisar qué debe entenderse por “delitos graves”, para lo cual debe remitirse también a lo que sobre el particular disponen los ordenamientos procesales, tanto federal como de los estados.

Sin profundizar al respecto, y sólo aludiendo a lo indispensable para solventar el problema que se aborda debe recordarse que los delitos graves se definen, en términos del Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 194, como aquellos que afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad, referencia complementada con un *numerus clausus* de tipos que admiten tal posibilidad; sin embargo, para algunas legislaciones, como es el caso del Estado de Hidalgo (art. 119 del Código de Procedimientos Penales), tal denominación se le otorga a los tipos penales en atención a la importancia del bien jurídico tutelado y la grave afectación al orden social que su comisión implica.

Así, en la actualidad, la codificación penal mexicana adopta una clasificación bipartita, en el sentido de distinguir tipos penales de mayor gravedad que otros. En estos términos, el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales entiende como delitos graves los siguientes:

“ARTICULO 194.- Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O.F. 1 DE JUNIO DE 2001)

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

- 1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;*
- 2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;*

- 3) *Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;*
(REFORMADO, D.O.F. 28 DE JUNIO DE 2007)
- 4) *Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;*
- 5) *Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;*
- 6) *Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;*
- 7) *Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;*
- 8) *Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;*
- 9) *Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;*
- 10) *Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;*
- 11) *Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;*
(REFORMADO, D.O.F. 20 DE AGOSTO DE 2009)
- 12) *Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;*
(REFORMADO, D.O.F. 27 DE NOVIEMBRE DE 2007)
- 13) *Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 BIS; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204.*
- 14) *Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;*
- 15) *Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;*
(ADICIONADO, D.O.F. 23 DE ENERO DE 2009)
- 16) *El desvío u obstaculización de las investigaciones, previsto en el artículo 225, fracción XXXII;*
- 17) *Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;*
- 18) (DEROGADO, D.O.F. 26 DE JUNIO DE 2008)
- 19) *Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;*
- 20) *Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;*
- 21) *Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;*
- 22) *Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;*
- 23) *Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;*
(REFORMADO, D.O.F. 12 DE JUNIO DE 2000)
- 24) *Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter;*
- 25) *Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV y XVI;*
- 26) *Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;*
- 27) *Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;*
- 28) *Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;*
- 29) *Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;*
- 30) *Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;*
- 31) *Los previstos en el artículo 377;*
- 32) *Extorsión, previsto en el artículo 390;*
- 33) *Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, y*
(ADICIONADO, D.O.F. 6 DE FEBRERO DE 2002)
- 33) *Bis. Contra el Ambiente, en su comisión dolosa, previsto en los artículos 414, párrafos primero y tercero, 415, párrafo último, 416, párrafo último y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo, de la*

extracción o de la tala, exceda de dos metros cúbicos de madera, o se trate de la conducta prevista en el párrafo último del artículo 419 y 420, párrafo último.

34) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.

(ADICIONADO, D.O.F. 1 DE JUNIO DE 2001)

35) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A.

(ADICIONADO, D.O.F. 8 DE FEBRERO DE 2006)

36) En materia de delitos ambientales, el previsto en la fracción II Bis del artículo 420.

II. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2;

III. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:

1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;

2) Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;

3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;

4) Los previstos en el artículo 84, y

5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.

IV. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o;

V. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138;

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

1) Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y

2) Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados.

VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III;

(REFORMADA, D.O.F. 26 DE JUNIO DE 2008)

VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V; 112 Bis; 112 Ter; 112 Quáter, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;

(ADICIONADA, D.O.F. 26 DE JUNIO DE 2008)

VIII Bis. De la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los previstos en los artículos 432, 433 y 434;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3o. de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores

con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y (sic)

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96;

(REFORMADA, D.O.F. 20 DE AGOSTO DE 2009)

XV. De la Ley General de Salud, los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter, y en los artículos 475 y 476;

(ADICIONADA, D.O.F. 27 DE NOVIEMBRE DE 2007)

XVI. De la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, los previstos en los artículos 5 y 6;

(ADICIONADA, D.O.F. 9 DE JUNIO DE 2009)

XVII. Los previstos en el artículo 49 de la Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.”.

De igual manera, vale la pena mencionar que la calificación de estos ilícitos guarda cierta distancia entre los diversos Códigos de Procedimientos Penales de los Estados, en comparación con la calificación realizada a nivel federal. Por ejemplo, el moderno Código Penal del Estado de Tabasco plantea como delitos graves (artículo 145) los perseguibles de oficio y sancionados con más de ocho años de prisión, en el término medio de la punibilidad correspondiente, así como los cometidos con alguna calificativa prevista por la ley; y los cometidos por reincidentes, perseguibles de oficio y sancionados con más de cuatro años de prisión, en el término medio de la punibilidad respectiva, así como los realizados con alguna calificativa prevista por la ley, en tanto en el Código Penal del Estado de Hidalgo, esta tendencia, aun cuando sólo es válida para los tipos penales previstos en leyes especiales del estado de Hidalgo, si el término medio aritmético de la pena privativa de libertad exceda de diez años (artículo 119).

Lo anterior conlleva a que será cada ordenamiento procesal penal, ya sea federal o estatal, el que regulará cuáles son los delitos graves y cuáles no lo son.

2.7.2. Los delitos graves y sus consecuencias

En este aspecto es preciso destacar que el criterio empleado por el legislador para el establecimiento de esta causal de privación de la patria potestad

presenta una inseguridad jurídica, ya que la legislación del Distrito Federal no prevé sanción alguna en caso de que los progenitores comentan delitos no graves en forma reiterada, esto es, los delincuentes habituales, lo cual significa que el interés del menor no está debidamente tutelado en esta fracción, ya que sólo se sanciona con la privación de la patria potestad si se comete un delito grave, más no delitos no graves cometidos reiteradamente, los cuales impactan en igual grado el interés del menor. En otras palabras, la comisión reiterada de delitos no graves generan la misma imagen negativa hacia el menor y lo que el legislador pretendió con el establecimiento de esta causal de privación no es que el menor evite cometer delitos graves por tener relación directa con alguien que los ha realizado, sino el propósito con la privación de la patria potestad, en estos casos, debe ser el mantener alejado al menor de quienes ejecuten actos delictivos para que en un futuro no los realice, esto es, que no se convierta en delincuente, pero no de delitos graves, sino en general de cualquier delito.

Por tanto, resulta necesario en interés del menor y a fin de evitar esta incongruencia jurídica modificar esta causal de privación de la patria potestad, a fin de que se sancione también con la pérdida de la patria potestad a quien cometa delitos no graves en forma reiterada, en virtud de que las consecuencias de un delito grave y delitos no graves reiterados traen aparejada la misma repercusión jurídica, esto es, la afectación por igual con relación al interés superior del menor.

TERCER CAPÍTULO

REFERENCIAS SOBRE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Planteamiento general.- 3.1. La figura de la patria potestad en la legislación y en la jurisprudencia nacionales.- 3.1.1. Antes del año 2000.- 3.1.2. Durante el año 2000.- 3.1.3. Después del año 2004.- 3.2. La pérdida de la patria potestad, según la jurisprudencia mexicana.

Planteamiento general

La legislación en materia familiar ha sufrido grandes transformaciones en recientes tiempos y, por tanto, la actividad interpretativa de los tribunales locales y federales también ha experimentado una serie de criterios divergentes.

Debido a esos cambios amerita destacar el rol que han desempeñado tanto el padre como la madre y los hijos en los períodos de análisis, esto es, antes del año dos mil, después de ese año hasta el dos mil cuatro y de este año a la actualidad.

Actualmente el papel que desempeña el menor en la familia se ha transformado, de ser un elemento secundario a ser un componente primario de especial importancia, pues no puede emitirse una decisión que lo pueda afectar prescindiendo del interés de éste, al cual se le destaca a nivel internacional como: "el interés superior del menor".

3.1. La figura de la patria potestad en la legislación y en la jurisprudencia nacionales

En este apartado se analizarán únicamente los cambios producidos a la figura jurídica de la privación de la patria potestad comprendidos antes del año dos mil.

3.1.1. Antes del año 2000

El Código Civil para el Distrito Federal regula la patria potestad dentro del libro primero, De las personas; título octavo, De la patria potestad, con tres capítulos: capítulo I. De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos (artículos del 411 al 424); capítulo II. De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo (artículos del 425 al 442), y capítulo III. De los modos de terminarse y suspenderse la patria potestad (artículo del 443 al 448).

Merece especial comentario el texto original del Código Civil de 1928, en la parte correspondiente al título octavo, denominado De la patria potestad.

El primer señalamiento que contiene es sobre la persona de los hijos, pues indica que independientemente del estado, edad y condición que tengan, los hijos deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes (artículo 411).

Luego, que están sometidos a patria potestad los hijos menores de edad no emancipados, en tanto exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla (artículo 412).

A continuación, establece que la patria potestad se ejerce sobre la persona en sí misma y sobre los bienes de los hijos (artículo 413 al inicio).

Por lo que se refiere a dos de las características o atributos de la patria potestad, como son la guarda y educación de los menores, su ejercicio se sujetó a las modalidades que le imprimieran las resoluciones que se dictaran de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Ley que en la actualidad tiene importancia histórica, pues la ley vigente se denomina Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (cuyo texto íntegro, puede ser consultado en el *Diario Oficial de la Federación* de 24 de diciembre de 1991).

Precisa también, por lo que se refiere a la educación del menor, que se considera como una obligación a cargo de las personas que ejerzan la patria potestad, y en el supuesto de que tal obligación no se cumpla, tan luego como se enteren los Consejos Locales de Tutela, lo harán del conocimiento del Ministerio Público, para que proceda en consecuencia (artículo 422).

La patria potestad sobre los hijos de matrimonio, se debe ejercer en primer lugar, por el padre y la madre, esto es, conjuntamente y no por alguno de ellos en forma exclusiva; en segundo lugar, por el abuelo y abuela paternos, y en tercer lugar, por el abuelo y la abuela maternos (artículo 414).

Tratándose de los hijos nacidos fuera de matrimonio, si los dos progenitores lo han reconocido y viven juntos, ambos deben ejercer la patria potestad (artículo 415).

En el supuesto de los padres de hijo nacido fuera del matrimonio, si éstos vivían juntos y luego se separan, continuarán en ejercicio de la patria potestad sobre el hijo, en caso de desacuerdo, el juez resolverá, pero *tomará siempre en cuenta los intereses del hijo* (artículo 417).

Es obligación del hijo, sujeto a patria potestad, no dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de autoridad competente (artículo 421).

Se tiene la facultad de corregir y castigar mesuradamente a los sujetos a la patria potestad, y agrega que en el supuesto de que sea necesario, las autoridades auxiliarán mediante el uso de amonestaciones y correctivos (artículo 423).

Cierra el capítulo I, del título octavo del código, con el mismo criterio de los anteriores ordenamientos: el sujeto a patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan tal derecho, y agrega este código que en caso de irracional disenso, resolverá el juez (artículo 424).

Por otra parte, inicia el capítulo II, del título octavo, con el señalamiento siguiente: quienes ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los sujetos a ella, y en consecuencia tienen la administración legal de sus bienes (artículo 425).

Se coloca como administrador de los bienes de los sujetos a patria potestad al varón, cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela o por los adoptantes, aunque debe consultar en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración (artículo 426).

Se dividen los bienes del hijo sujeto a patria potestad en dos clases: los que adquiera por su trabajo y bienes que adquiera por cualquier otro título. Por lo que hace a la primera clase, le pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo. Y tratándose de bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a la persona o personas que ejerzan la patria potestad (artículos 428, 429 y 430).

Los padres pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, renuncia que será considerada como una donación (artículos 431 y 432).

Se considerará al hijo como emancipado respecto de la administración de sus bienes, si es que la tiene (artículo 435).

Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que corresponden al hijo, salvo que exista causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa autorización del juez. Tampoco podrán, los que ejercen la patria potestad, celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años ni recibir la renta anticipada por mas de dos años y se consagran algunas limitaciones más en torno a los bienes de los hijos (artículo 436).

Los que ejercen la patria potestad tienen la *obligación* de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos (artículo 439)

Siempre que exista un *interés opuesto* entre los que ejercen la patria potestad y los hijos, será necesaria la presencia de un tutor nombrado por el juez, para cada caso (artículo 440).

Si el menor ha cumplido catorce años, tiene la *facultad* de solicitar al juez su intervención para que impida que por la mala administración de los bienes, éstos se derrochen o disminuyan (artículo 441).

Desde luego, cuando el menor se emancipe o llegue a la mayoría de edad se le deben entregar todos los bienes y frutos que le pertenecen (artículo 442).

Por lo que se refiere a las formas de acabarse la patria potestad, se señalan tres: la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; con la emancipación y por la mayoría de edad del hijo (artículo 443).

La pérdida de la patria potestad sucede cuando se le condena al que la ejerza, ya sea derivado del divorcio, por costumbres depravadas de los padres, malos tratos, abandono de deberes, por exposición o por abandono de los hijos (artículo 444).

La suspensión de la patria potestad se da por incapacidad o ausencia declaradas judicialmente y por sentencia condenatoria (artículo 447).

Se instituye en este código el carácter de irrenunciable de la patria potestad, aunque pueden excusarse de su ejercicio, cuando se tengan sesenta años cumplidos o por mal estado habitual de salud (448).

Reformas al Título de la Patria Potestad, desde 1928 a la actualidad

Se hará referencia a las reformas que ha tenido el Código Civil de 1928, por lo que se refiere exclusivamente al título octavo, De la patria potestad, que comprende los artículos del 411 al 448, desde que iniciara su vigencia hasta la actualidad.

Con esta finalidad se ha elaborado un cuadro de las reformas que se le han hecho al título de la patria potestad, en orden cronológico de publicación.

<i>Fecha</i>	<i>Artículos</i>
1ª. 9-enero-1954	426
2ª. 28-enero-1970	438 y 443
3ª. 31-diciembre-1974	418 y 423
4ª. 30-diciembre-1997	411, 414, 415, 416, 417, 418, 422, 423, 444 y 444 bis.
5ª. 25-mayo-2000	413, 443, 444, 444 bis, 445, 446 y 447.
6ª y 7ª. 9-Junio y 6-septiembre-2004	411, 417, 443, 444 y 447.
8ª. 2-Febrero-2007	411, 414 bis, 416, 416 bis, 416 ter, 417, 417 bis y 444.

Como se aprecia, el Código Civil de 1928, ha sido modificado en el título que comentamos en ocho ocasiones. Aunque, las más significativas fueron con la reforma del 25 de mayo de 2000, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, donde surge el Código Civil para el Distrito Federal, con las modificaciones que en la misma fecha se incluyeron.

Por lo anterior, debemos considerar que del original Código Civil de 1928, han derivado dos códigos, uno de aplicación local, el Código Civil para el Distrito Federal, y otro de aplicación en toda la República, el Código Civil Federal.

Primera reforma, 1954.- La reforma al artículo 426, entre otros artículos del Código Civil, se hizo en concordancia con las modificaciones que se llevaron a cabo en los artículos 34 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 17 de octubre de 1953), relacionadas con el disfrute de los derechos políticos reconocidos a la mujer mexicana.

Originalmente, el artículo 426 del Código Civil de 1928, establecía que en el ejercicio de patria potestad, el administrador de los bienes del hijo sería el varón. Y con la reforma (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1954), el administrador de los bienes será el que de mutuo acuerdo nombre la pareja, con lo que se logra un tratamiento igualitario.

Segunda reforma, 1970.- Esta reforma se hace como una consecuencia de la que se hiciera a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 34, en la que se reduce la edad para adquirir la condición de ciudadano a los dieciocho años (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de diciembre de 1969).

Se reforman entre otros artículos del Código Civil de 1928, los artículos 438 y 443, que hacen alusión a la mayoría de edad, pero sin ninguna repercusión importante.

Tercera reforma, 1974.- Con esta reforma que se hace al Código Civil de 1928, se pone término a las diferencias existentes entre hombre y mujer, pues

propone la igualdad entre ambos sexos, por lo que con tal fin se reforman y adicionan diversos numerales.

Por lo que se refiere al artículo 418, se pone término a la preferencia a favor de los abuelos paternos para el ejercicio de la patria potestad a falta de padres, y confiere al juez la potestad de decidir, en vista de las circunstancias, sobre el orden en que habrá de preferirse a los parientes a que aluden las fracciones II y III del artículo 414.

Con la reforma al artículo 423, se pretende fortalecer la sana convivencia familiar, donde al lado de la facultad correctiva se erige un claro deber de ejemplaridad. Además, las autoridades continúan con su papel de coadyuvantes de los que ejercen la patria potestad, haciendo uso de amonestaciones y correctivos, para que se cumpla con la facultad de corregir.

Cuarta reforma, 1997.- Con esta reforma se introduce en el Código Civil de 1928 un nuevo capítulo -De la violencia familiar- (dentro del libro primero, título sexto, capítulo III), con lo que diversos artículos del título de la patria potestad se ven afectados (los artículos 232 *quater* y *quintus* nos proporcionan el siguiente concepto: por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atenté contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que lleve a cabo y de que pueda producir o no lesiones. De igual manera, se considera violencia familiar la conducta referida, cuando se lleve a cabo contra la persona con quien se encuentra unida fuera de

matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, introducción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa).

Esta reforma se lleva a cabo, tomando en consideración diversos instrumentos internacionales como son la Convención sobre los Derechos del Niño (*Diario Oficial de la Federación*, 25 de enero de 1991), la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (*Diario Oficial de la Federación*, 6 de marzo de 1992), etcétera.

Se modifica el texto del artículo 411, para dejar de ser una obligación exclusiva de los hijos, y transformarse de la honra y respeto a cargo de los hijos, a ser una obligación de respeto y consideración mutuos entre ascendientes y descendientes. En congruencia con el derecho de respeto a la integridad física y psíquica de todos los miembros de la familia.

En la reforma al artículo 414, se habla en general de los hijos, sin hacer distinción respecto de los hijos de matrimonio y los nacidos fuera de éste, y se precisa la forma del ejercicio de la patria potestad por uno de los progenitores, y que a falta de ambos, el juez de lo familiar tomará en cuenta las circunstancias del caso y determinará qué ascendientes la ejercerán.

Así, la anterior innovación pone fin a la polémica sobre la interpretación del artículo 414 ¿las fracciones del precepto constituían el orden de preferencia en la atribución de la patria potestad o el orden de las fracciones era simplemente

enunciativa? Es decir, a falta de padre y madre ¿correspondía la patria potestad al abuelo y abuela paternos, y sólo en su defecto al abuelo y abuela maternos?

Por otra parte, con esta reforma se deroga el artículo 415, pues se considera que su contenido queda sin materia.

En el artículo 416 reformado, se establecen las reglas para el ejercicio de la patria potestad en los casos en que los padres estuvieren separados, estableciéndose que dicho ejercicio se deberá ajustar a las modalidades que se convengan entre los padres o bien las que determine el juez. Se pondera el *interés superior del menor* y se hace referencia a los derechos de vigilancia y de convivencia que ejercerán los progenitores.

En el artículo 417, también se menciona el ejercicio del *derecho de convivencia* de los menores con sus ascendientes.

En el artículo 418, se incluye lo que se denomina "custodia de hecho", la cual se presenta cuando los progenitores, motivados por cualquier circunstancia, confiaban a sus descendientes con familiares o parientes por periodos prolongados, pero sin sujeción a obligaciones, lo que redundaba en detrimento del menor; por lo que con la reforma, tales parientes tienen las mismas obligaciones, facultades y restricciones de los tutores.

En el artículo 422, se hace extensiva la obligación de educar convenientemente a los menores, no sólo a quienes ejerzan la patria potestad, sino también a quienes tengan la custodia material de los menores. Cuando no se

cumpla con la obligación de educar y llegue al conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier otra autoridad administrativa, lo avisarán al Ministerio Público para que proceda en consecuencia.

Se precisa en el artículo 423, que la facultad de corregir no implica que se puedan aplicar actos de fuerza atentatorios contra la integridad física o psíquica de los menores. Por lo que la facultad de corregir lleva inmersa la obligación por parte de los que ejerzan la patria potestad o tengan al menor bajo su custodia, de observar una conducta ejemplar. Se suprime la coadyuvancia de las autoridades en el ejercicio de la facultad de corregir.

El artículo 444 reformado deja claro que la patria potestad únicamente se pierde por resolución judicial, en los casos que en el mismo artículo se mencionan.

Así pues, se establece adecuadamente, a diferencia del texto anterior, que la patria potestad se pierde mediante “resolución judicial”, y no por el simple incumplimiento de los supuestos numerados en el precepto.

Asimismo, se agregan dos nuevas fracciones como causas de pérdida de la patria potestad: *“V. Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en que la víctima sea el menor”*, motivo, desde luego, suficiente para la pérdida de ese derecho y, con una mejor técnica legislativa, traslada a la fracción VI la segunda parte de la anterior fracción I: *“cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.”*

Se agrega, con esta reforma, el artículo 444 bis, en el que se limita el ejercicio de la patria potestad en los casos de violencia familiar y el menor resulte afectado. Quedando a discreción judicial el señalamiento de los límites y forma de ejercicio de la patria potestad a quien resulte responsable de conductas calificadas de violentas.

En congruencia con las reformas que establecen, tipifican y sancionan la violencia familiar, el artículo 283 relativo a las sentencias de divorcio, también tuvo que ser objeto de cambios. Se facultó al juez para que, de oficio o a petición de parte interesada, se allegara de los elementos necesarios para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y evitar las conductas de violencia familiar.

También se facultó al juzgador para que pudiera tomar las medidas que estimara convenientes, considerando el interés superior del niño o niña. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista un peligro para el menor. Las disposiciones que se dicten en protección de los menores incluirá “medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar.”.

En este contexto, podemos afirmar que las reformas que fueron introducidas el 30 de diciembre de 1997, recogen las críticas que hacía tiempo se venían formulando a ciertos artículos del Código Civil en materia de patria potestad. Los textos reformados resultaban anacrónicos y faltos de equidad, sobre todo, en perjuicio de los menores. Los nuevos artículos se adecuan a las

necesidades del grupo familiar, en especial cuando éste se desintegra o funciona inadecuadamente.

En síntesis, esta reforma se encuadra en la tendencia reconocida a nivel internacional, expresada en la Convención de Derecho del Niño: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen [...] los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

3.1.2. Durante el año 2000

Quinta reforma, 2000.- En cumplimiento de la facultad constitucional conferida a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, consistente en legislar en la materia civil (inciso h, V, Base primera, C, artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y por Acuerdo de la Comisión de Gobierno de la misma Asamblea Legislativa, en marzo de 1998, se creó la Comisión Especial para la elaboración del Código Civil del Distrito Federal.

Consecuencia de lo anterior, fue la publicación en Gaceta Oficial del Distrito Federal, de 25 de mayo de 2000, del Decreto correspondiente, por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Con esta reforma se incorpora al derecho positivo mexicano el Código Civil de aplicación exclusiva para el Distrito Federal, pues hasta la entrada en vigor de tales reformas (el primero de junio del 2000), el texto legal que regía la materia civil en el Distrito Federal era el Código Civil para el Distrito Federal en Materia

Común y para toda la República en Materia Federal (código que iniciara su vigencia el primero de octubre de 1932) con todas sus reformas y adiciones.

Además, surge el Código Civil para el Distrito Federal con importantes reformas, en materia familiar, pues en el mismo decreto publicado el 25 de mayo del 2000, se le incorporan modificaciones que hacen realmente un nuevo código, distinto al de 1928.

Se reforma el artículo 413, que desde su texto original hacía referencia a la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal (publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de junio de 1928), para dar paso a la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (publicada en el Diario Oficial de la Federación de 24 de diciembre de 1991), cuyo objeto es reglamentar la protección de los derechos de los menores.

Se agrega al artículo 443 una fracción (la IV), mediante la cual se establece que se acaba la patria potestad con la adopción del hijo, pues la ejercerá el adoptante o los adoptantes, reforma que es concordante con lo que ya expresaba el artículo 403, al establecer la transferencia de la patria potestad al adoptante.

Se incorporan con esta reforma al artículo 444, dos causales más de pérdida de patria potestad, el caso de violencia familiar en contra del menor (III) y el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria (IV).

Se reforma el artículo 444 bis, con lo que se puede limitar el ejercicio de la patria potestad en los casos de divorcio o separación, y no solamente cuando se presenten conductas de violencia familiar.

Con la reforma al artículo 445, se logra mayor generalidad, pues las segundas nupcias o segundas uniones no son causas de pérdida de la patria potestad. Se deroga el artículo 446, pues su contenido ya no tenía razón de ser.

Se reforma el artículo 447; se agrega una causal más de suspensión del ejercicio de patria potestad consistente en el uso no terapéutico de sustancias ilícitas.

3.1.3. Después del año 2004

Sexta y séptima reformas, 2004.- En primer término, se comentará la reforma publicada el 9 de junio, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, con la cual se modificaron los artículos 443 y 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

Se modifica la fracción IV del artículo 443, y se agrega la fracción V, la que establece que se acaba la patria potestad de un menor cuando el que la ejerza, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción. Con esta reforma se busca que los padres que han entregado a su menor hijo a una institución de asistencia social pierdan toda relación con él y, por otro lado, las personas que adopten puedan dirigir en todo la educación y comportamiento de su hijo putativo, adquiriendo plena potestad para protegerlo. Para efecto de la terminación de la patria potestad por esta causa se debe iniciar un procedimiento especial por parte de la institución de

asistencia social, para que el juez en materia familiar decrete la pérdida de la patria potestad del progenitor que la ostentaba, situación que no obsta para determinar esta causal de terminación de patria potestad por declaración judicial.

Texto original del artículo 443:

Artículo 443. La patria potestad se acaba:

...IV. Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes.

Texto vigente del artículo 443:

Artículo 443. La patria potestad se acaba:

IV. Con la adopción del hijo.

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

Se modifica la fracción IV, del artículo 444, con la cual se pierde la patria potestad por resolución judicial, con el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada.

Se elimina como causa de pérdida de la patria potestad la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos (fracción V). En consecuencia, las restantes fracciones se recorren.

En relación a la causa de pérdida de la patria potestad por abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses, se modifica para establecer que sólo serán necesarios tres meses, sin causa justificada, para que se actualice la causal en comento. Lo anterior para reducir el tiempo en que el menor pueda quedar desprotegido, sin la atención y cuidado de una persona que pueda hacerse cargo de guardarlo, custodiarlo y dirigir su educación, aparte de

mantenerlo, por lo que es una reforma que atiende al interés superior del menor para que éste no quede sin protección por un lapso considerable.

<i>Texto original del artículo 444:</i>	<i>Texto vigente del artículo 444:</i>
Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial:	Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial:
...IV. El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad;	...IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada;
V. Por la exposición que el padre o la madre hicieron de sus hijos;	V. Por el abandono que el padre o la madre hicieron de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;...
VI. Por el abandono que el padre o la madre hicieron de los hijos por más de seis meses;...	

En segundo lugar, se tiene a la reforma de 6 de septiembre del 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, en la cual se hacen las adiciones siguientes: un párrafo segundo al artículo 411, un párrafo tercero al artículo 417 y se adicionan dos fracciones al artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal.

Se agrega al artículo 411 un párrafo segundo, el cual establece que quien ejerza la patria potestad deberá procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. Añade este párrafo que cada uno de los ascendientes deberá evitar actos de manipulación, alineación parental encaminados a producir en la niña o el niño,

rencor o rechazo hacia el otro progenitor. Así con esta reforma se reconoce el interés superior de los menores para convivir con ambos progenitores, lo que no se hacía en el texto anterior, con la finalidad de dar cumplimiento a lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño.

Se adiciona un párrafo tercero al artículo 417, con lo cual el juez de lo Familiar podrá decretar el cambio de custodia provisional o definitiva sobre los menores, cuando quien la tenga realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.

De lo que resulta en términos generales la sujeción al artículo noveno de la convención referida y que obliga a las autoridades jurisdiccionales a no separar al hijo de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto que tal separación sea necesaria, sobre todo por maltrato o descuido, y cuando éstos vivan separados y sea necesario tomar una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Se incorporan con esta reforma al artículo 447, dos causales más de suspensión de patria potestad, el caso de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado (V) y el no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente (VI).

Octava reforma, 2007.- Finalmente, en la reforma publicada el 2 de febrero, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, se modificaron los artículos 411,

416, 417 y 444 y se adicionan los diversos numerales 414 bis, 416 bis, 416 ter y 417 bis del Código Civil para el Distrito Federal.

Respecto al artículo 411, se coincide en establecer que en las relaciones entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto, con independencia de que vivan o no en el mismo domicilio.

Ahora bien, en vista de que en la Convención sobre los Derechos de los Niños, se establece en su artículo 18 la obligación de los Estados Partes para garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño y que corresponderá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, y que su preocupación fundamental será el interés superior del niño, es por lo que, se adiciona el artículo 414 Bis, estableciendo en la legislación civil las obligaciones de crianza que deberán observar las personas que ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de los menores, como son: Procurar la seguridad física, psicológica y sexual; fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico, así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares; realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor. No siendo considerado incumplimiento a estas obligaciones el que cualquiera de los padres tenga jornadas laborales extensas y por consecuencia no pueda cumplir con amplitud las obligaciones de crianza.

En el artículo 416 del Código Civil, se precisan los deberes de quienes ejerzan la patria potestad hacia los hijos, en caso de separación, en donde se podrán convenir los términos de su ejercicio, lo relativo a la guarda y custodia de los menores, que podrá ser compartida si hay acuerdo. En caso de haber desacuerdo entre las partes, el Juez de lo Familiar resolverá en términos del procedimiento que fija el Título Décimo Sexto Capítulo único del Código de Procedimientos Civiles, todo ello, observando el cumplimiento del principio fundamental del interés superior del menor.

Así, en las sentencias que se dictan en los juicios de divorcio o de guarda y custodia de menores, los jueces de lo familiar tienen que establecer el régimen de convivencias de los menores hijos con sus padres que se encuentren separados, debiendo tener en cuenta para ello el interés superior de los menores, las circunstancias especiales del caso concreto y las posibilidades y condiciones específicas de cada uno de sus padres, excepto cuando exista la certeza de que tal convivencia resulte riesgosa o perjudicial para los menores.

Por otra parte, al ser un derecho de los menores de edad el convivir con sus ascendientes, salvo que se ponga en peligro su desarrollo físico y emocional, por lo que se estableció en el artículo 416 Bis, que no podrán impedirse sin causa justificada las relaciones entre los menores y sus ascendientes, como son: sus padres y abuelos. Sólo por mandato judicial podrá limitarse o suspenderse el derecho de convivencias, tomando en cuenta además el incumplimiento repetido de las obligaciones de crianza ,y que se ponga en peligro la salud e integridad física, emocional y sexual de los menores.

Con base en ordenamientos internacionales y en la Ley de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, se consideró conveniente establecer en la legislación del Distrito Federal, en el artículo 416 Ter del Código Civil la definición legal de “interés superior del niño”.

Al ser un derecho de los menores el ser escuchados, en los procesos que les afecten, y atendiendo a este principio, se modifica el artículo 417 del Código Civil, que crea la figura del Asistente de Menores, quien deberá acompañar a las niñas y niños en las sesiones de escucha para que sean debidamente escuchados por el Juez de lo Familiar en los casos de que exista desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia.

Con la adición del artículo 417 bis, se identifica lo que debe entenderse por asistente de menores y se refiere qué papel desempeñará en las sesiones en las que sean escuchados los menores.

Ambos artículos (417 y 417 bis) buscan salvaguardar el interés superior de los menores, cumpliendo lo referido en la Convención sobre los Derechos del Niño, de garantizar al niño el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Finalmente, respecto del artículo 444, se modifica uno de los supuestos en el cual se pierde la patria potestad, en la fracción III se indica que en los casos de violencia familiar en contra del menor de edad, siendo un texto más adecuado el vigente que señala que la violencia debe ser suficientemente grave para que dé lugar a la pérdida de la patria potestad.

3.2.La pérdida de la patria potestad, según la jurisprudencia mexicana.

En el sistema jurídico mexicano, la figura de la patria potestad se ha caracterizado por identificarse con la facultad exclusiva que deben ejercer los padres sobre los hijos y, a falta de aquéllos, los ascendientes en distintos grados y prelación, para dirigir el destino, la educación, la formación ética y social, y demás aspectos relacionados con el desarrollo integral de los menores, todo ello desde luego dentro de los límites prudentes establecidos para la protección de los intereses de los niños.

La importancia trascendental del ejercicio de dicha facultad potestativa ha tenido una constante evolución para su adecuada regulación en nuestro sistema legal y por este motivo se han conferido mayores facultades a los órganos especializados en la impartición de justicia en esta materia, ya que sólo a través de los procedimientos jurisdiccionales debidamente reglamentados podrán respetarse las garantías procesales de los involucrados en el conflicto, pues en la mayoría de estos casos existen bastantes circunstancias a ponderar para arribar a una justa determinación respecto de la necesidad o bien la conveniencia de privar a una persona del derecho a ejercer ese poder sobre sus descendientes; de ahí que no puedan decidirse estos aspectos bajo simples procedimientos administrativos, tal como lo ha sostenido nuestro más Alto tribunal:

“PATRIA POTESTAD, PRIVACIÓN DE LA. Conforme a nuestra legislación, la facultad de determinar la privación del ejercicio de la patria potestad, es propia de la autoridad judicial, por lo cual, no

puede una autoridad administrativa, ni bajo el pretexto de que se trata de la pensión de un menor, decretar y dictar resoluciones que tiendan a privar a alguien, del ejercicio de la patria potestad.”¹⁶⁰

*“PATRIA POTESTAD, PRIVACIÓN DE LA. No se podrá privar del ejercicio de la patria potestad, sino mediante juicio seguido ante los tribunales competentes; y aunque la legislación civil y de relaciones familiares de algún estado prevenga que las autoridades auxiliaran a los padres en el ejercicio de la patria potestad y de las demás facultades que les concede la ley, esto no implica que se puede privar de la patria potestad a quien la ejerce sin previo juicio, ya que los preceptos de ninguna ley secundaria, pueden contrariar lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución Federal; máxime que el hecho de que un artículo diga que las autoridades auxiliaran a los padres en el ejercicio de la patria potestad, no significa que mediante tal auxilio, se adquiriera la posesión de un menor, cuando no se ha tenido nunca o se ha perdido por cualquier circunstancia, pues entonces debe promoverse el juicio respectivo”.*¹⁶¹

Ahora bien, es clara la gravedad que implica la medida de privar a una persona de un derecho tan inmanentemente natural como lo es la formación de sus hijos, pues esto conlleva una cantidad de consecuencias, en su mayoría impredecibles, especialmente para el menor, quien como primer efecto se verá libre de la influencia de alguno, o de ambos, de sus progenitores.

En ese sentido, es necesario examinar cuál ha sido el criterio respecto de los directamente afectados con la medida, del que ha partido la autoridad judicial al momento de decretar la pérdida la patria potestad, esto es, si ha ponderado la mala conducta del titular de ese derecho, en cuyo caso la medida privativa sería eminentemente punitiva, o bien si se ha ponderado el interés del menor en atención a la necesidad de protección y orientación que requiere durante su minoría de edad.

En ese aspecto tenemos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su anterior Tercera Sala, sostuvo de manera genérica que la pérdida de

¹⁶⁰ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XLV, Página: 2223.

¹⁶¹ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Quinta Época, Instancia: Cuarta Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: LXII, Página: 367.

la patria potestad, no debía considerarse propiamente una pena, sino una consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial; sin embargo, no consideró que en estos casos debía privilegiarse el interés del menor al realizarse una evaluación de las circunstancias en que hubieran de quedar éstos:

*“DIVORCIO, SITUACIÓN DE LOS HIJOS EN CASO DE. La pérdida o suspensión de la patria potestad, en los casos de divorcio, no es propiamente una pena, sino una consecuencia de la disolución del matrimonio, que obedece a razones de orden moral y social; de manera que aún no existiendo precepto que literalmente regule la situación de los hijos, en un caso concreto de divorcio, para hacer esa regulación, debe atenderse a las reglas de interpretación y a la aplicación analógica, de las normas pertinentes, ya que el propósito del legislador ha sido el de que se defina la situación en que vayan a quedar los hijos, una vez divorciados los padres, debido, entre otros motivos, a la dificultad material de que éstos sigan ejerciendo conjuntamente la patria potestad, lo que de seguro ocasionaría frecuentes conflictos, con notorio perjuicio del cuidado y educación de los menores”.*¹⁶²

La citada postura no estuvo basada en la necesidad de poner en primer término los intereses del menor, sino en tomar en cuenta la conducta o la calidad moral de los progenitores para resolver la situación de los menores generada con la disolución del vínculo matrimonial, criterio de nuestro más Alto Tribunal, que fue reiterado en diversas ocasiones:

“DIVORCIO, SITUACIÓN DE LOS HIJOS EN CASO DE. El artículo 283 del Código Civil del Distrito Federal, establece las reglas a que ha de sujetarse la sentencia de divorcio, para fijar la situación de los hijos, y se refiere, en detalle, a las diversas fracciones del artículo 267 del propio ordenamiento, sin mencionar para nada la causa de divorcio prevista en el artículo 268, y la fracción II del artículo 144 del mismo código, manda que la patria potestad se pierda en los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el citado artículo 283; pero la redacción casuística de este último precepto, no es razón bastante para establecer que ha de aplicarse de manera exclusiva a los casos a que se refiere, sin poder extenderlo a casos análogos, pues además de ser completamente inexacto, que dicho artículo establezca una pena para el cónyuge, mandando que pierda la patria potestad, ya que esa pérdida está instituida como una consecuencia forzosa del divorcio y no como una satisfacción a la vindicta pública, su espíritu es que en todos los casos de divorcio, quede definida la situación de los hijos, y que el cónyuge que haya dado causa para el mismo, pierda la patria potestad, espíritu que es perfectamente aplicable al caso de divorcio previsto en el artículo 268 en el que también uno de los cónyuges lo motiva, y no es admisible que en este último caso, ambos cónyuges conserven la patria potestad de los hijos, ya que el ejercicio de ese derecho sería incompatible con la situación de hecho producida por la sentencia de divorcio; además, el artículo 19 del propio Código Civil, establece que las controversias judiciales deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica, y que a falta de la ley, se resolverán conforme a los principios generales de derecho, por lo que la autoridad judicial obra legalmente al interpretar el artículo 283, en el sentido de

¹⁶² Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: LXVIII, Página: 1012.

*que sus disposiciones deben extenderse al caso de divorcio de que se ocupa el artículo 268, o sea, que se pida el divorcio por el cónyuge demandado en juicio anterior, en el que el cónyuge demandante no justificó su acción”.*¹⁶³

Cabe destacar, que la pérdida de la patria potestad no se contempló como sanción hacia el cónyuge culpable cuando se declaraba procedente la acción de divorcio, pues lo que se contempló fue la necesidad de definir la situación de los menores ante la ruptura del matrimonio, quedando establecida la autonomía de las acciones, aunque es preciso referir que el problema propiamente generado con el decretamiento del divorcio no era de privación de la patria potestad, sino la guarda y custodia, pues no se comprometía en todos los casos de divorcio la integridad del menor al declararse procedente tal acción.

*“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. Es inexacto que se extinga la acción de pérdida de la patria potestad, cuando no se hace valer conjuntamente con la de divorcio, porque las dos acciones indicadas no provienen de una misma causa, y más bien la de pérdida de la patria potestad es consecuencia de la de divorcio”.*¹⁶⁴

Por otra parte, en diversos criterios subsecuentes la Corte igualmente hizo patente la procedencia de la pérdida de la patria potestad como una sanción que debía partir de la base de la conducta reprochable de los padres por comprometer la integridad física o moral de los hijos para que así no todo abandono o exposición de los hijos motivara el decretamiento de tal medida.

“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. El artículo 444, fracción III, del Código Civil del Distrito Federal, establece que la patria potestad se pierde 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 cayeren bajo la sanción de la ley penal. Ahora bien, el hecho de que la persona que ejercía la patria potestad sobre una menor, la hubiere entregado a un matrimonio, no es bastante, en los términos del citado precepto, para sancionarla con la pérdida de esa

¹⁶³ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: LXVIII, Página: 1013.

¹⁶⁴ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: LXXV, Página: 3242.

*patria potestad, si no existe prueba alguna de que por la entrega de la menor, se hubieran comprometido la salud, la seguridad o la moralidad de la misma. Tampoco se está en el caso a que se refiere la fracción IV del mismo artículo 444, que establece que la patria potestad se pierde por la exposición de los hijos por el padre o por la madre, o bien porque los abandonen por más de seis meses. En efecto, la entrega de la menor al matrimonio, en atención a que la persona que ejercía la patria potestad sobre ella no disponía de momento de los medios indispensables para proveer a sus necesidades, no significa la exposición de la propia menor, ni que la misma haya sido abandonada, pues por el contrario, con tal entrega a quienes le procuraban mejor condición de vida, se perseguía temporalmente el bienestar de la persona sujeta a la patria potestad.”*¹⁶⁵

*“MENORES. ABANDONO DE. No es obstáculo para concluir que haya abandono, de menor por quien ejerce la patria potestad, abandono que implica la pérdida de éste derecho la circunstancia de que el otro progenitor provea a la subsistencia y cuidado de dicho menor, pues la situación de desamparo debe juzgarse según la conducta de quien realiza el abandono y con independencia de la actitud del otro progenitor, ya que de otro modo se autorizaría que uno de los padres dejara de cumplir con sus obligaciones, por la mera circunstancia de que el otro sí cumpliera”.*¹⁶⁶

Un aspecto importante que destacó la anterior Sala Auxiliar del Máximo Tribunal en diverso criterio, fue el relativo a que el derecho de la patria potestad ha sido dispuesto en interés del hijo y no de los padres:

“PATRIA POTESTAD. La patria potestad es un derecho relativo concebido y dispuesto en interés del hijo, no del padre. La autoridad judicial deberá intervenir, en su caso, como órgano de control del ejercicio de ese derecho para enderezar la dirección impresa al mismo, aunque no se ponga en duda su mantenimiento, conservando sus prerrogativas, e impedir el mal uso de ellas, reprimiéndolas y, si es posible, previniendo los abusos; "se velará para que la patria potestad no se aparte de su destino, que es el de servir los intereses del hijo, y por ejemplo, los tribunales no admitirán que el padre corte toda relación entre sus hijos con sus abuelos, sin justo motivo, por espíritu de rencor, de malevolencia o de celos; desde este punto de vista y en esta medida, la autoridad judicial conserva su derecho secular de control que le ha permitido poner fin a los abusos y mantener la patria potestad en su papel y en su espíritu”. (Josserand. Derecho Civil. Tomo I, Volumen II, páginas 260 y 289.).¹⁶⁷

La importancia de ese criterio deriva de la reflexión que comparte con la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la patria potestad, ya que si como se afirma en ese criterio el derecho de la patria potestad, está instituido a beneficio exclusivo del hijo; entonces, la privación de tal derecho no puede obedecer sino a razones que apunten a ese mismo interés y por lo tanto, la conducta de los padres

¹⁶⁵ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: LXXXIII, Página: 2627.

¹⁶⁶ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: CXIV, Página: 546.

¹⁶⁷ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Quinta Época, Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: CXVIII, Página: 1053.

queda en segundo plano para determinar una sanción en su contra, ya que lo importante sería el beneficio del menor.

Sin embargo, en diversos criterios de la anterior Tercera Sala de la Corte se privilegió más el aspecto sancionador que conlleva la privación de la patria potestad, que el fin protector hacia el menor, aunque se trate de una medida excepcional, de acuerdo con el siguiente criterio:

“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre los padres, y consiguientemente, las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya quedado probada una de ellas de modo indiscutible se surtirá su procedencia, sin que puedan aplicarse por analogía ni por mayoría de razón, por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores. Por tanto, no comprobado que la madre haya observado costumbres depravadas ni que diera malos tratos a una menor hija, ni que estuviera comprometida la salud y moralidad de la menor, como el nacimiento de un hijo natural de dicha madre no está señalado en la ley como una causa de la pérdida de la patria potestad, este solo hecho no es suficiente para privar a la madre de ella.”¹⁶⁸

Este criterio fue igualmente reiterado esencialmente en la tesis emitida por la misma Tercera Sala de la Corte:

“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. La patria potestad impone a quien la ejerce, obligaciones que cumplir, entre las que figura como principal, la de proveer a la subsistencia de los hijos, y la falta de cumplimiento de los deberes que la ley consagra en protección de los menores, trae como consecuencia, que aquélla la pierda su titular, pues tal privación la impone al que descuida la atención de sus hijos. Cuando el padre no ha cubierto cantidad alguna para el sostenimiento de su hijo ni ha tomado providencias para cumplir sus deberes para con él, revela que no tiene interés por su seguridad ni por su salud y ese abandono puede comprometerlas. No es obstáculo para concluir que hay ese abandono sobre quien se ejerce la patria potestad, abandono que importa la pérdida de este derecho, la circunstancia de que el otro progenitor, haya proveído a su subsistencia y cuidado, pues la situación de desamparo debe juzgarse según la conducta de quien realiza el abandono y con independencia de la actitud del otro progenitor, pues de lo contrario se llegaría a autorizar que uno de los padres dejara de cumplir absolutamente sus obligaciones, por la mera circunstancia de que el otro sí cumpliera con las que le incumben.”¹⁶⁹

Como puede observarse, durante la Quinta Época que inició con la vigencia de la actual Constitución Federal hasta mediados del siglo pasado, el Máximo

¹⁶⁸ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: CXXIII, Página: 2055.

¹⁶⁹ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: CXXX, Página: 691.

Tribunal Federal si bien sostuvo que la naturaleza de la pérdida de la patria potestad debía entenderse en función del interés del menor, también lo es que privilegió el aspecto sancionador de dicha medida respecto de quienes ejercieran la patria potestad y adoptaran conductas negligentes o incluso lesivas que pudieran poner en riesgo la integridad física, mental o moral del menor, por lo que puede concluirse que durante ese período de la jurisprudencia no existió una definición concreta respecto a los fines y el orden de éstos al aplicar la pérdida de la patria potestad, tampoco el interés del menor mereció especial reconocimiento ni definición en la aplicación de esta medida.

Por lo que hace a la Sexta Época de nuestra historia jurisprudencial, ésta no significó una diferencia notable respecto de la época anterior, pues en lo fundamental los criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siguieron ponderando el aspecto sancionador de la medida frente al fin protector del menor.

Cabe destacar, que durante este período jurisprudencial, una de las circunstancias que alcanzaron especial definición fue la relativa a que en los casos de privación de la patria potestad la puesta en peligro de la salud, seguridad o moralidad del menor con el incumplimiento de los deberes para con los hijos, no requirió que se materializara, esto es, que se actualizara el daño en alguno de los aspectos citados para que procediera la aplicación de la medida; por el contrario, fue requisito el que se pudieran comprometer esos valores para que se actualizara la privación, con lo cual no todo incumplimiento motivaba la aplicación de esa

medida y de esta forma también se atendía en cierta medida al interés del menor, tales son los casos siguientes:

“HIJOS, ABANDONO DE. *Para que haya abandono de los deberes de los padres para con los hijos, a causa del cual puede comprometerse su salud, seguridad o moralidad, es necesario que el autor del abandono revele con su conducta su deseo de no prestarles su asistencia y protección, conducta que no puede atribuirse a un padre, cuando no fue por su voluntad sino por decreto judicial que sus hijos salieron del domicilio conyugal; cuando antes de que se fijara pensión, ya había hecho la consignación respectiva por alimentos, y cuando durante el juicio de divorcio se le ha mantenido de hecho alejado de sus hijos, a pesar de sus reiteradas y apremiantes gestiones judiciales para ejercer los derechos de patria potestad, y si a pesar de haber obtenido acuerdo judicial para la restitución de los hijos al domicilio conyugal, hubo expresa negativa de la esposa para ello”.*¹⁷⁰

“CORRUPCIÓN DE MENORES. *El delito de corrupción de menores puede cometerse en las más diversas formas, una de las cuales, la más simple y más frecuente en nuestro medio, es la inducción a la mendicidad, quedando comprendidas en la fórmula "al que procure o facilite la corrupción de un menor de dieciocho años", otras formas más graves. El artículo 202 del Código Penal, sanciona la de emplear a menores en cantinas, tabernas y centros de vicio, por lo que siendo más grave enseñar a delinquir debe punirse con especial energía. La duplicación de las sanciones, la privación de derechos de patria potestad y a los bienes del ofendido a que se refiere el artículo 203 del mismo código, para los ascendientes, padrastro y madrastra, tiene por objeto evitar que contaminen con sus malas costumbres a quienes dependen, material y moralmente, directamente de ellos”.*¹⁷¹

“PATRIA POTESTAD, CUANDO EL PADRE VIVE EN AMASIATO CON OTRA MUJER NO PUEDE DEMANDAR A LA MADRE LA PÉRDIDA DE LA, RESPECTO AL HIJO DE AMBOS. *Si el legislador ha querido proteger a los menores al separarlos de sus padres cuando por la conducta de éstos se afecte su salud, seguridad o moralidad, esta protección se vería frustrada, si se demanda por el padre la pérdida de la patria potestad de la madre, y el menor es incorporado al domicilio del padre, donde vive con otra mujer en amasiato y con quien ha procreado otros hijos, circunstancia ésta que colocaría, además, al menor en situación de desventaja desde el punto de vista afectivo, e inclusive moral frente a sus medios hermanos”.*¹⁷²

“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. *Los elementos de la acción de pérdida de la patria potestad a que se refiere la fracción III del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, son dos, a saber: 1. Que quien ejerce la patria potestad tenga costumbres depravadas, dé malos tratamientos a los hijos o abandone sus deberes para con ellos; y 2. Que por alguno de los supuestos anteriores pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos. Es por ello que, aun comprobado el abandono por parte del padre, tal extremo no siempre coloca a los hijos en peligro de que sean afectadas su salud, su seguridad o su moralidad, por lo que es indispensable no sólo probar el abandono de las referidas obligaciones, sino el segundo elemento de la acción a que se aludió, es decir, el de que como una consecuencia necesaria y fatal, sobreviniese la exposición de los hijos a peligros que comprometieran su salud y su seguridad. Es verdad que no es necesario que el daño en la seguridad o en la salud se ocasione, para que hasta entonces se actualice el supuesto de la fracción III del artículo 444 citado, pues el verbo poder, al utilizarse en pasado subjuntivo expresándose "pudiera", implica un estado de posibilidades o probabilidades, lo que lleva imprescindiblemente a la necesidad de acreditar que en tal*

¹⁷⁰ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: Cuarta Parte, IX, Página: 128.

¹⁷¹ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: Segunda Parte XXVII, Página: 42.

¹⁷² Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: Cuarta Parte XXXVIII, Página: 227.

*estado de posibilidades, los menores estuviesen efectivamente expuestos a los peligros en su seguridad, extremos que, como ya se preciso, deben probarse.”*¹⁷³

“PATRIA POTESTAD Y ALIMENTOS, MALA CONDUCTA DE LA MUJER DIVORCIADA PARA PÉRDIDA DE LA. Aun cuando esta Suprema Corte de Justicia ha venido sosteniendo que el hecho de que una mujer tenga un hijo fuera de matrimonio, no es suficiente para tener por acreditada su mala conducta, el proceder ilícito de una divorciada queda demostrado cuando al acudir ante el oficial del Registro Civil para el registro de su hijo tenido fuera de matrimonio, la mujer manifiesta estar casada con determinado individuo, sin ser esto verdad, señala como su domicilio el mismo de su amasio y se exhibe públicamente en centros de vicio con este u otros varones, ya que es de presumir que las relaciones sexuales de la mujer con su amante se desarrollaron en el domicilio que ocupa con los menores cuya patria potestad ejerce; y esta conducta, como la de exhibirse en centros de vicio con su amante y con otros hombres, indudablemente afecta la moralidad de sus hijos, de modo que para protegerlos debe privársele de la patria potestad, de los hijos habidos durante su matrimonio, por encontrarse justificada la hipótesis a que se refiere el artículo 395 del Código Civil. Por otro lado, las mismas pruebas bastan para retirar la pensión alimenticia que ha venido recibiendo de su ex-cónyuge, puesto que el derecho a recibir alimentos esta condicionado a que la acreedora viva honestamente”.¹⁷⁴

En el caso de la Séptima Época puede decirse que existieron algunas variantes significativas en los criterios que se sostuvieron en las épocas precedentes, por lo que, es oportuno referir que se fueron superando algunas interpretaciones que en materia de divorcio se relacionaban con el tema de la privación de la patria potestad, tales son los casos siguientes:

*“PATRIA POTESTAD. SITUACIÓN DE LOS HIJOS EN CASO DE DIVORCIO. En materia de divorcio el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales sigue un sistema estricto, al considerar la pérdida de la patria potestad como una sanción derivada de la culpabilidad del cónyuge que originó el rompimiento del vínculo matrimonial, y no concede al Juez, ninguna facultad discrecional, para establecer la relación futura de los hijos (artículo 283). En consecuencia, dentro del sistema legal mexicano el juzgador está obligado a determinar la situación de los hijos conforme a las reglas que en forma estricta establece el artículo 283 del Código Civil, porque la pérdida de la patria potestad es un efecto de la acción de divorcio intentada, y la sentencia que decide el juicio, por ministerio de ley, debe fijar la relación futura entre los cónyuges divorciados y sus hijos. En efecto, la disposición del artículo 283 es terminante y ordena que la sentencia de divorcio "fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes: Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable; si los dos fueren culpables quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará tutor.”*¹⁷⁵

“PATRIA POTESTAD, LA PÉRDIDA DE LA, DECLARADA EN UN JUICIO DE DIVORCIO, NO PUEDE CONSIDERARSE COMO PENA IMPUESTA AL CÓNYUGE QUE DIO CAUSA AL

¹⁷³ Ius 2007. Tesis Aislada,. Materia (s): Civil, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: Cuarta Parte, CXV, Página: 63.

¹⁷⁴ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: Cuarta Parte, CXXXVII, Página: 128.

¹⁷⁵ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: 28 Cuarta Parte, Página: 85.

MISMO. La pérdida de la patria potestad declarada en un juicio de divorcio respecto del cónyuge culpable, de ninguna manera puede considerarse como una pena impuesta al consorte que dio causa al divorcio, puesto que de considerarse así, tal sanción afectaría injustificadamente los derechos del hijo, que ninguna culpa tiene de que alguno de los padres haya sido el responsable de la disolución del vínculo matrimonial, pues el menor hijo tiene naturalmente el derecho de convivir en una sociedad matrimonial normal, esto es, constituida por ambos padres, para que los dos le brinden toda la ayuda necesaria, no solo material, sino, fundamentalmente, espiritual, a través del cariño y la ternura indispensables para la mejor dirección del hijo, a fin de que éste pueda cabalmente desarrollarse, perfeccionarse y cumplir su destino. Esta es la razón por la que el legislador, en tratándose de divorcio, en ninguno de los preceptos del Código Civil señala, como pena o sanción, la pérdida de la patria potestad, y sólo dice, en el artículo 283, que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas que da en ese mismo precepto legal. La primera regla para fijar la situación de los hijos, en los casos de divorcio, dice así: "cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedaran bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará tutor". En esta primera regla, el legislador ha estimado que los actos en que se fundan esas causales de divorcio revelan en su autor una conducta que puede deformar moralmente y corromper a los hijos, pues no es sólo su actuación como individuo aislado e independiente, sino también su modo de comportarse como jefe de familia o elemento activo de la sociedad, y teniendo en cuenta que la patria potestad impone a los padres los deberes de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos, instruirlos y representarlos; el padre o la madre que cometen aquellos actos, ofrecen un modelo que pervertiría, viciaría o estragaría las ideas que paulatinamente se fueran formando los menores respecto a la sociedad paterno-filial. Estas son las razones por las que el legislador estima conveniente privar del ejercicio de la patria potestad al cónyuge culpable, pues dichas fracciones del artículo 267 invocado, toman en cuenta la calidad moral del consorte que comete estos actos: el adulterio; la mujer que da a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo; la propuesta o el consentimiento del marido para prostituir a su mujer; la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito; los actos inmorales ejecutados por alguno de los cónyuges para corromper a sus hijos, así como la tolerancia en su corrupción; el abandono de los deberes de padre, manifestado por la separación de la casa conyugal injustificadamente por más de seis meses; haber cometido uno de los cónyuges un delito no político, que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años; y los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal. En todos estos casos, el legislador priva, para siempre, del ejercicio de la patria potestad, al cónyuge culpable, pero tal privación no la hace, se repite, atendiendo a que resultó condenado determinado cónyuge a la disolución del vínculo matrimonial, sino que únicamente declara tal pérdida de la patria potestad en beneficio de los hijos, esto es, con el único fin de proteger su integridad moral y corporal, su educación, instrucción y la formación de su carácter. Tan es así, que en la segunda regla para fijar la situación de los hijos, en el caso de divorcio, expresa el propio legislador que: "cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedaran bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recuperándola el otro, al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor. En los casos contemplados por el legislador en esta segunda regla, ha estimado que los actos que constituyen la causal del divorcio, no son de tal manera graves, que trasciendan en perjuicio de las repetidas integridad moral o corporal, educación, instrucción y formación de los hijos; sino que más bien esos actos que han constituido la causal de divorcio, sólo perjudican al cónyuge inocente, por lo que, al fallecer éste, no existe ningún inconveniente en que vuelva a ejercitar la patria potestad sobre los hijos el cónyuge culpable, teniendo en cuenta la naturaleza de los actos que constituyen esas causales de divorcio y que el propio legislador los hace consistir en: la separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio; la declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga, que proceda la declaración de ausencia; la sevicia, las amenazas o las injurias graves de uno de los cónyuges para el otro; la negativa de los cónyuges de darse alimentos; la acusación calumniosa hecha por uno de los cónyuges contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; y cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro,

un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión. El anterior criterio del legislador, lo confirma el mismo en la regla tercera del citado artículo 283, al disponer que en el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267 (VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio; VII. Padecer enajenación mental incurable), los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.”¹⁷⁶

Como puede advertirse de la comparación de ambos criterios, en el primero de ellos se sostuvo, siguiendo el criterio adoptado en épocas precedentes, que es de observancia estricta, por mandato expreso de la ley, el considerar a la pérdida de la patria potestad como una sanción para el cónyuge que hubiere dado lugar a la disolución del vínculo matrimonial y por otra parte, en el segundo de los criterios citados, se supera esa interpretación por el mismo órgano jurisdiccional, pues estableció que la pérdida de la patria potestad declarada en un juicio de divorcio, no puede considerarse como una pena impuesta al cónyuge que diera lugar al divorcio, sino que tal privación está en función del beneficio de los hijos y con el único fin de proteger su integridad física y moral, así como su educación, instrucción y formación de su carácter, todo lo cual representó, sin duda, una mejor interpretación, pues privilegió en estos aspectos el interés del menor.

Es de hacerse notar que en la época que se examina, también surgieron criterios que propusieron en relación con diversas legislaciones de la República Mexicana sobre el problema de la pérdida de la patria potestad en los casos de divorcio, a manera de ejemplo, podemos citar los siguientes criterios en el cual, se parte de la base de que la privación de la patria potestad no necesariamente debe considerarse una sanción o bien que aún en el caso de serlo, debe ponderarse el interés del menor afectado; de esta manera se apreció el doble carácter que tiene

¹⁷⁶ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: 30 Cuarta Parte, Página: 66.

tal figura jurídica, pero lo más significativo es la posición privilegiada que se dio al interés del menor, tales casos son los siguientes:

“DIVORCIO. PATRIA POTESTAD. SISTEMA ESPECIAL EN EL CUAL SU PRIVACIÓN NO SE ESTABLECE COMO SANCIÓN PARA QUIEN RESULTA CÓNYUGE CULPABLE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE ZACATECAS). En el Código Civil del Estado de Zacatecas, la privación de la patria potestad no se establece como sanción para quien resulta cónyuge culpable en el juicio de divorcio, ya que a diferencia de la generalidad de los Códigos Civiles de la República Mexicana, que coinciden en privar al cónyuge culpable de la patria potestad y concederla al inocente, el referido cuerpo de leyes adopta un sistema especial en ese aspecto, al ordenar que en los casos de divorcio necesario, el Juez determinará previa audiencia del Ministerio Público, de los cónyuges, tíos o hermanos mayores, los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservará cada uno de los cónyuges respecto de la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores y la conservación de su patrimonio; es decir, que independientemente de la culpa de los cónyuges, en el divorcio puede darse el caso de que el Juez prive legalmente de la patria potestad al cónyuge inocente, siempre y cuando para ello se haya sujetado al contenido del primer párrafo del artículo 372 del Código Civil para el Estado de Zacatecas, que literalmente dice: "372. En la sentencia que decrete el divorcio, el Juez determinará los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservará cada uno de los cónyuges, respecto de la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio. Para tal efecto, deberá el tribunal oír al Ministerio Público, a los cónyuges, y en caso de estimarlo necesario, a los abuelos, tíos o hermanos mayores, pudiendo además, discrecionalmente, acordar de oficio cualquiera providencia que considere benéfica para los hijos.".¹⁷⁷

“DIVORCIO. PATRIA POTESTAD. FACULTAD DEL JUEZ PARA OTORGARLA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MEXICO). Aun cuando la generalidad de los Códigos Civiles de la República Mexicana coinciden al privar al cónyuge culpable de la patria potestad y concederla al inocente, el Código Civil del Estado de México destaca un sistema especial, que en ese aspecto se ha singularizado en esta materia, porque conforme al mismo, en los casos de divorcio necesario, el Juez determinará previa audiencia del Ministerio Público, de los cónyuges, tíos o hermanos mayores, los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservará cada uno de los cónyuges respecto de la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores y la conservación de su patrimonio, nada más; es decir, independientemente de la culpa de los cónyuges en el divorcio; o sea, que en esa situación el mismo Juez podrá privar de la patria potestad al cónyuge culpable, pero si estima que es más conveniente que la ejerza éste y no el inocente, o que la ejerzan los abuelos o determinados parientes cercanos, tiene la potestad necesaria para decidirlo así.”.¹⁷⁸

Con posterioridad a esos criterios fue una constante en las resoluciones de la Corte, el ponderar el interés superior del menor, incluso en los casos, en los que debía prescindirse de sanción alguna para cualquiera de los cónyuges asociada a los aspectos de la privación de la patria potestad, esto es, aun ante la ausencia de un conflicto que diera lugar a determinar la culpabilidad o conducta reprochable de

¹⁷⁷ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: 91-96 Cuarta Parte, Página: 27.

¹⁷⁸ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: 97-102 Cuarta Parte, Página: 80.

alguno de los progenitores, siendo el único elemento a considerar el interés y bienestar del menor:

“PATRIA POTESTAD, INTERÉS DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO PARA EL EJERCICIO ÚNICO DE LA. Tratándose de conflicto entre padres por los hijos nacidos fuera de matrimonio, en el que se pide el ejercicio exclusivo de la patria potestad para uno de éstos, cuando vivían juntos y se separaron, en caso de que no se pongan de acuerdo, el Juez deberá tener en cuenta los intereses de los hijos; pero estos intereses no necesariamente se identifican con la capacidad económica de uno de los progenitores para decidir que queden bajo su única patria potestad, sino que en cada caso deben examinarse circunstancias muy diversas, tales como la edad y sexo de los hijos, así como las consecuencias que han existido antes y después del estado de separación, con el objeto de que el juzgador pueda conocer cual de los dos progenitores ha tenido mayor cuidado por ellos, es decir, en que forma directa o indirecta han atendido a la subsistencia y educación de los hijos y en que medida han estado pendientes de su salud y seguridad. No basta que los padres tengan importantes recursos económicos y sociales, si estos recursos no se ponen a disposición de los menores con el objeto de que puedan disponer de una vivienda mejor, de alimentos suficientes para su desarrollo, de servicios médicos y medicinas para cuidar la salud, y de buenas escuelas para que tengan una esmerada educación, pero sobre todo debe tenerse en cuenta cuál de los dos padres tiene mejor conducta para que los hijos puedan tener una sólida y buena moral, ya que la ley se preocupa por el bienestar de los menores, pero no sólo en el orden material, sino fundamentalmente en el orden espiritual. En este orden de ideas, el juzgador debe entender que los intereses de los hijos requieren que la patria potestad se entregue al padre o a la madre que haya demostrado el mayor empeño material y moral por ellos, al que haya estado más pendiente de sus subsistencia, seguridad y educación y al que les presente un ambiente agradable para su formación con el objeto de que su proyección espiritual sea grande, independientemente de su situación social y económica; pero sobre todo, que al hacerse esa designación no se perjudique el estado emocional y afectivo de aquéllos, con el objeto de que no se deteriore su personalidad. Para ello la autoridad jurisdiccional debe examinar objetivamente estas circunstancias, que precisan los intereses de los hijos, para poder designar, en estos casos, cuál es el progenitor que conviene a ellos que ejerza la patria potestad.”¹⁷⁹

Ahora bien, un evento importante en la definición del problema relativo a la privación de la patria potestad en los casos de divorcio se superó con la reforma legal de veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, fecha en la que por virtud de una modificación al Código Civil para el Distrito Federal, se abandonó el sistema de determinación del ejercicio de la patria potestad con base en la culpabilidad o inocencia de los cónyuges en el divorcio, lo cual además implicó mayores facultades para los juzgadores para resolver las cuestiones atinentes a la patria potestad, según se puede desprender del siguiente criterio jurisprudencial:

¹⁷⁹ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: 103-108 Cuarta Parte, Página: 159.

*“PATRIA POTESTAD, DECISIÓN RESPECTO A LA, EN CASO DE DIVORCIO NECESARIO. Conforme al artículo 283, sección primera, del Código Civil para el Distrito Federal, antes de su reforma, la declaración de divorcio sustentada en el artículo 267, fracción VIII, motivaba que la patria potestad quedaría a favor del cónyuge inocente. Sin embargo, con motivo del decreto publicado en el Diario Oficial de veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, que entró en vigor noventa días después, la referida disposición fue modificada y, en esa virtud, fue suprimido el sistema de determinación del ejercicio de la patria potestad sobre la base de la inocencia o culpabilidad de los cónyuges en el divorcio y, en su lugar, se le otorgaron a los juzgadores las más amplias facultades para resolver las cuestiones inherentes a la patria potestad.”.*¹⁸⁰

Es también de citar el siguiente criterio:

*“DIVORCIO, PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES EN CASO DE. EN LA SENTENCIA QUE LO DECRETE DEBE FIJARSE LA SITUACIÓN REFERENTE. Si bien es cierto que de acuerdo con las reformas a las disposiciones de los artículos 283 del Código Civil y 941 del Código de Procedimientos Civiles ambos para el Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, se suprimió la sanción automática indiscriminada de la pérdida de la patria potestad en contra del cónyuge culpable como consecuencia de la sentencia de divorcio, no por ello se privó al juzgador de la obligación de resolver lo conducente en ese respecto, sólo que el resolutor ya no debía limitarse como antaño a decidir automáticamente la pérdida de la patria potestad, sino que de acuerdo con las amplias facultades que se le otorgan, debe fijar la situación de los hijos y resolver todo lo relativo a los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad, a la guarda y custodia de los menores, tomando en cuenta las actuaciones efectuadas, los elementos de prueba aportados y la conducta procesal asumida por las partes en el juicio; de manera que, como consecuencia de la sentencia de divorcio, era obligación del Juez familiar decidir a ese respecto en su sentencia y con tal proceder no incurrió en incongruencia alguna, sino sólo cumplió con la obligación que le impone el aludido artículo 283 y con ello hizo uso, además, de las atribuciones que le otorga tal precepto y el 941 también antes mencionado. Del examen de la demanda formulada por la ahora quejosa, se aprecia que ejerció la acción de divorcio, aunque deficientemente indicó que con todas sus consecuencias legales entre los preceptos del capítulo de derecho, citó el repetido artículo 283; por ello, de conformidad con las atribuciones que concede dicho precepto y con la facultad de suplir la deficiencia de los planteamientos de las partes que establece el artículo 941 del Código Adjetivo Civil, el Juez natural debía fijar la situación del menor hijo de los cónyuges, resolviendo lo relativo a los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad sobre dicho menor y en especial sobre su custodia, sin que con tal proceder incurriera en una incongruencia, como lo consideró indebidamente la Sala responsable en su sentencia reclamada, pues con la decisión de tal aspecto sólo buscó cumplir con una cuestión de orden público, como es tomar las medidas más convenientes para evitar la afectación de los intereses y el bienestar del menor, situación ésta que debe ser de decisión ineludible, de acuerdo con las disposiciones legales multicitadas.”.*¹⁸¹

En los criterios jurisprudenciales que siguieron a dicha reforma se empieza a notar cada vez más una tendencia hacia la ponderación del interés y protección de los menores:

¹⁸⁰ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Séptima Época, Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: 205-216 Sexta Parte, Página: 346.

¹⁸¹ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: 217-228 Sexta Parte, Página: 245.

“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA, POR ABANDONO DE LOS DEBERES QUE COMPROMETAN LA SEGURIDAD DE LOS HIJOS. PARA DECRETARLA, NO BASTA CON QUE EL MENOR PRESENTE DEFICIENCIAS FÍSICAS O SICOLÓGICAS, SINO DEBE DEMOSTRARSE QUE SON CONSECUENCIA DE UNA CONDUCTA INJUSTIFICABLE 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 simples situaciones de hecho. De lo anterior se sigue que no basta con que 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.”¹⁸²

Del criterio anterior se puede advertir que no considera la culpabilidad en sí misma de los padres, sino tan solo el efecto que su conducta pudiera causar al menor, así lo consideraron también en lo sustancial los siguientes criterios que tampoco tuvieron en cuenta la mala conducta de los progenitores o bien la consideraron insuficiente por sí sola para determinar la privación de la patria potestad, y enaltecieron el riesgo que pudiera afectar al menor:

“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. PENSIÓN ALIMENTICIA. EL INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN DE CUBRIRLA SUPONE, POR LO GENERAL, EL ABANDONO QUE DA LUGAR A. La obligación de otorgar una pensión alimenticia, radica básicamente en la necesidad que tiene el menor de ese apoyo para atender a sus necesidades corporales, lo que implica que basta con que se deje de cumplir con esa obligación en forma reiterada por varios años, para que, si no existe algún elemento que explique suficientemente o justifique ese comportamiento, se tenga que concluir que se incurrió en la causal de pérdida de patria potestad consistente en abandonar sus derechos poniendo en riesgo la salud y seguridad del menor.”¹⁸³

Durante la Octava Época, la tendencia señalada por la reforma mencionada continuó orientando en lo fundamental, aunque no en lo absoluto, el sentido de los criterios pronunciados por los tribunales federales, en ese tenor es conveniente destacar que de las causales previstas en la legislación para decretar la pérdida de la patria potestad, la más frecuente, es la relativa al incumplimiento de los deberes alimenticios por parte de los progenitores, cuando a raíz de tal incumplimiento se comprometa la salud del menor:

¹⁸² Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: 205-216 Cuarta Parte, Página: 133.

¹⁸³ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: 217-228 Cuarta Parte, Página: 241.

El criterio a seguir se definió a raíz del pronunciamiento que hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la contradicción de tesis que sostuvieron diversos Tribunales Colegiados de Circuito, y que dio origen a la siguiente jurisprudencia:

***“PATRIA POTESTAD. SE PIERDE SI SE ACREDITA EL ABANDONO DE LOS DEBERES DE ALGUNO DE LOS PADRES, SIN QUE SEA NECESARIO PROBAR QUE EL MENOSCABO EN LA SALUD, SEGURIDAD Y VALORES DEL MENOR SE PRODUZCAN EN LA REALIDAD, PERO DEBEN EXISTIR RAZONES QUE PERMITAN ESTIMAR QUE PUEDEN PRODUCIRSE. (ARTÍCULO 444, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). La patria potestad como estado jurídico que implica derechos y obligaciones para el padre, la madre y los hijos, tiene la característica de ser una institución de orden público, en cuya preservación y debida aplicación de las normas que la regulan, la sociedad está especialmente interesada. La pérdida de este derecho natural reconocido por la ley, entraña graves consecuencias tanto para los hijos como para el que la ejerce, en consecuencia, para decretarla en el caso del artículo 444, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal, tratándose del abandono de los deberes de alguno de los padres, se requiere demostrar tal hecho y valorar las circunstancias en que se presenta para determinar si hay razones que permitan estimar que pueden producirse los resultados lesivos para el menor; es decir, se debe probar la conducta o proceder del progenitor incumplido y razonar los motivos por los cuales puede afectar la salud, seguridad o moralidad de los hijos; sin que sea necesario acreditar que el perjuicio o afectación en dicha salud, seguridad o moralidad del menor se hubiere dado en la realidad, ya que el verbo poder utilizado en pasado subjuntivo en la expresión "pudiera", implica un estado de posibilidades pero no que se hubiere actualizado.”*¹⁸⁴**

Con este criterio se sentó jurisprudencia definida sobre la circunstancia relativa a que la culpabilidad del deudor alimentario era irrelevante sino estaba demostrado que su incumplimiento pudiera haber causado alguna afectación que dañara al menor, asimismo, en complemento de este criterio se emitieron otros que establecían que no todo daño que presentara el menor daba lugar a la privación de la patria potestad, sino que además del daño en sí mismo, debía justificarse su relación de causalidad con la conducta de los padres:

“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA, POR ABANDONO DE LOS DEBERES QUE COMPROMETEN LA SEGURIDAD DE LOS HIJOS. PARA DECRETARLA NO BASTA CON QUE EL MENOR PRESENTE DEFICIENCIAS FÍSICAS O PSICOLÓGICAS, SINO DEBE DEMOSTRARSE QUE SON CONSECUENCIA 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

¹⁸⁴ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia (s): Civil, Octava Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Julio de 1991, Tesis 3ª./J. 30/91 (31/91), Página: 65.

perder la patria potestad, indudablemente previó una conducta culposa e inexcusable y no simples situaciones de hecho. De lo anterior se sigue que no basta con que 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.”¹⁸⁵

Otro criterio que vino a complementar la contradicción de tesis antes mencionada, fue la diversa jurisprudencia por contradicción que en términos similares al criterio inmediato anterior ordenó:

“PATRIA POTESTAD. PÉRDIDA DE LA MISMA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE ALIMENTOS. En la tesis de jurisprudencia número 31/91, intitulada "PATRIA POTESTAD. SE PIERDE SI SE ACREDITA EL ABANDONO DE LOS DEBERES DE ALGUNO DE LOS PADRES, SIN QUE SEA NECESARIO PROBAR QUE EL MENOSCABO EN LA SALUD, SEGURIDAD Y VALORES DEL MENOR SE PRODUZCAN EN LA REALIDAD, PERO DEBEN EXISTIR RAZONES QUE PERMITAN ESTIMAR QUE PUEDEN PRODUCIRSE (ARTICULO 444, FRACCION III DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL)", esta Tercera Sala sentó el criterio de que tal disposición no requiere como condición para la pérdida de la patria potestad la realización efectiva del daño a la salud, seguridad y moralidad de los hijos, sino la posibilidad de que así aconteciera. Ahora bien, dicho criterio debe complementarse con el de que, tratándose de controversias en que se demande la pérdida de la patria potestad con motivo del abandono del deber de alimentos, los jueces, conforme a su prudente arbitrio, deberán ponderar si aun probado el incumplimiento de tal deber, sus efectos pueden o no comprometer, según las circunstancias de cada caso, la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, sin que la sola prueba de tal infracción haga presumir en todos los casos la consecuencia de que se pudieran comprometer los bienes en cuestión.”¹⁸⁶

En tales condiciones es claro que la Octava Época se mantuvo en la tendencia de ponderar la posible afectación al menor, al poderse comprometer valores esenciales como la integridad física, intelectual o moral, sin necesidad de que se actualice ese perjuicio, y por consecuencia se mantuvo la relevancia del interés del menor sobre la eventualidad de determinar la culpabilidad de los progenitores, de ahí que la percepción de la privación de la patria potestad como una sanción para el padre quedó en segundo orden frente al interés del menor.

¹⁸⁵ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia (s): Civil, Octava Época, Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, Junio de 1992, , Página: 399.

¹⁸⁶ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia (s): Civil, Octava Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 75, Marzo de 1994, Tesis 3ª./J. 7/94, Página: 20.

Sin embargo, tal circunstancia cambió notablemente en la Novena Época, en la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió mediante jurisprudencia por contradicción de tesis de diversos Tribunales Colegiados de Circuito, y su posterior modificación, que no era necesario demostrar que el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaría pudiera comprometer la salud, seguridad o moralidad del menor, para que procediera decretar la pérdida de la patria potestad, esto en los términos siguientes:

“PATRIA POTESTAD. PARA QUE PROCEDA DECRETAR SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, NO ES NECESARIO ACREDITAR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE COMPROMETA LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS, NI LA EXISTENCIA DE REQUERIMIENTO JUDICIAL ALGUNO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). La reforma al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial de esa entidad el 25 de mayo de 2000, eliminó como causa de pérdida de la patria potestad el que por abandono de los deberes de los padres pueda comprometerse la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, para incluir la hipótesis relativa al incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria. Ahora bien, si se toma en consideración, por un lado, el principio general de derecho de que donde la ley no distingue el juzgador no tiene por qué hacerlo y, por otro, que la actual redacción de la fracción IV del artículo 444 no exige el acreditamiento de que el abandono de los deberes de los padres, concretamente la obligación de dar alimentos, compromete la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, se concluye que para que proceda decretar la pérdida de la patria potestad por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria no es necesario acreditar tales circunstancias, pues esta causal se actualiza cuando el deudor alimentario deja de subvencionar de manera injustificada las necesidades alimenticias conforme a la periodicidad que le haya fijado el Juez, y repite esta conducta omisiva más de una ocasión, lo que evidencia que dejó de cumplir reiteradamente con tal obligación, sin que para ello sea necesario un requerimiento judicial, dada la necesidad cotidiana de alimentos del acreedor.”¹⁸⁷

“PATRIA POTESTAD. PARA QUE PROCEDA DECRETAR SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, NO ES NECESARIO ACREDITAR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE COMPROMETA LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS, NI EL ESTABLECIMIENTO PREVIO DE PENSIÓN ALIMENTICIA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL) (MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 62/2003). La reforma al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial de esa entidad el 25 de mayo de 2000, eliminó como causa de pérdida de la patria potestad el que por abandono de los deberes de los padres pueda comprometerse la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, para incluir la hipótesis relativa al incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria. Ahora bien, si se toma en consideración, por un lado, el principio general de derecho de que donde la ley no distingue el juzgador no tiene por qué hacerlo y, por otro, que la fracción IV del artículo 444 no exige el acreditamiento de que el abandono de los deberes de los padres, concretamente la obligación de dar alimentos, comprometa la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, se concluye que para que proceda decretar la pérdida de la patria potestad por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria no es

¹⁸⁷ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia (s): Civil, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIX, Marzo de 2004, Tesis 1ª./J. 62/2003, Página: 196.

necesario acreditar tales circunstancias, pues esta causal se actualiza cuando el deudor alimentario deja de subvencionar de manera injustificada las necesidades alimenticias; además de que tampoco se requiere la exclusiva circunstancia de que ante un Juez se haya ejercido la acción de pago de alimentos contra el obligado y que éste deje de pagar reiteradamente la pensión que de manera provisional o definitiva, por convenio, sentencia o cualquier resolución judicial vinculatoria se haya decretado, ya que la norma citada no establece tales condicionantes, en tanto que no alude al incumplimiento reiterado en la obligación de pago de "pensión alimentaria", sino a la "obligación alimentaria inherente a la patria potestad", la cual encuentra su fundamento en el estado de necesidad de una persona que no puede cubrir por sí misma los gastos necesarios para su subsistencia, la posibilidad de otro sujeto de cubrir esa necesidad y determinado nexo jurídico que los une.”¹⁸⁸

Los criterios referidos son coincidentes en estimar que la pérdida de la patria potestad en caso del incumplimiento de la obligación alimentaria, obedece más a una medida sancionadora que a una situación de prevención o protección hacia el menor, esto es, que la ausencia o insuficiencia en la demostración de la causa de justificación para dejar de proporcionar los alimentos era motivo para que operara por vía de consecuencia la sanción hacia el deudor incumplido, sin que para esto se ponderara en forma alguna el interés del menor.

A raíz de la reciente reforma al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de nueve de junio de junio de dos mil cuatro, se estableció en su fracción IV que la patria potestad se pierde por “El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada”.

Lo anterior sólo implica el establecimiento del lapso de duración del incumplimiento de la obligación, pero no implica el abandono o modificación a las ideas que inspiraron a la reforma legal que le precedió, lo cual desde luego lleva inherente el regreso al criterio que atiende más al incumplimiento en sí mismo que

¹⁸⁸ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia (s): Civil, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXI, Abril de 2005, Tesis 1ª./J. 62/2003, Página: 460.

a la afectación del menor y su necesidad de protección, pues no se desprende así de la redacción del numeral citado en la fracción IV.

Además, es también relevante el hecho de que al ser debatida la aprobación de la reforma de que se trata, el legislador sostuvo en la parte considerativa: *“Que la patria potestad es entendida como el conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad, estableciendo dichos derechos como principales obligaciones la de educar a los hijos, alimentarlo el (sic) sentido más amplio que en lo jurídico posee la voz. En tal virtud, el incumplimiento de los padres a todas estas prerrogativas que les da ostentar patria potestad, debe ser sancionado mediante un procedimiento expedito con la pérdida de este derecho en el caso de las fracciones III, V y VI del artículo 444, del Código Civil.”*. Con lo cual el legislador también soslayó que la pérdida de la patria potestad tiene una doble finalidad, la de ser una medida de protección al menor y de manera secundaria una sanción para el progenitor incumplido.

En fecha más reciente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su Primera Sala, emitió la siguiente jurisprudencia:

“PATRIA POTESTAD. PARA PRONUNCIARSE SOBRE SU PÉRDIDA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ES INDISPENSABLE QUE ESTÉ PREDETERMINADO EL MONTO DE LA PENSIÓN RESPECTIVA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004). El citado artículo, reformado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 9 de junio de 2004, sólo prevé que el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada, ocasiona la pérdida de la patria potestad, pero no especifica si dicho incumplimiento debe ser total o si admite un cumplimiento parcial para efectos de analizar la posible pérdida del referido estado jurídico. Al respecto, se advierte que la diferencia entre contar con una pensión determinada (judicial provisional o definitiva, o bien, convenida por las partes) y carecer de ella, estriba en que en el primer caso, el deudor alimenticio tiene la certeza jurídica del monto al cual asciende su obligación, así como los términos y condiciones para cumplirla, al tenor de lo cual resulta

sencillo advertir si en determinada situación el deudor está cumpliendo con su obligación, e incluso, si lo hace de manera total o parcial. En cambio, en el segundo caso es imposible resolver objetivamente si se ha cumplido total o parcialmente dicha obligación, dada la indeterminación del monto de la prestación debida. En consecuencia, para referirse a un "incumplimiento total" o a un "cumplimiento parcial" de la obligación alimenticia, para efectos de pronunciarse sobre la pérdida de la patria potestad, en términos del artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del 10 de junio de 2004, es indispensable que previamente esté determinada la pensión respectiva, pues de otro modo, el deudor alimenticio tendría que realizar labores de ponderación reservadas a la autoridad judicial en caso de conflicto, y ello originaría que aquél fuera juzgado hacia el pasado con base en una obligación determinada a posteriori por el juzgador; de ahí que para calificar el cumplimiento de la aludida obligación sea un presupuesto lógico indispensable conocer su monto."¹⁸⁹

Como puede observarse, este criterio hace una nueva interpretación del actual artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal y al efecto plantea la necesidad de definir con claridad lo que debe entenderse por incumplimiento total y cumplimiento parcial de la obligación alimentaria, esto, en aras de fijar una base cuantitativa de la cual partir para establecer en qué momento el deudor alimenticio incurre en un incumplimiento de magnitud suficiente para que se haga merecedor de ser privado de la patria potestad.

El criterio citado en último término se encuentra complementada con la también jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“PATRIA POTESTAD. EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O INSUFICIENTE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SIN CAUSA JUSTIFICADA POR MÁS DE NOVENTA DÍAS GENERA SU PÉRDIDA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004). De la interpretación histórico-teleológica del citado precepto, reformado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 9 de junio de 2004, se concluye que el cumplimiento parcial o insuficiente de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada a criterio del juzgador, da lugar a que se actualice la causal de pérdida de la patria potestad establecida en la fracción IV del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, pues esa conducta del deudor alimentista es contraria a la finalidad de prevención y conservación de la integridad física y moral de los hijos inmersa en la figura de la patria potestad, ya que los alimentos tienden a la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y éstas se actualizan día con día, por lo que no puede quedar al arbitrio del deudor proporcionarlos por las cantidades y en los tiempos que estime necesarios. Además, de acuerdo con el preámbulo y los artículos 3 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, este país se ha obligado a adoptar las medidas necesarias para proteger el interés superior del niño, en especial por lo que se refiere a la obligación de los padres de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean

¹⁸⁹ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia (s): Civil, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXV, Abril de 2007, Tesis 1ª./J. 13/2007, Página: 264 [Registro Ius: 172,719].

necesarias para su desarrollo. Ahora bien, para determinar en cada caso concreto que el deudor alimentario sólo ha cumplido su obligación de manera parcial o insuficiente, es preciso que esté determinada la respectiva pensión (provisional, definitiva o convenida por las partes), de manera que basta con que el Juez verifique que efectivamente no se ha cubierto su monto total por más de noventa días y que a su prudente arbitrio no existe una causal justificada para ello.”¹⁹⁰

La jurisprudencia anterior, además de reiterar la pertinencia de que exista una definición en cuanto al monto de la obligación alimentaria para establecer el momento en que el deudor alimentario debe ser sancionado, también introduce el razonamiento atinente a que tal definición es necesaria para alcanzar la finalidad de prevención y conservación de la integridad física y moral de los hijos.

En tales circunstancias es evidente que los criterios en comentario, prevén de igual forma a la figura de la pérdida de la patria potestad más como una sanción para el deudor alimentista y no propiamente como una medida de protección para su acreedor, lo cual se deduce de la circunstancia de que el juzgador sólo debe hacer un ejercicio de comprobación, primordialmente de aspectos relativos a la determinación del monto y su cumplimiento satisfactorio por el deudor, así como del lapso en que ha acontecido tal incumplimiento y finalmente a la causa de justificación de tal incumplimiento, pero no se ponderan las posibles consecuencias que pudiera tener la privación de la patria potestad en el desarrollo físico, moral e intelectual del menor, esto es, bien pudiera ser que exista un incumplimiento parcial a la obligación alimentaria en el lapso que marca la ley y que la prueba de la justificación sea deficiente para que se decrete la pérdida de la patria potestad sin que para este efecto se pondere el interés del menor, lo que desnaturaliza los fines de la pérdida de la patria potestad.

¹⁹⁰ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia (s): Civil, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXV, Abril de 2007, Tesis 1ª./J. 14/2007, Página: 221 [Registro Ius: 172,720].

CUARTO CAPÍTULO.

CARGA DE LA PRUEBA Y PODERES DEL JUZGADOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Planteamiento general.- 4.1. Elementos que conforman la patria potestad.- 4.2. Elementos que conforman el ejercicio de la acción de pérdida de la patria potestad.- 4.3. El objeto de la prueba.- 4.4. Concepto de carga de la prueba.- 4.5. Evolución de la carga de la prueba.- a) Derecho Romano.- b) Derecho Germánico.- c) Edad Media.- d) España y la Ley de las Siete Partidas.- e) Revolución Francesa y Código Napoleónico.- 4.6. Reglas para determinar a quien corresponde la carga de la prueba, tratándose de la privación de la patria potestad.- 4.7. El procedimiento probatorio y la regulación de la prueba.- 4.8. Poderes del juzgador en materia probatoria.- 4.9. Facultades para mejor proveer.

Planteamiento general

El presente capítulo tendrá por objeto el análisis de los elementos que conforman el ejercicio de la acción de privación de la patria potestad. Asimismo, se ponderarán las dificultades que en materia probatoria existen en su demostración y el funcionamiento de la carga de la prueba, tanto para el actor como para el demandado. Finalmente, se destacarán las facultades de los tribunales de instancia que en materia probatoria tienen en este tipo de procedimientos.

4.1. Elementos que conforman la patria potestad

Del análisis e interpretación del Capítulo I denominado “De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos”, título octavo, libro primero, del Código Civil para el Distrito Federal y, en particular, de su artículo 414, es posible advertir que la institución de la patria potestad se conforma de elementos de diversa índole.

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

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Esto es, presenta dos elementos estáticos: la titularidad y la potencialidad; y uno dinámico: el ejercicio.

La titularidad, entendida como conexión de un derecho o de una facultad con el sujeto al cual pertenece (derecho civil sustantivo), que en la legislación del Distrito Federal reside en el padre y la madre, así como en los abuelos por ambas líneas; la potencialidad, es el derecho que conservan los abuelos que no han perdido la patria potestad, sino que jurídicamente la desempeñan o dinamizan los progenitores; mientras que el ejercicio es la parte dinámica, el movimiento del derecho a decidir, el poder de decisión a través de la conducción de hechos y actos necesarios para que la patria potestad se haga efectiva y produzca sus fines.

La diferenciación entre estos elementos permite entender que el dinámico es el que, por lógica y siempre que las conductas directas del sujeto que la ejerce (verbigracia, la violencia familiar en contra del menor; el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada; y, el abandono por más de tres meses sin causa justificada), puede dar lugar a que se decrete judicialmente su pérdida; en tanto que la titularidad y la potencialidad, por

su naturaleza, no son susceptibles de generar conductas jurídicas que individualicen las causales de privación de la patria potestad.

4.2. Elementos que conforman el ejercicio de la acción de pérdida de la patria potestad

Los elementos que integran esta acción pueden ser diversos, dependiendo la causal de privación que pretenda actualizarse en el caso a resolver. Además, deben tenerse en consideración las reformas tanto al Código Civil como al de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial de tres de octubre de dos mil ocho, pues tanto la parte sustantiva como adjetiva variaron substancialmente con tal reforma legal, en lo relativo a los aspectos concernientes a la privación de la patria potestad, ya que con anterioridad a la citada reforma legal se podía tramitar de manera autónoma, como acción principal o bien como prestación derivada del ejercicio de la diversa acción de divorcio, en cuyo caso podía quedar condicionada a la procedencia de la acción principal; en la práctica el ejercicio de la acción conjunta de divorcio necesario con la de privación de la patria potestad se presentaba comúnmente cuando se sustentaban ambas reclamaciones en hechos que podían dar lugar, de manera indistinta a la procedencia de ambas acciones y por tanto la prueba de los hechos servía para ambos fines.

Con motivo de la reforma legal a las citadas legislaciones se estableció el divorcio sin expresión de causa, lo que implica que en la actualidad la acción de pérdida de la patria potestad tenga que estar apoyada en hechos propios, ya que no puede constituir una prestación derivada, pues la solicitud de divorcio carece

de sustento en alguna causal, dada la supresión que de éstas hizo el legislador; por tanto, los elementos de la acción de pérdida de la patria potestad deben establecerse conforme a la descripción que de cada causal hizo el legislador.

A continuación se enlista cada uno de los elementos que conforman el ejercicio de la acción de pérdida de la patria potestad de acuerdo a cada fracción del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

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

- a) Que el demandado tenga la calidad de condenado.
- b) Que la condena en el procedimiento judicial se encuentre firme.

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

- a) La existencia de una sentencia firme dictada en un juicio de divorcio.
- b) Que en el procedimiento incidental posterior se resuelva lo relativo a la privación de la patria potestad.

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

- a) Que uno de los progenitores ejerza en contra del menor una fuerza física o moral;
- b) Que esa fuerza física o moral atente contra la integridad física, psíquica o ambas, del menor, independientemente de que pueda producir o no lesiones; y,

- c) Que la violencia familiar sea de tal magnitud que resulte suficiente e idónea para imponer esa sanción.

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

Los elementos que integran el ejercicio de la acción de pérdida de la patria potestad por incumplimiento de la obligación alimentaria en el lapso mayor a noventa días sin causa justificada, pueden dividirse en tres:

- a) El derecho a recibir alimentos por parte del menor;
- b) El incumplimiento del demandado en la ministración de los alimentos; y,
- c) Que la temporalidad en que ocurra el incumplimiento sea mayor a noventa días.

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

a) La existencia de un abandono completo y absoluto de los hijos, comprendiendo la separación física y el abandono de todos los deberes inherentes;

b) Que la temporalidad en que ocurra el abandono sea mayor a tres meses; y,

c) Que el abandono sea sin causa justificada.

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

a) Que el padre o la madre cometan contra la persona o bienes de los hijos un delito doloso; y,

b) Que el titular de la patria potestad reciba una sentencia condenatoria en un proceso penal, la cual debe estar ejecutoriada.

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

a) Que el titular de la patria potestad reciba dos sentencias condenatorias en dos procesos penales diferentes e independientes por diversos hechos, aunque se trate del mismo ilícito; y,

b) Que se trate de delitos graves.

La falta de existencia de alguno de los elementos antes citados, motiva que la acción se desestime, pues no basta que se acredite uno o dos elementos, sino que deben surtirse en su integridad.

4.3. El objeto de la prueba

Como todo procedimiento civil, son los hechos sobre los que han de versar las pruebas.

El artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal establece:

“ARTÍCULO 284.- Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho.”

Por regla general los hechos fundatorios requieren de prueba e igualmente los discutidos por el demandado, por lo que no sobre todos los hechos habrá de

rendirse prueba, esto es, la prueba versará sobre los que exista discrepancia entre las partes, pues aquellos hechos que sean aceptados por las partes quedarán fuera de lo que habrá de ser el objeto de la prueba; también se excluyen los hechos notorios, los imposibles, los notoriamente inverosímiles y aquellos que no formaron parte de los escritos que fijaron la litis, en este aspecto el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, ha establecido:

“PRUEBA, MATERIA DE LA. SÓLO LA CONSTITUYEN LOS HECHOS CONTROVERTIDOS. Conforme al artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, las partes deben asumir la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones. El artículo 278 de tal código faculta al juzgador para valerse de cualquier medio de prueba para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos. El texto de estas disposiciones permite afirmar que la materia de prueba se encuentra constituida solamente por los hechos que aparecen contenidos en los escritos que fijan la litis. Por otra parte, el artículo 81 del propio cuerpo legal previene que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones. En consecuencia, si determinado hecho no fue invocado por las partes, no existe punto fáctico que probar, y aunque con las probanzas aportadas por los litigantes quedara demostrado ese hecho omitido, al no haber sido mencionado en los escritos que fijaron la litis, no es admisible tomarlo en consideración en el pronunciamiento de la sentencia, porque de hacerlo, el fallo sería incongruente y conculcatorio de la última de las disposiciones citadas”.¹⁹¹

Bajo las reglas anteriores opera el ofrecimiento de las pruebas que pretendan aportar las partes al juicio; sin embargo, no se debe soslayar la circunstancia de que el procedimiento en el cual se demande la pérdida de la patria potestad puede afectar a la familia y de manera destacada a los menores, por lo que la regla general puede admitir excepciones, ya que el objeto de la prueba puede ser diverso a los hechos contenidos en los escritos que fijan la litis, pues por lo regular en este tipo de procedimientos no es hecho controvertido el impacto que pudiera tener en el menor la aplicación de la sanción al deudor incumplido, ya que generalmente la prueba radica en los hechos motivo de la causa de privación que se pretende actualizar y, en este sentido, ni las partes, ni

¹⁹¹ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo 22-24, octubre de 1989, Tesis: 14.C/8, página 149 [Registro Ius: 226,529].

el juez allegan pruebas al procedimiento, no obstante que la pérdida de la patria potestad tiene una doble finalidad como sanción y como medida de prevención o protección al menor, pero si no existe prueba sobre este último extremo, es claro que el juzgador estará imposibilitado para hacer cualquier pronunciamiento sobre el interés del menor y sólo podrá motivar la aplicación de la sanción con vista de la causal invocada, es decir, estará restringido para hacer cualquier referencia sobre la repercusión que pudiera tener esa medida en el desarrollo del menor; de ahí que, si las partes no atienden a rendir pruebas con ese objeto, el juzgador debe recabarlas a fin de decidir correctamente la litis planteada, esto atendiendo al interés superior del menor que se puede ver afectado en su desarrollo con la imposición de la sanción consiste en la pérdida de la patria potestad a uno de sus progenitores, pues éste quedará excluido de los aspectos fundamentales de dirección en la formación del menor, tal como lo ha sostenido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia 1ª/ J.97/2009, que establece:

***“PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO CONLLEVA INDEFECTIBLEMENTE IMPEDIR QUE EL MENOR EJERZA EL DERECHO DE CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES. Una de las consecuencias de la pérdida de la patria potestad es que el progenitor condenado no tenga derechos respecto de sus hijos, es decir, la privación de todo privilegio relativo a exigir la obediencia y el respeto de los menores, la facultad de llevar su representación legal, la administración de sus bienes y decidir, participar y opinar sobre asuntos inherentes a su educación, conservación, asistencia, formación y demás relativos a los aspectos no patrimoniales de quien ejerce la patria potestad. Sin embargo, independientemente de las consecuencias apuntadas -que se relacionan directamente con los derechos que otorga al progenitor el ejercicio de la patria potestad-, de ello no se aprecia que su pérdida conlleve indefectiblemente que deba impedirse al menor ejercer el derecho de convivencia con sus progenitores en tanto que, por un lado, ese derecho no es exclusivo de los padres, sino también de los hijos y, por el otro, no todas las causales de pérdida de la patria potestad son de la misma gravedad. En ese orden de ideas resulta indispensable atender al interés superior del menor, para lo cual deben propiciarse las condiciones que le permitan un adecuado desarrollo psicológico y emocional, que en la mayoría de los casos implica la convivencia con ambos progenitores, independientemente de que ejerzan o no la patria potestad sobre aquél; de ahí que el juez de lo familiar habrá de atender a la gravedad de la causal que originó la pérdida de la patria potestad para determinar si la convivencia pudiera importar algún riesgo para la seguridad o desarrollo adecuado del menor, en el entendido de que si determina dicha pérdida pero no del derecho de convivencia, ello obedecerá a que subsiste el derecho del menor a obtener un desarrollo psico-emocional*”**

*adecuado y a que las condiciones particulares así lo permiten, mas no porque el progenitor condenado pueda exigir el derecho de convivencia.*¹⁹²

Cabe destacar, que en la práctica es difícil atender al interés superior del menor, como se pretende en la jurisprudencia transcrita, ya que para considerar adecuadamente a dicho interés superior del menor es necesario que el juzgador cuente con elementos de convicción objetivos que revelen que la aplicación de la privación de la patria potestad redundaría en perjuicio del menor; de ahí que, incluso, no solamente la gravedad de la causal que originó el procedimiento sea el aspecto determinante para decidir si se aplica la privación del derecho de convivencia, sino también es preciso que se aporten elementos de prueba al procedimiento para decidir correctamente tanto los derechos de convivencia, como la privación de la patria potestad en general; sin embargo, la carga de la prueba en estos aspectos no es asumida por las partes, dado que éstas se limitan a tratar de demostrar los hechos constitutivos de sus pretensiones y el juzgador en la mayoría, o más bien en la totalidad de los casos, no recaba pruebas sobre el posible impacto que pudiera tener en el menor la privación de la patria potestad en cualquiera de las causales previstas por el Código Civil.

4.4. Concepto de carga de la prueba

La carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben

¹⁹² Ius 2009. Jurisprudencia por contradicción de tesis, Novena Época, Instancia: Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Enero de 2010, Tesis: 1ª./J. 97/2009. Página 176 [Registro Ius: 165,495].

fundamentar su decisión, derivada de establecer cuál de las partes debió probar los hechos respectivos.

En este sentido es posible señalar que la carga de la prueba:

1. Es una regla procesal obligatoria que:

a) Ante la falta de prueba, le indica al juzgador cómo resolver.

b) Evita la imposibilidad de resolver.¹⁹³

2. Constituye una regla de conducta para las partes, en virtud de que:

a) Les alerta sobre los hechos que les interesa probar.

b) Constituye un derecho, no una obligación.¹⁹⁴

3. Como mecanismo de decisión es una regla de juicio dirigida al juzgador que:

a) Le permite resolver a falta de prueba.

b) Le permite determinar quién debe probar los hechos.

c) Le permite establecer las consecuencias jurídicas de la falta de pruebas.¹⁹⁵

4.5. Evolución de la carga de la prueba

a) **Derecho romano.** En el procedimiento de la *legis actio sacramento* y, en general en el proceso *per legis actionis*, la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes. En este periodo clásico existieron normas que asignaban

¹⁹³ Extracto de la sesión impartida por el magistrado Sergio Pallares y Lara en las instalaciones del Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, Ciclo de conferencias sobre “La Teoría de la Prueba”, México, 2007.

¹⁹⁴ Ídem.

¹⁹⁵ Ídem.

indistintamente la carga, en cada caso, con un criterio práctico de equidad o le dejaban esa tarea al juez a la manera de árbitro. Posteriormente en el derecho justinianeo, surgieron principios generales y, en particular, el fundamental que ponía a cargo de quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho, como base de su acción o excepción, la obligación de probarlo, ya fuera actor o demandado.¹⁹⁶

b) Derecho germánico. En el estudio de los procesos germánicos primitivos no existe acuerdo respecto a quién correspondía probar, pero se admite que ello generalmente estaba a cargo del demandado, porque conocía mejor los hechos, o porque se presumían veraces las afirmaciones del actor, o porque todos los procesos en el fondo eran penales y, por tanto, la prueba incumbía al acusado.¹⁹⁷

c) Edad Media. En virtud de que los juristas de Bolonia reviven el derecho romano, en la Edad Media reaparece la carga de la prueba basada en el principio de que incumbe al actor, pero complementado con el principio que le asigna este carácter al demandado que excepciona. Cada parte debe probar los hechos que afirma, es decir, en los cuales fundamenta su *intentio*, sea que demande o que excepcione; por eso se dice que el demandado, al excepcionar, se convierte en actor, inclusive si se trata de negar un efecto característico de una norma, porque entonces la negación implica la afirmación de otro hecho que debe probarse.¹⁹⁸

d) España y la Ley de las Siete Partidas. La Partida 3ª decía que pertenece la prueba al demandador cuando la otra parte le negare la demanda o

¹⁹⁶ Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ª ed., Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía Editor, 1981, t. I, p. 421.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 422.

¹⁹⁸ *Ídem*.

la cosa o el hecho sobre el que le hace la pregunta, y se exigía la prueba de la negación, cuando entrañaba una afirmación de otro hecho, por lo cual, la ley 2ª, título 14 de la citada partida, habla de cosas señaladas en que la parte que las niega, debía dar prueba sobre ellas. Se da así una correcta interpretación al principio romano *qui dicit non qui negat*.¹⁹⁹

e) Revolución Francesa y Código Napoleónico. El Código Napoleónico introdujo un principio similar: “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”. El sentido es que corresponde probar los hechos constitutivos a quien los afirma, y quien opone otro hecho con el cual pretende extinguir sus efectos jurídicos o modificarlos debe probarlo por su parte.²⁰⁰

4.6. Reglas para determinar a quién corresponde la carga de la prueba, tratándose de la privación de la patria potestad.

Según se aleguen los hechos, la carga de la prueba se determina conforme a las siguientes reglas:

1. Quien afirma debe probar, esto es, el que alega un hecho a su favor o ejercita una acción debe acreditar su existencia. Veamos el siguiente ejemplo de esta regla con vista de una de las hipótesis de privación de patria potestad:

Quien ejercite la acción de pérdida de la patria potestad, con base en el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria por más de noventa días, deberá probar solamente el derecho que le asiste a la ministración de los alimentos; y, por lo que hace al demandado, éste deberá probar estar al corriente en el cumplimiento total de esa obligación en el lapso que señala la ley.

¹⁹⁹ “La prueba incumbe a quien afirma, no a quien niega”. Véase: Devis Echandía, Hernando, Op.cit. pp. 422 y 423.

²⁰⁰ Ídem.

Ello, en razón de que el cumplimiento parcial o insuficiente de la obligación alimentaria sin causa justificada por más de noventa días, motivará la procedencia de la acción.

2. Por otro lado, los hechos negativos no serán objeto de prueba, a menos que la negativa entrañe una afirmación; sin embargo, si el actor tiene una presunción a su favor, no opera la regla de la negativa, pues el demandado debe destruir dicha presunción.

Veamos el siguiente ejemplo:

La parte actora reclama el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada. Por su parte, el demandado niega haber incumplido su obligación de proporcionar alimentos, en este caso estamos ante dos negativas, pero lo relevante es que la segunda negativa, envuelve una afirmación, ya que si niega el incumplimiento, esto tiene inmersa la afirmación de que ha cumplido con su obligación alimentaria y en ese caso deberá demostrar el cumplimiento de dicha obligación.

En efecto, los artículos 281 y 282 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal establecen:

“ARTÍCULO 281.- Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones”

“ARTÍCULO 282

El que niega sólo será obligado a probar:

I.- Cuando la negación envuelva la afirmación expresa un hecho;

II.- Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;

III.- Cuando se desconozca la capacidad;

IV.- Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción”.

Por su parte, la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo:

“PAGO O CUMPLIMIENTO. CARGA DE LA PRUEBA.- El pago o cumplimiento de las obligaciones corresponde demostrarlo al obligado y no el incumplimiento al actor.”²⁰¹

Como puede apreciarse, en términos del artículo 282, fracción I, del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y la jurisprudencia citada, la carga de la prueba correspondería al demandado, dado que la negativa de su incumplimiento entrañaría la afirmación de que cumplió y en tal caso, sólo correspondería a la actora demostrar su derecho a recibir los alimentos reclamados, lo que implica que se trata de un caso en el cual existe una división en la carga de la prueba.

En tal situación, el juez deberá primero comprobar la satisfacción por parte de la actora de la carga de la prueba que le corresponde y una vez hecho esto, procederá a estimar si el demandado cumplió también con la carga probatoria que le asigna la ley; cabe destacar que para realizar tal ejercicio el juzgador debe guardar un orden lógico, pues no podría proceder de manera inversa, esto es, primero verificar la satisfacción de la carga probatoria del demandado y luego la correspondiente a la actora, ya que esto tornaría en inútil su análisis, en virtud de que pudiera acontecer que realizara el examen de todas las pruebas y estimar que son insuficientes para acreditar la satisfacción de la obligación alimentaria por parte del deudor, lo cual sería ocioso si no comprobó en primer lugar el derecho de la parte actora para reclamar los alimentos.

Es claro que si no se demuestra el derecho a reclamar alimentos, es innecesario examinar si el demandado cumplió o no con su carga probatoria, pues

²⁰¹ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, página 261 [Registro Ius: 225,165].

el incumplimiento de la actora de probar su pretensión motivaría por sí sola la absolución del demandado.

Otros problemas que representan mayor complejidad en materia de carga probatoria en el ejemplo que se examina son: el relativo a la demostración del cumplimiento parcial de la obligación alimentaria; y, el relativo a la acreditación de la causa que justifique el dejar de ministrar alimentos en el período que señala la ley.

El primer caso, esto es, el relativo a la demostración del cumplimiento parcial de la obligación alimentaria, tiene una connotación especial, pues bien pudiera suceder que las pruebas aportadas por el demandado resultaran insuficientes para acreditar el cumplimiento total de la obligación alimentaria, y en este supuesto las consecuencias cuáles serían.

El artículo 444, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal establece:

*“ARTÍCULO 444.- La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:
IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada;...”*

El precepto legal transcrito no distingue entre incumplimiento parcial o total, por tal razón debe hacerse una interpretación teleológica del mismo, y en ese orden, el juzgador debe ponderar dos aspectos muy importantes por su trascendencia: si estima que la privación de la patria potestad sólo constituye una sanción para el deudor incumplido, en cuyo caso cualquier incumplimiento amerita la imposición de la sanción; y, por otro lado si estima que la medida establecida en el precepto legal citado, además de una función sancionadora, también tiene una

finalidad preventiva o de protección hacia el menor; entonces, habrá de ponderar a su vez el impacto que tendrá en el menor su aplicación.

Ante tal bifurcación de planteamientos, deberá atender a la finalidad de la norma y estimar el juzgador si el incumplimiento parcial es de tal naturaleza que pudiera comprometer o poner en peligro la salud física o moral del menor, entonces deberá, aplicar la sanción al deudor incumplido, pero si lo anterior no sucede, deberá comprobar si la aplicación de tal medida representa un perjuicio mayor para el menor, ante una posible afectación de su desarrollo emocional por la ausencia del ejercicio de la patria potestad por parte del deudor incumplido, y entonces deberá abstenerse de aplicar la sanción a pesar del incumplimiento.

Esta problemática se ve aumentada en la práctica, porque tratándose de procedimientos en los cuales se demanda la pérdida de la patria potestad por incumplimiento de la obligación alimentaria en el lapso que señala la ley, la litis a decidir por el juez se limita a verificar si existe cumplimiento o incumplimiento de dicha obligación por parte del deudor alimentista; y es en función de esto que se aportan las pruebas correspondientes por ambas partes.

Ahora bien, cabe señalar que conforme al artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el juzgador tiene amplias facultades para intervenir en este tipo de asuntos, pues tal precepto establece:

“ARTÍCULO 941.- El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento”.

Sin embargo, en la práctica es casi nulo el ejercicio de esta facultad, pues por una parte la litis a resolver se basa fundamentalmente en verificar si las partes cumplieron o no con la carga probatoria que les corresponde en los términos señalados y nunca o por lo menos no se ha localizado caso alguno en donde un juez, en uso de la facultad referida recabe pruebas para constatar el cumplimiento total de la obligación alimentaria por parte del deudor, por estimar que ello es necesario para preservar la unidad de la familia y proteger así el interés superior del menor; tampoco se ha localizado algún caso en el que el juez en ejercicio de la facultad mencionada, con independencia de la carga probatoria que asuma cada una de las partes respecto de su cumplimiento o incumplimiento, ya sea parcial o total, adopte la postura de recabar pruebas desde el inicio del procedimiento a fin de conocer las circunstancias que rodean al menor y el impacto que tendría en su normal desarrollo la privación de la patria potestad que llegará a decretar por el incumplimiento alimentario del deudor.

Lo anterior implica que en la realidad, el interés superior del menor en este tipo de procedimientos, no está debidamente interpretado, ni menos aún salvaguardado por las partes, ni por el propio juzgador, porque la forma en que se viene a constituir la litis a resolver, privilegia la carga probatoria de los litigantes con el objeto de comprobar solamente el derecho a recibir alimentos y constatar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación alimentaria por el deudor, en el término legal, pero no el impacto en el desarrollo emocional del menor si el juzgador determina privar de la patria potestad al demandado.

Por otro lado, pudiera pensarse que la privación de la patria potestad por sí misma constituye un perjuicio para el menor, pero esto es sólo una conjetura, pues si bien la privación de la patria potestad constituye una medida de excepción, ya que lo normal es que ambos padres la ejerzan; sin embargo, considero que el juzgador no debe fundarse sólo en una apreciación subjetiva, pues lo correcto en estos procedimientos debiera ser que tanto las partes como el juzgador allegaran también pruebas o datos sobre el posible impacto que pudiera tener sobre el menor la aplicación de la sanción, en caso de ser procedente la acción intentada y entonces el procedimiento no tendría sólo como objetivo, la aplicación o no de la sanción correspondiente, sino también proteger su interés superior ante el riesgo de afectar su normal desarrollo por virtud de la aplicación de la sanción de que se trata.

Así las cosas, la carga de la prueba, sin duda, representa un factor esencial que el juzgador ha de ponderar al dictar sentencia, sin embargo, en los casos en que la sentencia sea condenatoria como resultado del incumplimiento de la carga de la prueba por parte del demandado o incluso de una deficiente justificación del cumplimiento de su obligación alimentaria, quien resiente la afectación no es tan solo el demandado con la aplicación de la sanción, sino también el menor quien en su desarrollo habrá de quedar privado de las decisiones y dirección de uno de sus progenitores e incluso posiblemente de su convivencia.

En este aspecto es oportuno también traer a colación el criterio asumido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sostuvo:

“PATRIA POTESTAD. EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O INSUFICIENTE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SIN CAUSA JUSTIFICADA POR MÁS DE NOVENTA DÍAS GENERA

SU PÉRDIDA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004). De la interpretación histórico-teleológica del citado precepto, reformado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 9 de junio de 2004, se concluye que el cumplimiento parcial o insuficiente de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada a criterio del juzgador, da lugar a que se actualice la causal de pérdida de la patria potestad establecida en la fracción IV del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, pues esa conducta del deudor alimentista es contraria a la finalidad de prevención y conservación de la integridad física y moral de los hijos inmersa en la figura de la patria potestad, ya que los alimentos tienden a la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y éstas se actualizan día con día, por lo que no puede quedar al arbitrio del deudor proporcionarlos por las cantidades y en los tiempos que estime necesarios. Además, de acuerdo con el preámbulo y los artículos 3 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, este país se ha obligado a adoptar las medidas necesarias para proteger el interés superior del niño, en especial por lo que se refiere a la obligación de los padres de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo. Ahora bien, para determinar en cada caso concreto que el deudor alimentario sólo ha cumplido su obligación de manera parcial o insuficiente, es preciso que esté determinada la respectiva pensión (provisional, definitiva o convenida por las partes), de manera que basta con que el Juez verifique que efectivamente no se ha cubierto su monto total por más de noventa días y que a su prudente arbitrio no existe una causal justificada para ello.”²⁰²

Cabe destacar que el criterio sustentado por la Honorable Corte no es del todo acertado, porque si bien es cierto que califica la conducta del deudor alimentista como contraria a la finalidad de prevenir y conservar la integridad física o moral de los hijos, ya que los alimentos tienden a la satisfacción de sus necesidades básicas de subsistencia, también lo es que esto sólo se traduce en una solución parcial, pues únicamente hace esa reflexión con vista a justificar la imposición de la sanción, pero soslaya el aspecto referente al impacto de dicha sanción en el desarrollo del menor, ya que es cierto que los alimentos son necesarios para el desarrollo del menor, pero también es importante que el menor sea orientado por ambos padres y que éstos tengan el poder de decidir sobre los aspectos fundamentales de la formación en que habrá de sustentarse la vida futura del menor; e incluso de convivir con ambos padres; por tanto, estimo que el juzgador debe observar una posición más equilibrada tanto en el procedimiento

²⁰² Ius 2007. Jurisprudencia, Materia (s): Civil, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXV, Abril de 2007, Tesis 1ª./J. 14/2007, Página: 221 [Registro Ius: 172, 720].

como en la sentencia, esto es, ponderando tanto la aplicación de la sanción, como el impacto que pudiera tener ésta en el menor.

El siguiente aspecto relevante que se presenta en el cumplimiento de la carga de la prueba por el demandado, en la hipótesis que se comenta, es el relativo a la demostración de la causa de justificación para dejar de proporcionar alimentos por el deudor en el lapso mayor a noventa días con el objeto de que sea absuelto del reclamo de la parte actora.

En principio, es conveniente precisar, que el cumplimiento de la carga probatoria en el supuesto que se aborda, dependerá de la manera en que la parte actora narre los hechos en que funde su demanda.

En efecto, la petición de pérdida de la patria potestad se encuentra constituida por tres elementos esenciales:

- a) El derecho a los alimentos.
- b) El incumplimiento del deudor.
- c) La ausencia de justificación del deudor para proporcionar los alimentos, en el término que señala la ley.

En relación con el primer elemento, ya se ha comentado que corresponde a la parte actora, referir y demostrar el hecho en que se funda su derecho a recibir alimentos por parte del deudor incumplido, lo cual puede hacerlo mediante cualquiera de los medios de prueba previstos por la ley procesal, pero si se trata de un hijo que ha sido reconocido por el demandado, la prueba idónea será el acta de nacimiento respectiva, cuya copia certificada será expedida por el juez del

Registro Civil correspondiente para que sea exhibida en el juicio, y en caso de que se trate de hijo no reconocido tendrá que aportarse la copia certificada de la resolución judicial firme en que conste la declaratoria de paternidad respectiva.

Sin embargo, tratándose de los elementos restantes en los que la actora ha de sustentar los hechos de su demanda, la carga de la prueba no le corresponde a la demandante, porque los hechos se sustentan en una negativa, y los hechos negativos no son susceptibles de acreditación, salvo que envuelvan una afirmación, lo que no sucede en la hipótesis que se analiza, porque basta que la actora niegue haber recibido alimentos en el término que señala la ley y que no existe causa de justificación para hacerlo por el deudor alimentario, para que le revierta la carga de la prueba al demandado y por ello, deba acreditar que ha cumplido con la obligación alimentaria a su cargo, o que existe una causa suficiente de justificación para haber dejado de ministrar alimentos.

A fin de que el juzgador esté en posibilidad de resolver adecuadamente la litis, la demanda no debe ser oscura o irregular, esto es, que la actora está obligada a identificar desde su escrito inicial el período de los noventa días en los que el demandado incumplió con la obligación alimentaria, pues de no hacerlo provocaría un estado de indefensión al demandado, porque no conocería el periodo de incumplimiento en que se funda el reclamo y por ende se vería imposibilitado para preparar y rendir la prueba en relación a ese periodo.

En este aspecto, resulta oportuno comentar que no obstante la trascendencia que representa el que la actora precise en su demanda el período

que abarque el incumplimiento, en la práctica suele existir omisión. Por ello considero que el juez del conocimiento, en cuanto advierta esta circunstancia debe requerir a la parte actora para que subsane tal obscuridad atendiendo a lo dispuesto en el artículo 257 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece:

“Artículo 257.- Si la demanda fuere obscura o irregular, o no cumpliera con algunos de los requisitos de los artículos 95 y 255, el juez dentro del término de tres días señalará con toda precisión en qué consisten los defectos de la misma, en el proveído que al efecto se dicte. El actor deberá cumplir con la prevención que haga el juez en un plazo máximo de cinco días contados a partir del día siguiente a aquél en que haya surtido efectos la notificación por Boletín Judicial de dicha prevención, y de no hacerlo transcurrido el término, el juez la desechará y devolverá al interesado todos los documentos originales y copias simples que se hayan exhibido, con excepción de la demanda con la que se haya formado el expediente respectivo. La anterior determinación o cualquier otra por la que no se dé curso a la demanda, se podrá impugnar mediante el recurso de queja, para que se dicte por el Superior la resolución que corresponda”.

Además, es claro que el ejercicio de la facultad referida por tal precepto, en un caso como el que se analiza, no implica afectación al principio procesal de imparcialidad ni al de igualdad de las partes, aunque la prevención recaiga en aspectos atinentes a los elementos de la acción y no corresponda al juez perfeccionar la demanda en perjuicio del demandado, pues el procedimiento, dada su naturaleza protectora en beneficio de los derechos de la parte más vulnerable de la sociedad ha de regirse también por el artículo 941 de la ordenación procesal civil local, ya que habrá de decidirse una situación que afecta a la familia y en especial a los hijos menores, razón que justifica la intervención del juez en el sentido que se ha precisado.

No obstante, en la práctica los juzgadores son renuentes a prevenir las demandas para que se subsane ese defecto, tal es el caso que a continuación se refiere y que por su significación resulta oportuno comentar.

Ante el Juez Octavo de lo Familiar del Distrito Federal, se promovió un juicio ordinario en el que se reclamó del demandado, entre otras prestaciones, la pérdida de la patria potestad de una menor con base en el incumplimiento de la obligación alimentaria por un lapso de más de noventa días, omitiéndose en la demanda precisar la fecha a partir de la cual ocurrió el incumplimiento; radicado que fue el juicio con el número 579/2006 y seguido por todas sus etapas, el juez del conocimiento condenó al demandado a la pérdida de la patria potestad, y la Cuarta Sala de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el toca número 302/2007 confirmó tal condena, pero inconforme el demandado promovió juicio de amparo directo en su contra, el cual se radicó con el número D.C. 367/2007 ante el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, quien concedió el amparo y protección de la Justicia Federal por la circunstancia de que no había plena certeza de que el demandado hubiere incumplido con su obligación alimentaria por un lapso mayor a noventa días, ya que aún cuando se advertía cierto incumplimiento; no obstante en la demanda de origen no se precisaba el período respectivo.

En efecto, la sala de apelación para emitir se decisión se fundamentó en lo siguiente:

“...II.- Los conceptos de inconformidad resultan infundados para modificar o revocar la sentencia combatida, en atención a los siguientes razonamientos lógico jurídicos.- El apelante aduce, medularmente, que la sentencia impugnada le causa agravio en virtud de que, la A quo lo condena a la pérdida de la patria potestad que venía ejerciendo sobre su menor hija, fundándose en el artículo 444, fracción IV, del Código Civil, sin que esto sea procedente, toda vez que la propia actora manifestó en su escrito de demanda que en noviembre de 1998, él se fue a vivir a Estados Unidos de Norteamérica de manera ilegal, para buscar trabajo, que le enviaba dinero de manera ocasional, aproximadamente \$600.00 (seiscientos pesos 00/100 M.N.), constituyendo ésta, una confesión expresa que hace prueba plena, manifiesta el inconforme, por ser una actuación judicial, por lo que no puede decirse que el motivo de la separación fuera para abandonar sus obligaciones alimentarias y que haya habido un incumplimiento total al deber alimentario de su parte. Además, agrega, no ha dejado de cumplir con su obligación alimentaria, como se advierte de los billetes de depósito consignados al juzgado, a partir de que la juzgadora fijara la pensión

alimenticia provisional a favor de la actora y su hija.- Al respecto debe decirse que no asiste la razón al impetrante, pues de constancias de autos con pleno valor probatorio al amparo de los artículos 327, fracción VIII, y 403 del Código de Procedimientos Civiles se advierte que la actora demandó entre otras prestaciones, la pérdida de la patria potestad respecto de su menor hija, por incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada, causal prevista en el numeral 444, fracción IV, del Código Civil y acreditó la titularidad de la menor al recibir alimentos con su acta de nacimiento; de modo que de conformidad con los numerales 281 y 282 del Código de Procedimientos Civiles, el demandado tenía la carga de la prueba y le correspondía acreditar que cumplió con sus deberes y obligaciones que como padre le impone la ley hacia su hija.- En esa tesitura, es importante puntualizar que al ser la patria potestad el asunto que nos ocupa, debe tomarse en cuenta que ésta es un estado jurídico que constituye no sólo un conjunto de prerrogativas, sino además establece obligaciones a cargo de los padres y a favor de los hijos, tales como: la educación, conservación, asistencia, protección y alimentación, además de obligaciones de naturaleza ético espiritual, como la dirección, los cuidados y la rectitud de la conducta, de importancia determinante para la subsistencia y desarrollo de los hijos, haciendo que las relaciones entre padres e hijos sean recíprocas y revistan esencialmente un carácter moral y de derecho; dicho estado jurídico tiene la característica de ser de orden público, en cuya preservación y debida aplicación de las normas que la regulan, la sociedad está especialmente interesada. De ahí que el cumplimiento de tales obligaciones no puedan ser sujetas a renuncia o cesación por convenios, entre los progenitores, como lo aduce el apelante y la determinación que el juzgador llegue a tomar al respecto trasciende el deseo o voluntad de los progenitores, pues el interés al satisfacer en esta clase de asuntos es el de la sociedad e incluso el del Estado, que buscan sobre todo, el máximo bienestar de los menores hijos.- Entonces, si la patria potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia, tal protección ha de extenderse o procurarse con mayor razón cuando los padres, quienes están llamados a cumplir con esos deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, se divorcian, como sucede en la especie; de tal modo que en auxilio de los menores ha de intervenir la sociedad y el Estado, lo que se hará en el ámbito jurisdiccional a través de la determinación que tome al efecto el juzgador al momento de dictar la sentencia de disolución del vínculo conyugal. Queda así de manifiesto que la pérdida de la patria potestad en los casos de divorcio, no es una pena que se imponga al cónyuge que dio causa al divorcio, sino una declaración judicial necesaria que debe conceptuarse como una medida de protección del hijo y, por ende, debe ser adoptada en beneficio del mismo, que ninguna responsabilidad tiene en el divorcio de sus padres, y que ante la falta del ambiente matrimonial idóneo para su cuidado, manutención y, principalmente, educación, debe tener garantizado el ejercicio de la patria potestad a fin de que sufra la menor afectación por el rompimiento del vínculo conyugal de sus progenitores. En ese sentido se ha pronunciado la autoridad Federal en la tesis de jurisprudencia de rubro: 'PATRIA POTESTAD. LA DECLARACIÓN SOBRE SU PÉRDIDA IMPUESTA AL CÓNYUGE CULPABLE NO CONSTITUYE UNA PENA O SANCIÓN (CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE CAMPECHE)'. No. registro: 191,492, tesis aislada, materia (s) Constitucional, Civil. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XII, Julio de 2000. Tesis: 2ª LXXIX/2000. Página: 164.- En ese orden de ideas, para analizar si, en el caso que nos ocupa, se actualiza la fracción IV, del artículo 444 del Código Civil que contempla la pérdida de la patria potestad en caso de incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada; es menester considerar el artículo 308 del citado código, que establece los rubros comprendidos en los alimentos, siendo éstos: la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso los gastos de embarazo y parto; respecto de los menores, además los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte y profesión adecuados a sus circunstancias personales; desprendiéndose de dicho precepto que la naturaleza esencial de los alimentos es la de ser permanentes y con el cumplimiento esporádico no se extingue la obligación, mientras subsista la necesidad alimentaria; es un derecho de carácter personalísimo, pues los artículos 303 y 311 del Código Civil disponen que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, y éstos se darán proporcionadamente de acuerdo a la posibilidad del obligado; y no se tendrá por cumplida la obligación de darlos con el hecho de que se otorgue en forma parcial, pues éstos abarcan una generalidad de elementos que son

indispensables para la subsistencia del infante en su desarrollo físico, mental y social; por tanto, como la necesidad de recibir alimentos se genera de momento a momento, porque atañe a la subsistencia y desarrollo del individuo, resulta que su cumplimiento cabal también debe ser periódico e ininterrumpido, ya que de lo contrario existe la posibilidad de poner en riesgo la salud y moralidad del acreedor alimentario, porque es dependiente del cumplimiento de su deudor.- Ahora bien, tenemos que con las pruebas aportadas a juicio por el impetrante no acreditó su cumplimiento al deber alimentario, pues éstas consistieron en: a) Los atestados del Registro Civil, relativos al matrimonio celebrado entre las partes y al nacimiento de la menor en cuestión, documentos que demuestran el acto y hecho ahí asentados y la titularidad de la menor a recibir los alimentos; b) La confesional a cargo de la actora, misma que no le benefició porque todas las posiciones sobre las que versó, se referían al abandono en que éste dejara a su contraria y su hija, y la única posición referente a que “la actora ha recibido por parte del demandado pensión alimenticia para su menor hija”, fue negada por la absolvente; c) La instrumental de actuaciones tampoco benefició al impugnante, pues no acreditó el cumplimiento a su obligación alimentaria; y por cuanto hace a la presuncional legal y humana, es de señalar que la primera de éstas aprovecha a su acreedora en términos de lo dispuesto por el artículo 311 bis, del Código Civil, y la presunción humana que en su favor pudieran generar las constancias procesales, carece de la fuerza necesaria para tener por satisfecho su deber asistencial, pues para ello se requieren pruebas plenas e indiscutibles, al ser los alimentos de orden público.- En consecuencia, al haber valorado en lo particular y en su conjunto el material probatorio ofrecido, de acuerdo a las reglas de la lógica y la experiencia como lo señala el artículo 402 de la Ley adjetiva de la materia, se concluye que no demostró haber cubierto en beneficio de su descendiente, todos y cada uno de los rubros que comprenden los alimentos.- Luego, el hecho de que la actora haya manifestado que el demandado le enviaba de “manera ocasional” \$600.00 (seiscientos pesos 00/100 M.N.), no implica cumplimiento por parte del deudor alimentario, pues éste no lo corroboró con algún medio de prueba, como fue analizado y, se reitera, dicho cumplimiento debe ser continuo, dado que los alimentos de tracto sucesivo, y la necesidad de recibirlos surge de momento a momento, por lo que no puede quedar al parecer del deudor alimentista proporcionarlos por las cantidades que estime necesarias y en la periodicidad que disponga; tampoco puede tomarse en cuenta como cumplimiento a la obligación alimentaria, las cantidades de dinero que mediante billete de depósito consignara el demandado al juzgado de origen, pues ello fue en cumplimiento a lo ordenado por la A quo en auto de fecha nueve de agosto del año dos mil seis (foja 78), al decretar pensión alimenticia provisional a favor de la actora y su menor hija, y la obligación de dar alimentos debe ser cumplida sin necesidad de requerimiento alguno, toda vez que la misma se debe satisfacer en forma continua y puntual, dada la necesidad diaria de alimentos del menor, por tanto, con esa conducta no demostró voluntad de cumplir cabalmente con esa necesidad del acreedor que debe ser satisfecha de momento a momento.- En esa virtud y tomando en consideración que el legislador dentro de la fracción IV, del artículo 444, del Código Civil para el Distrito Federal, dispuso que la patria potestad se pierde por resolución judicial cuando se actualiza el incumplimiento a la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada inherente a la patria potestad, es claro, que su voluntad fue la de establecer la condena a la pérdida de la patria potestad al deudor alimentario que con su conducta omisiva de proporcionar alimentos, en forma injustificada, provoca que el acreedor alimentario deje de recibir los diversos medios que son parte del conjunto de elementos inherentes para su subsistencia física, mental y social; puesto que los alimentos tienden a satisfacer necesidades elementales de subsistencia, que no pueden prolongarse durante muchos días sin la satisfacción necesaria y; es suficiente que el deudor alimentario no haya probado su cumplimiento o el motivo o causa justificada por el que dejó de proporcionarlos, para que se actualice la hipótesis prevista en la referida fracción IV, del artículo 444 del Código Civil; por tanto resulta correcta la determinación de la A quo al condenar a la pérdida de la patria potestad que venía ejerciendo sobre su menor hija.- Cobra vigencia la jurisprudencia emitida por nuestro máximo Tribunal que a la letra dice:- ‘PATRIA POTESTAD. PARA QUE PROCEDA DECRETAR SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, NO ES NECESARIO ACREDITAR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE COMPROMETA LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS, NI EL ESTABLECIMIENTO PREVIO DE PENSIÓN ALIMENTICIA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL) (MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 62/2003). La reforma al artículo 444 del Código Civil para el Distrito

Federal, publicada en la Gaceta Oficial de esa entidad el 25 de mayo de 2000, eliminó como causa de pérdida de la patria potestad el que por abandono de los deberes de los padres pueda comprometerse la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, para incluir la hipótesis relativa al incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria. Ahora bien, si se toma en consideración, por un lado, el principio general de derecho de que donde la ley no distingue el juzgador no tiene por qué hacerlo y, por otro, que la fracción IV del artículo 444 no exige el acreditamiento de que el abandono de los deberes de los padres, concretamente la obligación de dar alimentos, comprometa la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, se concluye que para que proceda decretar la pérdida de la patria potestad por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria no es necesario acreditar tales circunstancias, pues esta causal se actualiza cuando el deudor alimentario deja de subvencionar de manera injustificada las necesidades alimenticias; además de que tampoco se requiere la exclusiva circunstancia de que ante un Juez se haya ejercido la acción de pago de alimentos contra el obligado y que éste deje de pagar reiteradamente la pensión que de manera provisional o definitiva, por convenio, sentencia o cualquier resolución judicial vinculatoria se haya decretado, ya que la norma citada no establece tales condicionantes, en tanto que no alude al incumplimiento reiterado en la obligación de pago de "pensión alimentaria", sino a la "obligación alimentaria inherente a la patria potestad", la cual encuentra su fundamento en el estado de necesidad de una persona que no puede cubrir por sí misma los gastos necesarios para su subsistencia, la posibilidad de otro sujeto de cubrir esa necesidad y determinado nexo jurídico que los une'. No. de registro 178,677, Jurisprudencia. Materia (s) Civil. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXI, Abril de 2005. Tesis: 1a./J. 62/2003. Página: 460.- Por otro lado, como segundo agravio, arguye el apelante que al condenarlo a la pérdida de la patria potestad, la A quo también transgrede el artículo 282, fracción VI, del código en cita, toda vez que no escuchó a su menor hija para tomar su opinión en relación a la pérdida de la patria potestad que éste ejercía.- Atento a tales manifestaciones y al análisis de las constancias, esta Ad quem con la única finalidad de resolver lo más conveniente para la hija de las partes, estimó necesario allegarse de mayores elementos facultada por los numerales 278, 279, 940, 941 y 943 del Código de Procedimientos Civiles, ello motivó la plática que se sostuvo con la menor, el día catorce de marzo del año en curso, en la cual manifestó abiertamente lo siguiente:- 'Que va a cumplir trece años de edad el día seis de abril del año en curso, que estudia el primer año de secundaria llamada "Bernardo Quintana Arrijoa", Técnica número noventa y siete, que vive en la colonia San Juan Xalpa, en la Delegación Iztapalapa, en esta Ciudad, que alrededor de hace dos años que no ve a su papá, de hecho la última vez que lo vio fue la última vez que se fue a Estados Unidos, que a veces chatea con él y que de vez en cuando le habla vía internet, que la regaña mucho incluso cuando habla con ella en internet, que ella se ha dado cuenta de que no manda dinero como antes, porque antes mandaba como tres o cuatro mil pesos y que ahora no manda y que cuando lo hace sólo envía cuatrocientos pesos; que siente que ya no quiere tanto a su papá, que desde que se fue las cosas han cambiado que se apartó mucho, que no se preocupa por ella y que cuando tienen contacto con él a través de internet la regaña o le grita o se desespera y se desconecta'.- Por tanto, se advierte claramente que, se ha desatendido de las obligaciones que tiene con su menor hija, inherentes a la patria potestad, pues en principio, desde hace dos años, como lo manifiesta la menor en cuestión, se fue a Estados Unidos, sin cumplir con sus deberes relativos a la educación, conservación, asistencia, protección, dirección y cuidados de la conducta de su menor hija, de importancia determinante para la subsistencia y desarrollo; así como tampoco ha dado cumplimiento a la obligación alimentaria, como ya fue analizado con antelación.- Por último, al haber resultado infundados los argumentos hechos valer por el inconforme, esta alzada estima procedente confirmar la sentencia combatida.- III.- Tomando en consideración que el presente asunto no se encuentra dentro de los supuestos contemplados en el artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles, no se hace especial condena en gastos y costas.'".

Por su parte, el tribunal colegiado en su ejecutoria por la que concedió el amparo solicitado estimó en lo conducente lo siguiente:

“QUINTO.- Por cuestión técnica, será estudiado en forma preferente el argumento relativo a la violación procesal que señala el quejoso, contenida en el primer concepto de violación, consistente en que a través de un juicio, con la complicidad de las autoridades administrativas, del juzgado de origen, plantearon el emplazamiento como si fuera una orden de deportación, para que lo siguieran extorsionando, con lo que se violó una formalidad esencial del procedimiento que prohíbe el artículo 159, fracción IV, y demás violaciones que se cometieron contenidas en el artículo 161, último párrafo, de la Ley de Amparo.

Previamente, cabe apuntar que el artículo 158 de la Ley de Amparo dispone que el juicio de amparo directo se promoverá en única instancia ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda. De acuerdo con dicho precepto el amparo directo procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, y puede comprender, además de esas violaciones que pongan fin al juicio, de las violaciones que el tribunal responsable cometa en su decisión final y las violaciones a las leyes del procedimiento que se hayan cometido durante la tramitación de la controversia.

Ahora bien, la reclamación de las violaciones cometidas en el curso del procedimiento, está sujeta a requisitos intrínsecos y extrínsecos; los primeros consisten en que las violaciones de que se trate, por sus efectos jurídico-legales, hayan afectado las defensas de la promovente del amparo, y además, hayan trascendido al sentido de la decisión final, y los segundos, que sólo se exigen (con ciertas excepciones) en materia civil, estriban en que dichas violaciones hayan sido impugnadas mediante el recurso ordinario correspondiente, y si fueron cometidas en la primera instancia, se reitere la violación respectiva en el recurso de apelación que se interponga contra la sentencia definitiva de primer grado, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el inciso a) de la fracción III del artículo 107 de la Constitución General de la República y en el diverso numeral 161 de la Ley de Amparo.

Sobre el particular este órgano de control constitucional comparte el criterio sustentado en la jurisprudencia I. 4o. C. J/5, por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la página 961, del tomo III, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1989 del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, que a la letra dice: “VIOLACIONES PROCESALES. REQUISITOS PARA RECLAMARLAS EN AMPARO DIRECTO. Conforme a lo dispuesto por los artículos 107, fracción III, de la Constitución General de la República y 158 de la Ley de Amparo, para que las violaciones a las leyes del procedimiento puedan impugnarse en amparo directo, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos: a) que la violación emane directamente del procedimiento en que se dictó la resolución reclamada; b) que afecte las defensas del quejoso; y c) que trascienda al resultado del fallo. Por tanto, ante la falta de alguno de estos requisitos, la impugnación relativa resulta inatendible”.

En la especie, se aprecia que tales requisitos esenciales no se satisfacen debidamente por el impetrante de garantías, toda vez que la violación procesal que hace consistir el quejoso en un indebido emplazamiento al juicio natural, mismo que se ordenó originalmente el veinticuatro de mayo de dos mil cinco a través de carta rogatoria, por conducto del consulado de Estados Unidos de Norteamérica; ante lo cual, el demandado designó apoderado por escrito presentado el veintiuno de abril de dos mil seis y en ese mismo acto solicitó que se notificara a dicha persona la admisión de la demanda natural, a fin de estar en aptitud de dar contestación a la misma; a dicha petición recayó el auto de veintiséis de abril de dos mil seis, en el que el juez de origen reservó de acordar lo conducente hasta que obrara en autos la carta rogatoria de referencia.

Ahora bien, debe destacarse que este último acuerdo, fue motivo de impugnación mediante el correspondiente recurso de apelación, el cual fue resuelto el cinco de junio de dos mil seis, según el propio promovente lo manifiesta y además esta circunstancia consta en autos, en donde se aprecia que dicha resolución determinó en lo esencial revocar el auto de veintiséis de abril de dos mil seis a fin de que el emplazamiento fuera realizado al demandado a través de su apoderado, por tanto es claro que la infracción a que se refiere el quejoso no le ocasionó ningún perjuicio, pues con el resultado de dicho recurso de apelación el hoy inconforme obtuvo su pretensión de ser emplazado por conducto de su apoderado y por ello es claro que la infracción de la cual se quejó no tuvo trascendencia al resultado final del fallo en su perjuicio.

SEXTO.- Ahora bien, por lo que hace al resto de los argumentos contenidos en los conceptos de violación transcritos son en esencia fundados, como enseguida se demostrará.

Antes de hacer cualquier pronunciamiento respecto de lo argumentado por el quejoso, es pertinente relatar de manera breve los antecedentes procesales del caso sujeto a estudio.

1.- La parte actora, demandó en la vía ordinaria civil, lo siguiente: a) la disolución del vínculo matrimonial; b) el pago de una pensión alimenticia provisional definitiva y de aseguramiento para ella y la menor hija; c) la pérdida de la patria potestad; d) la liquidación y partición de la sociedad conyugal; y, e) el pago de gastos y costas originadas del juicio (foja 1 del juicio 579/2005).

2.- Mediante proveído de veinticuatro de mayo de dos mil cinco, el juez natural del conocimiento admitió la demanda en la vía y forma propuestas; ordenándose emplazar a juicio al demandado (foja 10 del juicio 579/2005).

3.- Por escrito presentado el veintinueve de junio de dos mil seis, la parte demandada, produjo su contestación, por medio del cual acepta la procedencia de las prestaciones a), b) y d), y se opuso a la procedencia de lo demás reclamado (fojas 64 a 60 del juicio 579/2005).

4.- El ocho de enero de dos mil siete, el juez de origen dictó la sentencia respectiva, en la que declaró disuelto el vínculo matrimonial celebrado entre las partes, así como la sociedad conyugal; absolvió del pago de alimentos a favor de la actora; y, finalmente condenó al demandado a la pérdida de la patria potestad y al pago de una pensión alimenticia definitiva a favor de la menor. (fojas 113 a 116 del juicio 579/2005).

5.- Inconforme con la anterior resolución, (el demandado) interpuso en su contra recurso de apelación y éste fue resuelto el dieciocho de abril de dos mil siete, confirmando el fallo de primer grado para quedar en los términos del considerando tercero de este fallo (fojas 28 a 30 del toca 302/2007). Siendo este el acto reclamado en el presente juicio de garantías.

Ahora bien, aun cuando los argumentos contenidos en ambos conceptos de violación, guardan tal unidad temática entre sí por referirse sólo al derecho a la convivencia futura del quejoso con la menor, ya que como primer concepto de violación, el quejoso alega que la autoridad responsable olvidó que tiene el derecho de ver y convivir algún día cuando regrese del Estado de Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica (donde actualmente se encuentra de indocumentado desde noviembre de mil novecientos noventa y ocho), con su menor hija, ya que existía y existe una imposibilidad física de que esté al cuidado y dirección de su menor hija, de lo cual se aprovechó la parte actora, hoy tercera perjudicada, para solicitar que perdiera la patria potestad.

Asimismo, el inconforme solicita el amparo y protección de la Justicia Federal para que se le otorgue el elemental derecho de ver y convivir algún día con su menor hija, por no haberse así determinado tanto por el A quo como por el Ad quem, violando lo dispuesto por el artículo 282, fracción VI, del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal.

Por otra parte, el quejoso expresa como segundo concepto de violación que se le supla en la deficiencia de la queja, en términos del artículo 76 bis fracción VI, de la Ley de Amparo, toda vez que el A quo en el juicio natural en su sentencia violó lo dispuesto por el artículo 282, fracción VI, del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal, al no establecer en la misma el derecho que tiene de visitas y convivencias con su menor hija, y en igual forma lo violó la autoridad responsable señalada como ordenadora, para ese único y solo fin, que es de carácter jurídico, así como también de carácter ético y espiritual, tal como acertadamente lo sostienen los magistrados integrantes de la Cuarta Sala Familiar.

Apoya el anterior motivo de inconformidad en las tesis de rubros: “PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, EL MISMO DEBE SER TOTAL (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN IV, DEL ARTÍCULO 444, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN VIGOR A PARTIR DE JUNIO DE DOS MIL CUATRO.”; “PATRIA POTESTAD, LA AUSENCIA TEMPORAL DE LA MADRE PARA IR A TRABAJAR, NO DA LUGAR A LA PÉRDIDA DE LA, POR EXPOSICIÓN DEL MENOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).”; y, “PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. LA CAUSAL RELATIVA AL ABANDONO DE LOS DEBERES

ALIMENTARIOS DEBE PONDERARSE FORMAL Y OBJETIVAMENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)”.

Sin embargo, procede en el caso suplir la queja deficiente y analizar la legalidad de la determinación relativa a la pérdida de la patria potestad en términos del artículo 76 bis, fracción V, de la Ley de Amparo, pues con la pérdida de la patria potestad pudiera afectarse a la menor de edad, por la gravedad de la sanción trascendental que repercute en los hijos menores, lo anterior de conformidad con la jurisprudencia y tesis que a continuación se citan: Jurisprudencia número Ia./J. 191/2005, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página: 167, del tomo XXIII, Mayo de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que a la letra dice: “MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE. La suplencia de la queja es una institución cuya observancia deben respetar los Jueces y Magistrados Federales; suplencia que debe ser total, es decir, no se limita a una sola instancia, ni a conceptos de violación y agravios, pues el alcance de la misma comprende desde el escrito inicial de demanda de garantías, hasta el periodo de ejecución de la sentencia en caso de concederse el amparo. Dicha suplencia opera invariablemente cuando esté de por medio, directa o indirectamente, la afectación de la esfera jurídica de un menor de edad o de un incapaz, sin que para ello sea determinante la naturaleza de los derechos familiares que estén en controversia o el carácter de quien o quiénes promuevan el juicio de amparo o, en su caso, el recurso de revisión, ello atendiendo a la circunstancia de que el interés jurídico en las controversias susceptibles de afectar a la familia y en especial a menores e incapaces, no corresponde exclusivamente a los padres, sino a la sociedad, quien tiene interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor de edad o del incapaz. Se afirma lo anterior, considerando la teleología de las normas referidas a la suplencia de la queja, a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como a los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, que buscan proteger en toda su amplitud los intereses de menores de edad e incapaces, aplicando siempre en su beneficio la suplencia de la deficiencia de la queja, la que debe operar desde la demanda (el escrito) hasta la ejecución de sentencia, incluyendo omisiones en la demanda, insuficiencia de conceptos de violación y de agravios, recabación oficiosa de pruebas, esto es, en todos los actos que integran el desarrollo del juicio, para con ello lograr el bienestar del menor de edad o del incapaz”; y tesis sustentada por la Tercera Sala de la anterior integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 141, del tomo 109-114 Cuarta Parte, del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, que textualmente establece: “PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. SANCION DE ESTRICTA APLICACION. La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre los padres y, consiguientemente, las disposiciones del Código Civil establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya quedado probada una de ellas de modo indiscutible, se surtirá su procedencia; sin que puedan aplicarse por analogía ni por mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores”.

En efecto, procede analizar si la condena a la pérdida de la patria potestad fue o no debida.

Ahora bien, de acuerdo con la tesis que el propio quejoso cita bajo el rubro: “PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, EL MISMO DEBE SER TOTAL (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN IV, DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN VIGOR A PARTIR DE JUNIO DE DOS MIL CUATRO)”, se advierte que “...la intención del legislador para que proceda la pérdida de la patria potestad por incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada, es que sea total...”.

En ese tenor, es de destacar que con la reforma a que se refiere dicho criterio, es decir, la de nueve de junio de dos mil cuatro, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, correspondiente a la fracción IV del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, artículo en el que fundó la responsable la condena a la pérdida de la patria potestad, el legislador prescinde de un

lapso indeterminado del incumplimiento de la obligación alimenticia de manera reiterada, y establece de manera precisa un lapso mayor de noventa días, en que debe acontecer éste, por lo que deja de ser un elemento discrecional el tiempo en que ocurra la reiteración del incumplimiento en el pago de la pensión alimenticia, siendo ahora los únicos requisitos el que exista un incumplimiento de la obligación alimentaria y que la misma sea mayor a noventa días.

En esa tesitura es claro que para la procedencia de la sanción consistente en la pérdida de la patria potestad en contra del deudor alimenticio por la causa señalada, debe estar probado de manera plena el incumplimiento de sus obligaciones alimentarias en un lapso mayor al tolerado por la ley.

Ahora bien, en la especie ese incumplimiento no se encuentra probado de manera plena, pues del acervo probatorio no se desprende tal certeza.

De los medios probatorios ofrecidos en el juicio destaca la confesional a cargo del quejoso desahogada en audiencia de cinco de diciembre de dos mil seis.

En tal sentido, es de resaltar que las preguntas octava, décima y décima primera consistieron en lo siguiente: “Octava.- Usted le envía a la articulante dinero por concepto de alimentos.- Décima.- Que la cantidad que usted le envía a la articulante es de un mil quinientos pesos de manera semanal.- Décima primera.- Que las cantidades que usted envía son para los alimentos de la articulante y la menor.”

En ese tenor, conforme al principio de derecho procesal consistente en que “el que articula confiesa”, es claro que la demandante admitió en forma expresa los hechos planteados en la posición; lo anterior encuentra apoyo además en lo dispuesto por el artículo 325 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que establece: “Se tendrá por confeso al articulante respecto a los hechos propios que afirmase en las posiciones”.

Sumado a lo anterior, si el demandado, hoy quejoso, fue declarado confeso de tales posiciones, es claro que de ello se desprende la presunción de que ha estado cumpliendo con sus obligaciones alimentarias.

Así las cosas del examen armónico de la confesional citada, se puede desprender: Que existe la presunción expresada por la actora al formular posiciones de que el quejoso ha cumplido con sus obligaciones alimentarias.

Si bien es cierto que existe la afirmación de que a la fecha ha dejado de mandar dinero a sus acreedoras, también es verdad que no hay elementos ni siquiera indiciarios de que tal suspensión en el envío de dinero haya superado el lapso de noventa días exigido por la ley para la pérdida de la patria potestad.

En tales circunstancias es claro que el incumplimiento del quejoso no está plenamente demostrado en los términos pretendidos por la autoridad responsable y en esa tesitura no es procedente la condena en controversia.

Cabe destacar que del contenido de la sentencia reclamada no se advierte que la autoridad responsable hubiera establecido cuál fue el término de noventa días, anterior a la demanda natural, dentro del cual el hoy quejoso hubiera incumplido totalmente con la obligación alimentaria que le corresponde, ya que sólo refiere a un incumplimiento genérico sin temporalidad y por otra parte, de las propias constancias del juicio natural, esto es, de las posiciones que formuló la actora al quejoso, se advierte que ésta acepta que el hoy inconforme ha cumplido regularmente con su obligación alimentaria, según se vio de la transcripción de las posiciones octava, décima y décima primera que se hizo con antelación de modo que no hay base indiscutible para tener por acreditada la causal de pérdida de la patria potestad.

Sirve de apoyo a las consideraciones que preceden la tesis I.8o.C.122 C, sustentada por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, tomo V, Abril de 1997, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de la Novena Época, página: 270, que a la letra dice: “PRUEBA CONFESIONAL. SU EFICACIA PROBATORIA. La prueba confesional sólo tiene eficacia probatoria en contra de la parte absolvente, cuando la misma acepta un hecho que

le perjudica; y en contra de la parte oferente, cuando ésta al articular posiciones realiza afirmaciones que perjudican a sus propios intereses”.

Así las cosas, resulta indebida la condena a la pérdida de la patria potestad decretada por la sala responsable y por ende procede conceder el amparo solicitado para que la autoridad responsable:

1.- Deje insubsistente la sentencia reclamada.

2.- Dicte otra en la que la responsable parta de la base de que no hay plena certeza de que el in conforme haya incumplido con su obligación alimentaria por un lapso mayor a noventa días.

3.- Hecho lo cual resuelva la litis conforme a derecho proceda.

Tomando en consideración que se concede el amparo y protección de la Justicia Federal, respecto del acto reclamado a la autoridad ordenadora, igual pronunciamiento debe hacerse en cuanto al acto reclamado de la ejecutora, de conformidad con la jurisprudencia número 103, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicada en la página 67, Tomo VI, Materia Común, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, cuyo texto en el siguiente: “AUTORIDADES EJECUTORAS, ACTOS INCONSTITUCIONALES DE LAS. La ejecución que lleven a cabo, de órdenes o fallos que constituyan una violación de garantías, importa también una violación constitucional”.

Por otra parte, no pasa desapercibido para este Tribunal Colegiado, que el quejoso hizo valer una diversa inconformidad relativa al derecho de visitas y convivencias con su menor hija; sin embargo, dados los términos de la concesión del amparo, este derecho pudiera ser alterado por la sentencia que se dicte en cumplimiento a esta ejecutoria, por lo que es innecesario hacer en este momento algún pronunciamiento al efecto.”.

Lo decidido tanto por la autoridad de instancia, como por el órgano de control constitucional permite advertir, que si la parte actora en el juicio de origen hubiera precisado el momento a partir del cual ocurrió el incumplimiento de la obligación alimentaria por el demandado, lo más probable es que la litis a resolver hubiera sido distinta, porque el período preciso del incumplimiento es lo que hubiera sido también materia de prueba por el demandado, pero como el juzgador no ejerció la facultad para exigir que se le aclarara la demanda esto tuvo como efecto, que el período de incumplimiento quedara impreciso y motivara, entre otras cosas, que se le absolviera al demandado, pero cabe la siguiente reflexión sobre la forma en que se suplió la queja deficiente.

En el caso no se suplió queja deficiente a favor del quejoso por violación manifiesta de la ley, porque tal suplencia hubiera sido en su perjuicio y no en su beneficio; ya que la ausencia de requerimiento para aclarar la demanda fue en

perjuicio de la actora y no del demandado, quien aún cuando no hubiera contestado la demanda y opuesto excepciones o defensas de todos modos el juez del conocimiento tenía que estimar de oficio los elementos de la acción y de esta forma no podía tenerla por acreditada si el periodo de incumplimiento no había sido definido en la demanda; por otra parte, de analizarse sólo los conceptos de violación la conclusión hubiera sido la negativa del amparo solicitado por no existir el argumento en que se apoyó el Tribunal Colegiado para conceder el amparo; en consecuencia, la suplencia de la queja en el juicio de amparo tenía que hacerse en función de la menor y no del deudor alimentario, que figuró como quejoso, pues se atendió más al impacto que podía tener a futuro la aplicación de la sanción en la menor, que al hecho mismo de la sanción, pues si no se hubiera procedido a suplir la queja en favor de la menor, el resultado hubiera sido diverso, pues como al quejoso ninguna violación manifiesta de la ley se le cometió, entonces debió proponer argumentos lógico - jurídicos contra los fundamentos y motivos de la sentencia reclamada. Esto en razón de que la confirmación de la condena obedeció a que la sala de apelación estimó que se habían acreditado todos los elementos de la acción y por ende correspondía al quejoso demostrar en los conceptos de violación que el reclamo efectuado en su contra era improcedente, porque desde la demanda se había omitido precisar el período de incumplimiento y que esto le imposibilitó para rendir pruebas y desvirtuar el incumplimiento atribuido en el período requerido por la ley, esto es, el quejoso debió en el juicio de amparo impugnar adecuadamente la sentencia reclamada. No obstante, el Tribunal Colegiado no siguió esa postura, pues de hacerlo el resultado hubiera sido, se reitera, una negativa del amparo, por el contrario, fue más allá y actuó en

un sentido diverso, que fue el privilegiar el interés superior de la menor para resolver en el sentido a que se hizo referencia, pues aún y cuanto ésta refirió ciertos desacuerdos con el padre, se advertía en el demandado un interés en conservar la patria potestad, a pesar de la distancia que lo separaba de la menor, pues se encontraba radicando en otro país por razones laborales y no por otro motivo, además, de que se advertía que con cierta frecuencia enviaba recursos para la menor, pero quizás esta forma de resolver no sea la regla que impera en los tribunales en general, porque el legislador ha tergiversado las finalidades que tiene la pérdida de la patria potestad, pues si bien la pérdida de la patria potestad debe ser una sanción para el deudor incumplido, también existe otra que se ha perdido de vista, y que es la relativa a que esa figura jurídica constituye a su vez, una medida de prevención o protección hacia el menor y que de aplicarse deben ponderarse ambas situaciones por el juzgador, pero lamentablemente sólo se ha privilegiado el aspecto de sanción y a esto ha contribuido también la interpretación de los tribunales y en especial la jurisprudencia que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, temas éstos que serán objeto de análisis en el capítulo siguiente.

4.7. El procedimiento probatorio y la regulación de la prueba

En la regulación de la prueba, doctrinalmente rigen dos principios esenciales: el dispositivo y el inquisitivo.

El principio dispositivo tiene dos aspectos: el primero, significa que corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda, determinar su contenido y finalizarlo. El segundo significa que corresponde a las partes aportar y

gestionar las pruebas, sin que el juez pueda ordenarlas de oficio. Tomado en ambos aspectos, significa que corresponde a las partes la iniciativa procesal en general, y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni a establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos.

Conforme a este principio dispositivo, las partes tienen las siguientes facultades:

a) Iniciar y determinar el contenido y objeto del proceso, impulsarlo y ponerle fin. Por ello, el juzgador debe fallar conforme a la litis, respetando el principio de congruencia.

b) Sólo ellas pueden aportar y generar pruebas, de ahí que el juzgador es un simple espectador.

El principio inquisitivo, a diferencia del dispositivo, le da al juez, por un lado, la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que ellas le lleven o le pidan; y, por otro lado, lo faculta para dirigir el proceso con iniciativas personales.

En consecuencia, conforme al principio inquisitivo, el juzgador tiene las siguientes facultades:

a) Impulsar el procedimiento.

b) Libertad de valoración de las pruebas.

c) Facultad oficiosa de investigación y de prueba.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal admite ambos principios por lo que ninguno es exclusivo y para esto basta referir que tanto el juez tiene determinados poderes como son, entre otros, las diligencias para mejor proveer, resolver cuestiones no planteadas en la demanda; y por otro lado, reserva a las partes para ejercitar determinados actos en el procedimiento como el relativo a la formulación de la demanda, ponerle fin al procedimiento mediante el desistimiento e incluso renunciar a algunos derechos procesales; por tanto, no se atiende a un solo principio en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

4.8. Poderes del juzgador en materia probatoria

Al juzgador le compete desempeñar una función de director en el proceso, por ello cuenta con poderes jurisdiccionales, de conocimiento, de decisión, de documentación, de prueba, de ejecución y de sanción.

Para efectos de esta exposición, únicamente analizaremos los poderes del juzgador en materia de prueba. En tal sentido y de acuerdo con la legislación procesal civil del Distrito Federal, el juzgador debe:

- Tomar una participación inmediata en el proceso durante la etapa probatoria, conforme al artículo 60 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que señala:

“Artículo 60. Los jueces y magistrados a quienes corresponda recibirán por sí mismos las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba bajo su más estricta y personal responsabilidad.”

- Tomar la decisión de apertura de un proceso a prueba, conforme al artículo 277 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que señala:

“Artículo 277. El juez mandará recibir el pleito a prueba en el caso de que los litigantes lo hayan solicitado, o de que él la estime necesaria. Del auto que manda abrir a prueba un juicio no hay más recurso que el de responsabilidad; aquél en que se niegue, será apelable en el efecto devolutivo.”.

- Hacer uso de sus facultades investigatorias de la verdad, sin suplir la negligencia probatoria de las partes conforme al artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que señala:

“Artículo 278. Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquiera cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral.”.

En cuanto a las pruebas ofrecidas por las partes, el juez no tiene facultades ilimitadas de admisión de pruebas pues, como se indica en el precepto reproducido, se marcan dos límites a la facultad del juzgador: que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral.

4.9. Facultades para mejor proveer

Las diligencias para mejor proveer son aquellos actos de instrucción realizados por propia iniciativa del órgano jurisdiccional conforme a sus exclusivas facultades, con el objeto de que dicho órgano pueda formar su propia convicción sobre la materia del litigio, cuya fundamentación descansa en el artículo 279 del Código Procesal Civil para el Distrito Federal; esto es, que cuando el juez al examinar tanto la acción como las excepciones hechas valer por las partes y las pruebas aportadas por éstas, llegare a estimar que no está perfectamente esclarecida la verdad sobre hechos pertinentes, influyentes o convenientes para la

decisión del negocio, podrá decretar diligencias para mejor proveer a fin de determinar sobre los derechos cuestionados; pero sin que esas diligencias sustituyan propiamente la pretensión de una de las partes, o que con las mismas se remedie el descuido de una de ellas; pues es inexacto que el Juez sin ninguna limitación esté facultado conforme al artículo antes invocado para decretar pruebas para mejor proveer, ya que dicho precepto determina esas diligencias de que se puedan valer jueces y tribunales, para esclarecer el derecho de las partes, a partir del cumplimiento previo de sus obligaciones básicas, lo que implica, indudablemente, limitaciones a las facultades de que goza sobre ese particular el órgano jurisdiccional.

Así, el artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, otorga al juzgador la facultad de allegarse elementos de prueba para el conocimiento de la verdad y desde luego sólo sobre los puntos cuestionados. Así, el precepto en comento señala:

“[...] Los tribunales podrán decretar en todo tiempo sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquiera diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en todo su igualdad.”(El subrayado es nuestro).

Como se puede observar, la primera parte del artículo transcrito otorga facultad al juzgador, en materia de prueba, de allegarse otros elementos que las partes no hayan puesto a disposición de él o bien, ampliar aquéllas que le fueron ofrecidas, todo con la finalidad de esclarecer el conocimiento del asunto y encontrar la verdad. Cabe destacar que el artículo 279 mencionado, autoriza a los Tribunales para decretar esa clase de diligencias en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio.

De igual forma, la segunda parte del artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, autoriza al juez para que, en la práctica de las diligencias que decreta para mejor proveer, obre como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas; lo que quiere decir que el juzgador no está obligado a proceder observando las formalidades establecidas para la práctica de las pruebas que son ofrecidas por las partes, pues en este caso, sólo debe oír a las partes interesadas, y tratarlas con igualdad.

La doctrina mexicana, sobre este particular ha expuesto tres puntos de vista, a los que habremos de referirnos:

1°. La administración de justicia en los asuntos privados, procede solamente a instancia de parte, de ahí que el juzgador no pueda corregir los errores u omisiones en que ellas incurran.

2°. La conciencia del juzgador como órgano del Estado lo obliga a investigar la verdad de los hechos, y como no podría resolver en conciencia por la deficiencia de las pruebas aportadas por las partes, puede decretar aquéllas que estime necesarias, siempre y cuando no se trate de diligencias para mejor proveer prohibidas por la ley o que sean contrarias a la moral y sin substituirse en las cargas que les corresponde a las partes.

3°. La práctica de diligencias de esta naturaleza sólo podrá hacerse cuando la ley lo faculte expresamente. Este punto de vista puede considerarse como intermedio entre los dos primeros.

Ahora bien, cabe destacar que la práctica de diligencias para mejor proveer regulada por el artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito

Federal, constituye una facultad potestativa de las autoridades de instancia y no una obligación, por lo que si éstas no decretan la recepción de una determinada prueba para mejor proveer, ello de ninguna manera puede resultar conculcatorio de las garantías individuales, precisamente por constituir una facultad potestativa que tiene el juzgador para ordenar ese tipo de diligencias y no una obligación.

Pero al margen de la disposición citada, en un procedimiento en los que deba afectarse a la familia o a los menores el juzgador puede actuar de oficio, esto es, el juez está dotado de amplios poderes en materia probatoria y esta facultad obviamente está concedida en función de la actitud protectora tanto de la familia como de los menores, que ha de observar en todo momento, tanto en la etapa de la substanciación del procedimiento como en la del dictado de la sentencia, lo anterior de conformidad con el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Incluso en recursos extraordinarios como el juicio de amparo, el juzgador procede de forma distinta a los casos ordinarios en materia civil, lo anterior de conformidad con la siguiente tesis:

“DEMANDA DE AMPARO INDIRECTO. ES INCORRECTO TENERLA POR NO INTERPUESTA DE INMEDIATO SI LA PARTE QUEJOSA NO CUMPLIÓ CON UNA PREVENCIÓN, CUANDO EL ACTO RECLAMADO VERSA SOBRE ALIMENTOS. El artículo 146, párrafos primero y segundo de la Ley de Amparo establece el procedimiento a seguir por el Juez de Distrito cuando advierta irregularidades o deficiencias que pueda presentar la demanda de amparo indirecto, en cuyo caso deberá prevenir al promovente para que las subsane y, de no cumplirse ese requerimiento se tendrá por no interpuesta la demanda de amparo; pero tal sanción se impone de inmediato sólo cuando el acto reclamado afecte únicamente el patrimonio o derechos patrimoniales del quejoso. Sin embargo, cuando el acto reclamado versa sobre alimentos, los derechos afectados no pueden catalogarse como exclusivamente patrimoniales, toda vez que por éstos se entiende el conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración pecuniaria, y los alimentos, si bien pueden valorarse en dinero, también lo es que en el fondo involucran intereses de otra índole, como lo es el orden público en lo concerniente a su cumplimiento y su inembargabilidad; asimismo, el referido orden público y las demás prerrogativas que involucran los alimentos en su aspecto de derecho familiar están fuera del comercio, por lo que en la realidad, ni acreedor ni deudor alimentistas están vinculados por razones exclusivamente patrimoniales, al no poder disponer del derecho a su libre albedrío, todo lo cual hace patente que se está en presencia de disposiciones normativas complejas. Por tanto, en estos casos, si la parte quejosa no cumple con una

prevención decretada por un Juez Federal, no es legal tener por no interpuesta la demanda de inmediato, sino que debe seguirse el procedimiento previsto en el párrafo tercero del numeral 146 de la ley de la materia, dando vista por veinticuatro horas al Ministerio Público y, en razón de lo que exponga, determinar lo que en derecho proceda.”²⁰³

En este aspecto, debe destacarse, que el juez no debe confundir el acto de incumplimiento en que se funde la privación de la patria potestad, con el incumplimiento de pago de una obligación común civil de pago de pesos, sino debe estimar, tanto la imposición de la sanción al deudor incumplido como la repercusión de esta medida en el desarrollo del menor, pues la privación de la patria potestad tiene un doble propósito, la sanción y la protección al menor y por tanto el juzgador debe ejercitar sus poderes en materia probatoria fundamentalmente tratando de proteger el interés superior del menor, allegándose todas aquellas pruebas que le permitan apreciar tanto la magnitud del incumplimiento como el impacto que tendrá en el menor la aplicación de la sanción al deudor alimentario.

²⁰³ Ius 2007. Tesis aislada, Materia (s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XII, Octubre de 2000, Tesis I.11°C.3 C, página: 1287 [Registro Ius: 191,037].

QUINTO CAPÍTULO.

SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”

Planteamiento General.- 5.1 Antecedentes. Derecho positivo.- 5.2. La naturaleza histórico-cultural de la noción.- 5.3. Qué es el “interés superior del menor”.- 5.3.1 En general.- 5.3.2. Algunas referencias jurisprudenciales, opiniones doctrinales y la definición legal de interés superior del menor.- 5.4. Determinación del interés del menor in concreto.- 5.4.1. Concreción objetiva: interés en abstracto/interés en concreto.- 5.4.2. Quién decide cuál es el interés superior del menor.- 5.4.3. El juez, intérprete del interés del menor.- 5.4.4. El interés superior del menor y el principio de congruencia. 5.5. La opinión y la voluntad del menor en relación con su interés.- 5.5.1. Audiencia del menor conforme a los tratados internacionales.- 5.5.2. Audiencia del menor conforme al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles.- 5.5.3. La garantía de audiencia constitucional y la protección del derecho de audiencia del menor en el proceso.- 5.5.4. Relevancia de la voluntad del menor, revelada al ser oído.

Planteamiento general

Entre los objetivos principales, figura el análisis de la noción “interés superior del menor”, presente en todo discurso público referido a la infancia y fundamento obligado en los pronunciamientos judiciales que se relacionan con la persona del niño. El “interés superior del niño” forma parte de las llamadas “nociones-marco”²⁰⁴, particularmente frecuentes en el derecho de familia. Con su introducción, se produce una autolimitación del Poder Legislativo, pues se deja en manos del juzgador tomar la decisión sobre lo que debe ser más conveniente para el menor, de acuerdo con la información que surge del caso concreto, o sea, conforme a las circunstancias de hecho, de lugar y de tiempo. De alguna manera el propósito es ofrecer un espacio abierto y flexible al juez para legitimar la autoridad de la decisión judicial.

En este capítulo, la investigación comprenderá el análisis de los distintos ordenamientos legales respecto del significado y alcance que tiene la expresión

²⁰⁴ Pousson, Jacqueline y Alain, *L’Affection et le droit*, Ed. du CNRS, Paris, 1990, p. 70.

“interés superior del menor” y por ende, la tutela de los derechos de éste en la Constitución y las leyes secundarias.

De igual forma se analizará la interpretación y alcance que los Tribunales Federales han emitido sobre la tutela del interés superior del menor, y con esa base se procederá a demostrar lo erróneo que resulta en la actualidad considerar a la privación de la patria potestad sólo como una sanción, prescindiendo de su diversa finalidad que es también la de una medida de prevención o protección del menor, y que quizás sea la más relevante precisamente por atender al interés de éste y a las consecuencias que genera la privación de la patria potestad, tanto para el menor, como para quien ejercerá la patria potestad y también para quien fue privado de ella.

Merecen especial comentario las consecuencias para quien fue privado de la patria potestad, como es la subsistencia de algunos derechos y obligaciones que permanecen inalterados.

5.1 Antecedentes. Derecho positivo

Conocida es la relevancia que el derecho ha dado a los menores en décadas recientes -como ya se ha visto en los capítulos anteriores-, como resultado y expresión de una sensibilidad nueva de la sociedad en esta época, que en el orden jurídico se ha traducido en una potenciación de los valores personales y del niño²⁰⁵, en contraste con lo que ocurrió en otros tiempos no tan lejanos, por ejemplo, las reformas al Código Civil en los años dos mil a dos mil cuatro, de Convenios y Tratados internacionales sobre derechos fundamentales

²⁰⁵ La doctrina italiana habla a este respecto de la “*despatrimonialización*” del Derecho civil, por mor de la incidencia de la exaltación de los valores personales: Cfr. C. Donisi, “*Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*”, en *Rass. Dir. Civ.*, 1980, pp. 644 y ss.

ratificados por México, los que han reflejado en nuestro ordenamiento sustantivo civil esa sensibilidad e introducido en el articulado de ese Código (en filiación, patria potestad, adopción, tutela) referencias concretas al interés superior del menor (considerado como hijo, adoptado, tutelado, etcétera).²⁰⁶

Ciertamente, no podía ser de otro modo en el orden jurídico, pues nuestra Constitución Federal no sólo garantiza la protección integral de los hijos y obliga a los padres a prestarles asistencia de todo orden (artículo 4), en igual sentido los diversos instrumentos internacionales ratificados por México, recogen en sus textos especiales pronunciamientos sobre la necesidad de protección de los menores, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Nueva York, 10 de diciembre de 1948) y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966) hasta el Convenio sobre Derechos del Niño (Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989), que junto a pronunciamientos más generales destaca el “interés superior del niño” y el compromiso de los Estados miembros para “asegurar a los niños toda la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar” (artículo 3); amén de otros convenios que hacen directa referencia al menor.

5.2. La naturaleza histórico-cultural de la noción

Detrás de la valoración circunstanciada de cuál es “el interés del menor” subyacen las creencias generales sobre lo que es beneficioso para la infancia. Se vislumbran aquí las dos caras indisolubles de la noción, esto es, tanto su

²⁰⁶ En términos semejantes ha ocurrido en otros países y ordenamientos. Véase, a título de ejemplo, la referencia y comentario de Manai, Dominique, “Le status de l’enfant á la lumière du droit aux relations personnelles”, *Revue de Droit Suisse*, I, 1988, pp. 309 y ss.

connotación social como su dimensión individual y singular. Cada época y cada cultura define qué es lo mejor para la niñez en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales. La pauta, pues, es una construcción sujeta a singularidades históricas, culturales e, incluso, regionales.

Por consiguiente, en las decisiones es necesario articular dos aspectos. Por una parte, los jueces y funcionarios deben tener en cuenta, al apreciar el interés del menor, los usos y costumbres propios del medio social y cultural en que se ha desenvuelto habitualmente, pues es deber del Estado y de la sociedad respetar la identidad y la pluralidad cultural; por la otra, este relativismo cultural, que exige aceptar las diferencias, no puede servir de escudo para tolerar interpretaciones que signifiquen una vulneración de la dignidad que pertenece a los niños como seres humanos y que afectan sus derechos consagrados en instrumentos de jerarquía constitucional.

Así, en la valoración de cuál es el mejor interés del niño juegan también los valores y tradiciones de cada país.

5.3. Qué es el “interés superior del menor”

5.3.1 En general

La idea de interés o beneficio superior del menor -podría decirse de cualquier persona, pero especialmente de él- no es absoluta, sino que varía según la evolución de la vida social y sus valores preponderantes en un sistema de organización social y jurídica determinada, y según el lugar, el tiempo, las tradiciones y las costumbres. Esto obligará a tomar en consideración, al momento de valorarlo, las convicciones y la sensibilidad del grupo social y del *hic et nunc* correspondiente, con ayuda de datos y criterios sociológicos, psicológicos, éticos y

demás (metajurídicos todos ellos). Ese relativismo se multiplica si de la noción abstracta del interés del menor pretendemos pasar a expresarla en términos (jurídicos u otros) más concretos o descriptivos: entonces aparecen perspectivas y opiniones diversas. Creo, en todo caso, que hay que intentar alguna precisión, partiendo del objetivo fundamental referido al cuidado de las condiciones que garanticen el desarrollo óptimo del menor tanto en su salud física, como moral e intelectual.

En lo que corresponde al “interés en abstracto”, “interés en concreto”, puede afirmarse que no es posible, en términos generales, determinar en abstracto cuál sea efectivamente el interés del menor, y que será inevitable remitirse al caso particular, esto es, al supuesto concreto del menor de que se trate y a sus circunstancias personales (*per se* y referidas a la familia en que vive y personas con quienes tiene que relacionarse): es evidente que lo que puede interesar a un niño determinado puede no convenir a otro, y en cuanto al mismo menor unas circunstancias personales u objetivas cambiantes o distintas pueden determinar intereses también diversos.²⁰⁷

Por lo demás, debe convenirse que son premisas iniciales de cualquier consideración sobre el interés del menor como idea rectora las siguientes: a) el menor es ante todo una *persona* con circunstancias especiales, en su acepción más trascendente; y, b) además, es una realidad humana en devenir.

En el primer aspecto, su aparente obviedad nos conduce, sin embargo, a una afirmación fundamental: el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos

²⁰⁷ Cfr. M. Dogliotti, “*L’interesse dei figli nella separazione*”, *Il Diritto de Famiglia e delle Persone*, 1990-I, p. 224.

de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad.²⁰⁸

El segundo aspecto -el menor como realidad humana en devenir- obliga a pensar más en el futuro del menor que en su presente, y a concretar esos derechos fundamentales en el importantísimo (para él) libre *desarrollo* de su personalidad en su proyección multidimensional. Hace años lo vio así Hegnauer cuando, con referencia al Derecho suizo, precisó que el interés del menor aspira a asegurarle un desarrollo óptimo de su personalidad en una situación concreta, desarrollo que comprende todas las proyecciones de su personalidad: afectiva, intelectual, corporal, social y jurídica.²⁰⁹

Volviendo al primer aspecto -el menor como persona con circunstancias especiales-, no parece que sea necesario justificar detenidamente o insistir mucho en que el interés primordial del menor consiste en la garantía de sus derechos fundamentales: la dignidad de su persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad, a lo que nada se le puede añadir aquí, salvo hacer remisión a los especialistas y bibliografía oportuna en estos temas. Su inteligencia y contenido o ejercicio, aun siendo en principio comunes para todo ciudadano, pueden ser distintos aquí en muchos casos respecto de los que corresponden a la persona adulta (piénsese, por ejemplo, en

²⁰⁸ Véase Dogliotti, “*Intervente del giudice e diritti di minori*”, *Dir. Fam. e pers. cit.*, 1982, p. 128.

²⁰⁹ “*Das Familienrecht*”, en el *Berner Kommentar*, Berna (Staempfli), 1964, *ad art.* 283, n. 67.

ciertas libertades públicas). Algunos merecen incluso una atención particular del legislador si se refieren a un menor, como es el caso de la concurrencia a determinados lugares de diversión.

Si desde un punto de vista jurídico-formal puede bastar inicialmente el identificar el interés del menor con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad, en cuanto su respeto garantiza una protección suficiente al menor, desde un punto de vista humano, especialmente relevante aquí y tratándose de un niño, parece que no pueda prescindirse de alguna referencia a la felicidad y bienestar personal de ese menor, al equilibrio emocional y afectivo, que tanto pueden contribuir (positiva o negativamente) a la formación y desarrollo de su personalidad: porque ni el interés (del menor) ni la personalidad son algo abstracto o aséptico, sino que se refieren a una realidad humana concreta y pluridimensional: su salud y su bienestar psíquico, su afectividad comprendida, junto a otros aspectos de tipo material.

5.3.2. Algunas referencias jurisprudenciales, opiniones doctrinales y la definición legal de interés superior del menor

A) Nuestra jurisprudencia, como criterio de interpretación de carácter imperativo, hace continua alusión, al resolver problemas relacionados con el derecho y la pérdida de la patria potestad, al principio del *favor filii*, al beneficio o interés de los hijos como preponderante, y expresiones parecidas. Veamos el siguiente ejemplo:

“PATRIA POTESTAD. ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, SU PÉRDIDA NO SIEMPRE IMPLICA LA FALTA DE CONVIVENCIA DE ÉSTE CON EL PROGENITOR SANCIONADO. De conformidad con el artículo 417, párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal, vigente hasta antes de la reforma de dos de febrero de dos mil siete, la pérdida de la patria potestad del menor conlleva la imposibilidad de la convivencia de éste con el progenitor, pero no existe

precepto que le prohíba, suspenda o limite al menor, su propio derecho de convivir con su padre, pues en atención a que el artículo 9, numeral 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el diez de agosto de mil novecientos noventa, establece: "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.", atendiendo al interés superior del niño, quien tiene derecho a un desarrollo integral, tal restricción no debe aplicarse de manera genérica, pues si de constancias de autos no se advierte que exista algún peligro para el menor por la convivencia con el padre o la madre, la autoridad judicial, de oficio, puede decretarla, debiendo hacer un análisis cuidadoso en cada caso concreto." (El sombreado y subrayado se agregó).²¹⁰

Así, algunos Tribunales Federales han tratado de atender también al interés superior del menor en los casos de privación de la patria potestad a pesar de que la idea primaria del legislador ordinario considere a tal figura jurídica sólo como una sanción para el deudor alimentario, pero sin apartarse de la norma ordinaria y poder atender al interés superior del menor debe tomarse en consideración la finalidad de esa institución y si el menor manifiesta su deseo de convivencia con el progenitor privado de la patria potestad, entonces el apoyo para mantener la vigencia de ese derecho, será la finalidad que persigue esa institución y también la Convención internacional que establece ese derecho y que incluso, conforme a la jerarquía de normas en el orden constitucional mexicano se encuentra en un rango superior el tratado internacional frente a la ley ordinaria, lo anterior en conformidad con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establece:

“SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE. En el mencionado precepto constitucional no se consagra garantía individual alguna, sino que se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los Jueces de cada Estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o en las leyes locales, pues independientemente de que

²¹⁰ Ius 2007. Registro No. 171416, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Septiembre de 2007, Tesis: I.9o.C.140 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil, página 2561.

conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados que constituyen la República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el Pacto Federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la Ley Fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la Carta Magna, de manera que si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones del Código Supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución Local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso Local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.”²¹¹

En consecuencia, en los casos de privación de la patria potestad, para mantener el derecho a las convivencias con el progenitor privado de la patria potestad debe recurrirse técnicamente a la interpretación referida, pues en tiempos recientes el legislador local ha sido impreciso y pareciera que en una interpretación literal de la ley, la pérdida de la patria potestad conlleva la pérdida del derecho a la convivencia del menor.

En efecto, los artículos 411, 414 bis y 416 bis del Código Civil para el Distrito Federal, reformados por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el dos de febrero de dos mil siete, establecen:

“ARTÍCULO 411.- En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos (sic), cualquiera que sea su estado, edad y condición.

Quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

ARTÍCULO 414 Bis.- Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;

III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y

IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

²¹¹ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Primera Sala, Tomo XX, Octubre de 2004, Tesis: 1a./J. 80/2004, Página: 264 [Registro Ius 180,240].

No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.

ARTÍCULO 416 Bis.- *Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo.*

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.”.

Una interpretación literal de dichos preceptos, lleva a concluir que sólo quienes detenten o ejerzan la patria potestad tienen el derecho de relacionarse de manera armónica con los hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo e incluso, deben dar cumplimiento a determinadas obligaciones de crianza, esto es, que los privados de la patria potestad no tienen ese derecho; también quien incumpla reiteradamente esas obligaciones puede limitarse o suspenderse ese derecho por mandato judicial, lo anterior implica que la privación de la patria potestad conlleva la privación del derecho de convivencia, pues de acuerdo con el artículo 413 del propio Código Civil para el Distrito Federal “*La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos*”, esto es, que sólo quien ejerza la patria potestad puede ejercer las labores de crianza, razón por la cual el legislador local sólo ha contemplado a la pérdida de la patria potestad en una primera intención como una sanción, esta idea también ha sido objeto de interpretación con motivo de otras legislaciones, como es el caso de la que corresponde al Estado de Veracruz, pues el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, sostuvo:

“PATRIA POTESTAD. LA CONDENA A SU PÉRDIDA, IMPLICA TAMBIÉN LA CONVIVENCIA CON EL MENOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). *Una interpretación armónica y objetiva de los artículos 341 a 343, 345, 346, 350 a 352, 373 y 378 del Código Civil para esta entidad federativa, en relación con lo que la doctrina establece sobre tal figura jurídica, llevan a la conclusión de que la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno filial, reconocido y protegido por la ley, cuyo ejercicio corresponde, ante todo, a los padres del*

menor, establecido principalmente en beneficio de éste y para prestarle auxilio a su debilidad, ignorancia e inexperiencia, de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con los deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia y formar su carácter, es del todo indispensable el ejercicio de las facultades inherentes a dicha potestad, entre las que se encuentran de manera destacada la guarda y custodia de los hijos y la convivencia con ellos, por tanto, cuando el hijo permanece a lado de uno de los progenitores, se actualiza a favor del otro su derecho natural de convivir con él, siempre y cuando no exista algún elemento que patentice que el hecho de que el hijo sea separado temporalmente de quien tiene su guarda y custodia, le perjudica física o emocionalmente y tampoco conste que la relación paterno filial puede comprometer la salud, seguridad o moralidad del menor. Consecuentemente, cuando el que ejerce la patria potestad es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, es inconcuso que en modo alguno puede subsistir la convivencia con el menor.”²¹²

No obstante lo anterior, el derecho a la convivencia del progenitor incumplido con el menor puede preservarse, por ejemplo, si es el menor quien lo solicita o requiere, la cual se decreta con apoyo en la finalidad que persigue esa institución y también en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno, y en este aspecto es oportuno citar el criterio del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el juicio de amparo directo 460/2007, resuelto el treinta de agosto de dos mil siete, que en lo conducente sostuvo:

“...SEXTO.- Los conceptos de violación son fundados pero inatendibles, unos, infundados, otros, e inoperantes los restantes.

Previamente debe puntualizarse que, aun cuando hubo reformas a diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal, relativos al Título Octavo “De la patria potestad”, y se adicionaron diversos preceptos, mismos que fueron publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el dos de febrero de dos mil siete, no son aplicables al presente asunto, pues los hechos que dieron origen a la demanda inicial, la cual se presentó el dos de diciembre de dos mil cinco, ocurrieron con antelación, por lo que es aplicable al caso la legislación vigente en esa época.

La quejosa aduce esencialmente que la sentencia es incongruente porque la responsable resolvió respecto a un régimen de visitas y convivencias a favor del tercero perjudicado, lo que, refiere, no fue resuelto por la autoridad federal, por lo que únicamente debía pronunciarse respecto a la pérdida de la patria potestad y no introducir elementos ajenos a la condena, y menos elementos que se contraponen con la pérdida de aquél derecho.

Argumenta la inconforme que dentro de la escala de derechos referentes a la familia, debe considerarse que el derecho de convivencia deriva del ejercicio de la patria potestad, por lo que no puede ser que, por un lado, se decrete la pérdida de la patria potestad y, por otro, se otorguen visitas y paseos y, además, se le perciba con una multa.

²¹² Ius 2007. Tesis Aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Mayo de 2005, Tesis: VII.2o.C.92 C, Página: 1499 [Registro Ius 178,389].

Refiere que es ilegal la resolución, porque la autoridad federal no ordenó que se resolviera sobre ese tema, y que lo que hizo la sala fue sustituir un derecho por otro, haciendo nugatorios los efectos de la condena decretada.

Señala que es incongruente la sentencia reclamada, porque resuelve sobre la pérdida de un derecho primario y a la vez concede un derecho secundario, y obliga a las partes a su cumplimiento mediante apercibimiento de multa, lo que no tiene razón de ser, pues, se pregunta la inconforme, qué efecto tendría la pérdida de la patria potestad decretada, si por otro lado se le apercibe para que dé cumplimiento a una obligación secundaria.

Lo anterior es fundado, en un aspecto, pero inatendible.

En la ejecutoria de amparo emitida por éste órgano colegiado en el D.C. 63/2007, en sesión de dieciocho de abril de dos mil siete, se otorgó el amparo y protección de la Justicia Federal a la ahora quejosa para que la sala responsable, en relación a la pérdida de la patria potestad del menor hijo de los contendientes, partiera de la base de que el demandado no había acreditado el hecho que adujo como causa de justificación para el incumplimiento de sus obligaciones alimentarias y afectivas hacia su menor hijo.

En cumplimiento a esa ejecutoria, la autoridad responsable dictó la sentencia reclamada, de la que se advierte que condenó al demandado, aquí tercero perjudicado, a la pérdida de la patria potestad de su menor hijo.

Sin embargo, además de determinar la pérdida de la patria potestad respecto al menor, también señaló un régimen de visitas entre el tercero perjudicado y el citado menor, argumentando que tomó en cuenta el interés superior del hijo de los contendientes, y atendiendo lo manifestado por las partes y la agente del ministerio público adscrita al juzgado del conocimiento, en las audiencias de diecinueve y veintiséis de octubre de dos mil seis, de las que desprendió que las partes estaban de acuerdo en que el menor conviviera con su padre de la forma en que lo habían estado haciendo.

En mérito de ello, la responsable consideró que, aun cuando la pérdida de la patria potestad implicaba la pérdida de derechos del sancionado, no podía afectarse a quien tenía derecho a convivir con el progenitor privado de la patria potestad, pues dada su minoría de edad no podía actuar sino mediante la representación de quien fue contraparte del sancionado, por lo que en respeto al derecho del menor a convivir con sus progenitores, aun cuando éstos ya no vivan juntos, consignado en los artículos 7 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que es signante este país, estableció un régimen de visitas y convivencias entre el demandado y el hijo de las partes.

Ahora bien, conviene precisar que la patria potestad se ha definido por la doctrina como la institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes

También se le ha definido como la autoridad y facultades que el derecho civil concede a los padres sobre sus hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados.

Aunque doctrinariamente ha sido definida en cuanto a su naturaleza como una institución, como una potestad, y, también como una función, su importancia radica en el objetivo de la misma, es decir, la asistencia, el cuidado y la protección de los menores no emancipados.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia ha señalado que tiene su origen en la filiación, que es la procedencia de los hijos respecto de los padres, y trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos y recíprocos.

Al respecto se cita la tesis sustentada por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XXV, página ochocientos diecisiete, que es del tenor siguiente:

“FILIACION.- La filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres, y trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos y recíprocos, dando origen a la patria potestad”.

El Código Civil para el Distrito Federal, que regula la patria potestad, no define ese concepto, solo establece que los hijos menores de edad están sujetos a ella mientras exista algún ascendiente que deba ejercerla, y que su ejercicio recae sobre la persona y los bienes de los hijos (artículos 412 y 413).

Asimismo, el artículo 413 de la legislación sustantiva citada, dispone que el ejercicio de la patria potestad queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

En ese contexto, quien detenta la patria potestad de un menor, tiene a su cargo su asistencia, su cuidado y su protección; de modo que quien pierde ese derecho, pierde también esas prerrogativas,

permaneciendo a su cargo únicamente la obligación de proporcionar alimentos, en términos del artículo 303 del Código Civil para el Distrito Federal.

En mérito de ello, se puede establecer que el progenitor que pierde el derecho de ejercer la patria potestad, dado que ya no se ocupará más que de administrar los alimentos del menor, y no de su cuidado personal ni de su educación, no tiene derecho a convivir con éste, al menos mientras dure ese estado de pérdida o suspensión de la patria potestad.

Es así, porque la pérdida de la patria potestad constituye la sanción de mayor magnitud por el incumplimiento de las obligaciones de un padre hacia su hijo, y para arribar a ella, en el caso, la autoridad judicial valoró las circunstancias especiales y razones particulares de la relación entre el padre con el menor.

En ese aspecto, son fundados los argumentos de la inconforme, pues como afirma, la pérdida de la patria potestad del menor conlleva la imposibilidad de la convivencia de éste con el progenitor así sancionado, pues esa determinación judicial impide que quien deje de tener ese derecho ejerza autoridad alguna sobre el menor, quien ha quedado sujeto sólo al cuidado y decisiones de la madre.

Sin embargo, aun cuando, como se ha sostenido, es cierto que la pérdida de la patria potestad hace perder el derecho a la convivencia por lo que a ese progenitor se refiere, también lo es que, atendiendo al interés superior del menor, si de las constancias de autos no se advierte que esa convivencia revele peligro para el menor, el tribunal, de oficio, puede concederla.

Es así, porque el menor tiene derecho a desarrollarse de una manera sana, física, intelectual y emocionalmente, es decir, a una formación integral, lo que teóricamente se lograría con la convivencia con ambos padres, de modo que, aun cuando éste haya perdido los derechos inherentes a la patria potestad del menor, si de las constancias de autos no se advierte que la convivencia con el padre le ocasione algún perjuicio, es dable que en aras de su interés superior, se decrete un régimen de convivencia con el progenitor que perdió la patria potestad.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido el interés superior del menor en la tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, Julio de dos mil siete, número 1a. CXLII/2007, página doscientos sesenta y cinco, de la forma siguiente:

“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.- En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".

De modo que, atendiendo al sano desarrollo del menor y al ejercicio pleno de sus derechos, en términos del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que establece el juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, es dable que, aun ante la pérdida de la patria potestad de uno de los padres, se decrete un régimen de convivencia con éste.

En ese contexto, si la sala responsable, aun cuando determinó la pérdida de la patria potestad respecto al menor, atendiendo al interés superior del niño, también señaló un régimen de visitas entre el tercero perjudicado y el citado menor, tomando en consideración que de autos se desprende que las partes estaban de acuerdo en que el menor conviviera con su padre de la forma en que lo habían estado haciendo, es correcta esa determinación, pues la llevó a cabo en atención a que advirtió que esa convivencia no revelaba peligro para el menor.

En ese contexto, aun cuando el régimen de visitas que decretó la responsable, no fue parte de la ejecutoria a la que dio cumplimiento, es correcto su pronunciamiento, pues se emitió con plenitud de jurisdicción, en uso de la facultad que le concede el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, atendiendo al interés superior del menor.

Así, si en aras del interés superior del niño, la sala responsable consideró establecer un régimen de visita y convivencia entre éste y su padre, no puede estimarse que la sentencia sea incongruente, pues a ese respecto, la responsable debía pronunciarse aun cuando las partes no lo hubieran planteado.

Al respecto se cita la tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, que se comparte, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, Abril de dos mil cinco, número II.3o.C.62 C, página mil cuatrocientos sesenta y nueve, que es del tenor siguiente:

“RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA CON LOS PADRES. EL JUEZ DEBE RESOLVER ESE TEMA AUNQUE LAS PARTES NO LO HAYAN PLANTEADO, ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. *Tratándose de controversias del orden familiar, el principio fundamental que debe tener en cuenta el juzgador es el interés superior del niño, de manera que si en un juicio de divorcio quedó acreditado que los padres viven separados, es decir, no viven en el mismo domicilio conyugal, aunque las partes no controviertan lo relativo al régimen de visita y convivencia, es menester que el juzgador resuelva lo correspondiente a esa cuestión, y no constreñirse a señalar que el tema no formó parte de las prestaciones demandadas en el juicio natural, pues no obstante que conforme al artículo 211 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (anterior a la reforma del mes de julio de dos mil dos), la sentencia debe ocuparse exclusivamente de las acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio, sin embargo, no debe soslayarse lo dispuesto por los artículos 9, 10 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevén el derecho que tiene el niño a la convivencia y contacto directo con ambos padres y que éstos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. En razón de la responsabilidad de los padres en el cumplimiento de sus deberes para con sus hijos, que comprende no sólo la formación corporal, sino espiritual, emocional y social que propicie el acrecentamiento de la capacidad del menor, de ahí que la sociedad está interesada en que los menores puedan convivir con ambos padres cuando ello sea benéfico para éstos. Lo anterior es así, porque esas disposiciones deben ser interpretadas acorde con la obligación que contrajo el Estado mexicano como parte integrante de la convención aludida en el sentido de que los tribunales judiciales al resolver controversias que puedan afectar los derechos de los niños, están obligados a resolver sobre el régimen de visita y convivencia con sus padres, para tutelar ese interés superior, pues la convivencia es una relación básica para el desenvolvimiento del ser humano, que tiende a facilitar la participación activa del niño en la comunidad, tutelando un sano desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes.”*

Si bien como se ha dicho, la pérdida de la patria potestad implica la pérdida de derechos, derivados del ejercicio de la misma, ello no autoriza a que se desatienda el interés superior del menor, quien tiene derecho a un sano desarrollo integral, por lo que al no constar en autos que la convivencia con el padre le acarreará algún peligro, físico o emocional, es dable que se estableciera un régimen de convivencia.

Tienen apoyo a lo anterior, las tesis sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que este tribunal comparte, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Mayo de dos mil cinco, números I.4o.C.80 C y I.4o.C.81 C, páginas mil cuatrocientos cincuenta y cuatro y mil cuatrocientos noventa y nueve, respectivamente, que son del tenor siguiente:

“DERECHO DE VISITAS. NO PUEDE ESTAR SUPEDITADO A QUE EL PROGENITOR EJERZA LA PATRIA POTESTAD, SALVO QUE ELLO SEA CONTRARIO AL INTERÉS DEL MENOR. *Doctrinalmente se ha discutido la naturaleza del derecho de visitas a fin de establecer si constituye un derecho propio y autónomo o si deriva necesariamente de la patria potestad. El derecho del padre a visitar a sus hijos es una función familiar, un derecho-deber establecido fundamentalmente en beneficio de los hijos, y para éstos es un derecho de la personalidad; de manera que si bien quienes ejercen la patria potestad tienen diversas facultades y autoridad ante sus hijos para hacer efectivo el cuidado, protección y formación de éstos, entre ellas, la facultad de convivencia, el derecho del hijo a convivir con sus padres deriva simplemente de su condición de hijo; por ende, no puede estar supeditado a que su padre ejerza la patria potestad, salvo que ello sea contrario al interés del niño”; y,*

“PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO SE CONTRAPONA CON EL DERECHO DE VISITAS. *Aun cuando la pérdida de la patria potestad lleve consigo la pérdida de derechos por parte de quien ha sido sancionado de esa forma, no puede afectarse a quien sin ser parte en la controversia, tiene derecho a convivir con el progenitor al cual se ha privado de la patria potestad, y que dada su minoría de edad no puede actuar sino mediante la representación de quien actuó precisamente como contraparte de aquél; por consiguiente, en respeto al derecho que tiene el menor de convivir con sus progenitores, aun cuando éstos ya no vivan juntos, derecho que se encuentra consignado en la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual es signante este país, es de estimarse que corresponde al juzgador determinar lo procedente respecto a las convivencias familiares entre el hijo y el progenitor que ha perdido la patria*

potestad, a efecto de establecer si éstas son o no contrarias al interés del niño, y en su caso precisar las condiciones en que tal derecho se ha de ejercitar”.

Asimismo, es de invocarse la tesis sustentada por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que se comparte, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, Septiembre de dos mil cinco, número I.11o.C.135 C, página mil quinientos dieciséis, que es del tenor siguiente:

“PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR ALIMENTOS ES PROVISIONAL Y, EN CONSECUENCIA, ES LEGAL DETERMINAR UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIAS ENTRE EL MENOR Y SU PROGENITOR SIEMPRE Y CUANDO SE ACREDITE PLENAMENTE EL INTERÉS DEL NIÑO DE CONVIVIR CON ÉL COMO UN DERECHO CONSAGRADO EN LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. De los artículos 3, 9, 12, 19, 20, 21 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el diez de agosto de mil novecientos noventa, se desprende la importancia fundamental que tiene el menor de crecer bajo al amparo y responsabilidad de los padres, y particularmente rodeado de afecto, seguridad moral y material; además, en dicha convención se proclama el derecho del niño a recibir la oportuna y debida educación, dado que el interés del niño resulta un principio rector en quienes tienen la responsabilidad de su educación y alimentación. Asimismo, el artículo 9, numeral 3, de la citada convención, establece "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.". Del precepto transcrito se advierte que es un derecho del niño que esté separado de su padre, el mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, entendiéndose por interés superior de la niñez, el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. Ahora bien, si se decreta la pérdida de la patria potestad por no haber cumplido con la obligación de proporcionar alimentos, ello constituye una condena provisional, ya que dependerá del demandado, si así lo desea, recuperarla, siempre y cuando acredite que se encuentra al corriente de su obligación de suministrar alimentos, conforme al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal según reforma publicada en la Gaceta Oficial de 6 de septiembre de 2004. En consecuencia, como la condena a la pérdida de la patria potestad por incumplimiento a la obligación de proporcionar alimentos, no es definitiva sino sólo provisional, resulta legal determinar un régimen de convivencias entre el menor y su progenitor con quien no vive, como un derecho que tiene aquél, consagrado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; para lo cual, debe estar plenamente acreditado en autos que el menor tiene interés en convivir con su progenitor, y que no le es perjudicial”.

En el presente asunto, aun cuando se decretó la pérdida de la patria potestad que ejercía el padre del menor, en razón del abandono de que lo hizo objeto, tanto en las relaciones afectivas, como en la ministración de alimentos, por el término de tres meses, no se advierte de autos que existiera algún peligro para el menor por la convivencia con el padre, antes bien, como destacó la responsable, de autos se desprende el acuerdo de las partes de que el menor conviviera con su padre.

En relación al argumento de la quejosa en el sentido del efecto que tendría la pérdida de la patria potestad, si se le apercibe para que dé cumplimiento a una obligación secundaria, que lo es la convivencia entre el menor y su padre, debe decirse que los efectos de la patria potestad van más allá de la convivencia que se tenga con el menor, pues implica tomar decisiones en cuanto a la educación del niño, como puede ser en qué escuela estudiará o de qué tipo; que pueda o no salir del país, etcétera.

Aduce la quejosa que para determinar el régimen de convivencia, la sala recurre a una tesis de jurisprudencia en la que se establece que el derecho de visitas no se contrapone a la pérdida de la patria potestad, pero que ésta no determina que se deba de apercibir a las partes a cumplir con tal derecho, lo que constituye un exceso.

Señala la inconforme que la tesis en que se apoyó la sala no es de observancia obligatoria, que no debió interpretarse como lo hizo, más aun, porque en tal sentido existen criterios contrarios al expuesto por la sala, al respecto cita la tesis de rubro: **“PATRIA POTESTAD. LA CONDENA A SU PÉRDIDA, IMPLICA TAMBIÉN LA CONVIVENCIA CON EL MENOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ)”**.

Si bien como refiere la quejosa, la tesis que invocó la sala, de rubro: ““PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO SE CONTRAPONA CON EL DERECHO DE VISITAS”, no establece que se deba apercibir con multa a los contendientes para que den cumplimiento al régimen de visitas decretadas a favor del padre del menor, lo cierto es que la sala no citó en apoyo de ese apercibimiento de multa la referida tesis, sino solo para sustentar el derecho a la convivencia del menor con su padre.

Además, de conformidad con el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los juzgadores, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden usar diversos medios de apremio, entre ellos la multa, por lo que es legal que la responsable apercibiera a las partes en los términos en que lo hizo.

En cuanto a que la multa con la que se apercibió a las partes, desde el punto de vista de la quejosa, es alta, no es dable hacer pronunciamiento alguno, pues se trata de un acto futuro e incierto, toda vez que será hasta que las partes incumplan con la determinación de la sala que se pudiese hacer efectivo ese apercibimiento.

Asimismo, si bien la tesis que invocó la responsable es una tesis aislada y no constituye jurisprudencia firme, que fuera obligatoria para la responsable en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, ello no impide que la sala se apoye en el citado criterio, pues la función de la jurisprudencia es interpretar la ley.

Al respecto se cita la jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Novena, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, Septiembre de dos mil, número P./J. 88/2000, página ocho, que es del tenor siguiente:

“JURISPRUDENCIA. SU TRANSCRIPCIÓN POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN SUS RESOLUCIONES, PUEDE SER APTA PARA FUNDARLAS Y MOTIVARLAS, A CONDICIÓN DE QUE SE DEMUESTRE SU APLICACIÓN AL CASO.- Las tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, y las que dictan los Tribunales Colegiados de Circuito, dentro de sus respectivas competencias, son el resultado de la interpretación de las normas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los tratados internacionales, leyes federales, locales y disposiciones reglamentarias y, al mismo tiempo constituyen normas de carácter positivo obligatorias para los tribunales judiciales o jurisdiccionales, en términos de lo dispuesto en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, y 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, como el artículo 16 constitucional obliga a toda autoridad a fundar y motivar sus resoluciones, debe estimarse que la sola transcripción de las tesis jurisprudenciales no es suficiente para cumplir con la exigencia constitucional, sino que es necesario que el órgano jurisdiccional asiente las consideraciones lógicas que demuestren, cuando menos, su aplicabilidad al caso concreto independientemente de que, de ser necesario, el juzgador complemente la aplicación de los criterios jurisprudenciales en que se apoye, con razonamientos adicionales que aseguren el cumplimiento de la referida garantía constitucional”.

En otro aspecto, aduce la quejosa que existe un criterio contrario al sustentado en la tesis en que se apoyó la responsable, emitido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, en la tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, Mayo de dos mil cinco, número VII.2o.C.92 C, página mil cuatrocientos noventa y nueve, que es del tenor siguiente:

“PATRIA POTESTAD. LA CONDENA A SU PÉRDIDA, IMPLICA TAMBIÉN LA CONVIVENCIA CON EL MENOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). Una interpretación armónica y objetiva de los artículos 341 a 343, 345, 346, 350 a 352, 373 y 378 del Código Civil para esta entidad federativa, en relación con lo que la doctrina establece sobre tal figura jurídica, llevan a la conclusión de que la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno filial, reconocido y protegido por la ley, cuyo ejercicio corresponde, ante todo, a los padres del menor, establecido principalmente en beneficio de éste y para prestarle auxilio a su debilidad, ignorancia e inexperiencia, de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con los deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia y formar su carácter, es del todo indispensable el ejercicio de las facultades inherentes a dicha potestad, entre las que se encuentran de manera destacada la guarda y custodia de los hijos y la convivencia con ellos, por tanto, cuando el hijo permanece a lado de uno de los progenitores, se actualiza a favor del otro su derecho natural de convivir con él, siempre y cuando no exista algún elemento que patentice que el hecho de que el hijo sea separado temporalmente de quien tiene su guarda y custodia, le perjudica física o emocionalmente y tampoco conste que la relación paterno filial puede comprometer la salud, seguridad o moralidad del

menor. Consecuentemente, cuando el que ejerce la patria potestad es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, es inconcuso que en modo alguno puede subsistir la convivencia con el menor”.

Sin embargo, aun cuando éste órgano colegiado, en principio, considera que la pérdida de la patria potestad implica también la pérdida del derecho del padre a convivir con el menor, criterio que se sostiene en la tesis que invoca la inconforme, lo cierto es que de conformidad con el artículo 417, párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal, vigente hasta antes de la reforma de dos de febrero de dos mil siete, la pérdida de la patria potestad del menor conlleva la imposibilidad de la convivencia de éste con el progenitor, pero no existe precepto que le prohíba, suspenda o limite al menor, su propio derecho de convivir con su padre, pues en atención a que el artículo 9, numeral 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el diez de agosto de mil novecientos noventa, establece: "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño", atendiendo al interés superior del niño, quien tiene derecho a un desarrollo integral, tal restricción no debe aplicarse de manera genérica, pues si de constancias de autos no se advierte que exista algún peligro para el menor por la convivencia con el padre o la madre, la autoridad judicial, de oficio, puede decretarla, debiendo hacer un análisis cuidadoso en cada caso concreto.

En consecuencia, al no demostrarse que la sentencia reclamada sea violatoria de las garantías constitucionales de la quejosa, procede negar el amparo solicitado.

La anterior negativa, se hace extensiva a los actos de ejecución que se reclaman del Trigésimo Sexto de lo Familiar del Distrito Federal, pues su inconstitucionalidad la hace depender del acto cuya legalidad no fue desvirtuada.

Tiene apoyo a lo anterior, en la jurisprudencia sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Tomo VI, Materia Común, número 91, página 72, que es del tenor siguiente:

"AUTORIDADES EJECUTORAS. NEGACION DE AMPARO CONTRA ORDENADORAS. Si el amparo se niega contra las autoridades que ordenen la ejecución del acto que se estima violatorio de garantías, debe también negarse respecto de las autoridades que sólo ejecutaron tal acto por razón de su jerarquía".

En este contexto, es oportuno señalar que con posterioridad a la emisión del criterio citado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió que la pérdida de la patria potestad no conlleva indefectiblemente a impedir que el menor ejerza el derecho de convivencia con sus progenitores, ya que sostuvo lo siguiente:

"PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO CONLLEVA INDEFECTIBLEMENTE IMPEDIR QUE EL MENOR EJERZA EL DERECHO DE CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES. Una de las consecuencias de la pérdida de la patria potestad es que el progenitor condenado no tenga derechos respecto de sus hijos, es decir, la privación de todo privilegio relativo a exigir la obediencia y el respeto de los menores, la facultad de llevar su representación legal, la administración de sus bienes y decidir, participar y opinar sobre asuntos inherentes a su educación, conservación, asistencia, formación y demás relativos a los aspectos no patrimoniales de quien ejerce la patria potestad. Sin embargo, independientemente de las consecuencias apuntadas -que se relacionan directamente con los derechos que otorga al progenitor el ejercicio de la patria potestad-, de ello no se aprecia que su pérdida conlleve indefectiblemente que deba impedirse al menor ejercer el derecho de convivencia con sus progenitores en tanto que, por un lado, ese derecho no es exclusivo de los padres, sino también de los hijos y, por el otro, no

*todas las causales de pérdida de la patria potestad son de la misma gravedad. En ese orden de ideas resulta indispensable atender al interés superior del menor, para lo cual deben propiciarse las condiciones que le permitan un adecuado desarrollo psicológico y emocional, que en la mayoría de los casos implica la convivencia con ambos progenitores, independientemente de que ejerzan o no la patria potestad sobre aquél; de ahí que el juez de lo familiar habrá de atender a la gravedad de la causal que originó la pérdida de la patria potestad para determinar si la convivencia pudiera importar algún riesgo para la seguridad o desarrollo adecuado del menor, en el entendido de que si determina dicha pérdida pero no del derecho de convivencia, ello obedecerá a que subsiste el derecho del menor a obtener un desarrollo psico-emocional adecuado y a que las condiciones particulares así lo permiten, mas no porque el progenitor condenado pueda exigir el derecho de convivencia.”.*²¹³

B) En el orden doctrinal, el interés superior del menor ha sido objeto de múltiples opiniones y perspectivas. Dagnino hace referencia a un interés objetivo del menor, que se referiría a toda o cualquier utilidad *pro tempore* y *pro loco* considerada; y un interés en sentido subjetivo, comprensivo de toda ventaja que responda a la inclinación natural y a las aspiraciones del mismo y que incremente su capacidad y sus aptitudes humanas en todos los órdenes.²¹⁴

La doctrina francesa, la jurídica y la especializada en Psicología infantil, se ha ocupado con atención de esta cuestión. Hay varias tendencias y distintas concepciones dentro de cierta incertidumbre por lo delicado y relativo de ese “interés del niño”:

a) Una tendencia tradicional colocaría el interés del niño en la perfección de su educación, concebida ésta fundamentalmente desde arriba e impuesta al niño por quien dirige su vida; la voluntad y parecer personal del niño no es tomada en consideración como índice o expresión de su interés, por poco formada.

²¹³ Ius 2007. Jurisprudencia 1a./J. 97/2009, Materia(s): Civil, Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Enero de 2010, Página 176 [Registro No. 165495].

²¹⁴ “Qué deba entenderse por interés del menor, ninguna ley lo dice, ni podría hacerlo satisfactoriamente -dice DAGNINO, “*Potestà parentale e diritto di visita*”, Dir. Fam. e Pers., 1975, p. 1.525- habida cuenta de que toda previsión a priori podría pecar por exceso o por defecto, y que el interés del menor, globalmente considerado, es la síntesis lógica y efectual de una amplia gama de componentes, objetivos y subjetivos, variables según las más diversas modalidades y circunstancias, y de ahí relativos.”.

b) Otra tendencia, opuesta a la anterior, y a su aspecto impositivo y hasta autoritario, identifica el interés del menor con sus gustos y sus deseos (consecuente con las orientaciones psicoanalíticas). Esta segunda dirección tiene el mérito de tomar en consideración la persona y personalidad del niño, si bien en este último aspecto, desenfocado o exacerbado, puede encontrar su punto débil.

c) Una tercera posición, intermedia, sin dejar de ponderar lo que es la formación del niño, atenúa su aspecto autoritario para poner el acento en la noción de “necesidades educativas”. El equilibrio entre las necesidades que en ese orden tiene el niño y las tensiones afectivas y demás que dichas relaciones le puedan crear se lograría administrándolas con ponderación, teniendo en cuenta que el niño de corta edad necesita más la estabilidad emocional; y la libertad, es en cambio más necesaria para el adolescente: el interés del menor, desde esa perspectiva, varía y está en función de su edad y de su personalidad.

C) La definición legal de interés superior del menor, es muy reciente, ya que antes de la reforma a diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal publicada el dos de febrero de dos mil siete, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, no encontramos referencia alguna al respecto. Sin embargo, a partir de la citada reforma, el artículo 416-Ter del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

“Artículo 416 Ter.- Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;

III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;

IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y,

V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”.

Del artículo transcrito se desprende la actual concepción del término “interés superior del menor”, la cual está basada esencialmente en la prevalencia de los derechos de los menores frente a los de los mayores de edad, ya que engloba los distintos aspectos que deben garantizarse siempre en beneficio de las niñas y los niños.

5.4. Determinación del interés del menor *in concreto*

Si es difícil en el plano teórico tratar de definir en qué consiste el interés del menor, más lo es aún el determinarlo en la práctica, en cada caso concreto; porque cada situación es irreductible a otras, todo caso es particular, ya que estamos en un campo en estrecho contacto con la vida. Por si eso fuera poco, téngase en cuenta que al hijo no siempre se le ofrece lo mejor: en lo que aquí concierne se elige casi siempre entre quienes ejercen la patria potestad y sus respectivos papeles. Se elige a veces la alternativa menos mala (que en ello consiste con frecuencia su interés o beneficio): y eso no puede olvidarlo quien deba optar o decidir al respecto.

5.4.1. Concreción objetiva: interés en abstracto/interés en concreto

En el primer aspecto, por lo que afecta a la disyuntiva “*interés in abstracto*” – “*interés in concreto*”, como se ha dicho ya, parece que no cabe duda: es preferible este último, no obstante lo que puede tener de contingente y variable; interés que, a su vez, está mucho más en función de su futuro que de su presente (el niño es ante todo futuro), con marcado predominio de su interés y conveniencias espirituales (equilibrio psíquico y afectivo, sobre todo) sobre las

materiales, cuando entren en conflicto; valga, por lo demás, lo antes dicho a ese respecto.

Así pues, debe ponerse especial acento en su estabilidad y paz psíquicas, como requisitos importantes para su desarrollo espiritual y, por tanto, datos a tener en cuenta en toda decisión que se tome en función del interés del menor.

5.4.2. Quién decide cuál es el interés superior del menor

En el orden decisorio, la interpretación y defensa inicial del interés del menor corresponde, en principio, a quien ostenta su representación y ejercita sus derechos e intereses generales, lo que va incluido en el marco, más amplio, de la función protectora pertinente (patria potestad, tutela, etcétera). Sin embargo, pueden entrar en conflicto a veces el interés del menor y el de la persona que debe representarlo y protegerlo. Precisamente la preeminencia del interés del menor supone que en caso de colisión entre el derecho de éste y el de otras personas prevalezca el del menor. Pero ¿quién decide en ese conflicto, y cómo?

En nuestra legislación no existe una solución legal directa a las anteriores interrogantes, por lo que parece preferible, quizá inevitable, que tenga que ser el juez quien diga dónde está el interés del menor y en qué consiste en cada caso (él solo, o con los asesoramientos pertinentes, por ejemplo, una pericial en materia de psicología), no ya como mera declaración del interés del menor (en sí y respecto de otros), sino en función y como criterio determinante del derecho a ejercer la patria potestad.

5.4.3. El juez, intérprete del interés del menor

Hablando de criterios a que debe atenderse el juez, dos ideas fundamentales deben apuntarse:

a) El juez no debe regirse, en la ponderación del interés del menor, en sí mismo y en conflicto con otros intereses y personas, tanto por sus convicciones personales (ideológicas, sociales, jurídicas) cuanto por criterios de valoración generales y bien asentados en la sociedad, en el lugar y momento en que se demanda su decisión. El juez deberá prescindir de sus principios personales más o menos autoritarios o liberales, de sus convicciones políticas, religiosas o educacionales sobre el matrimonio, la familia, los hijos o el divorcio, a la hora de apreciar el interés del menor en su relación con sus padres u otras personas y, declinando de tales opiniones subjetivas, decidir de acuerdo con las generales o preponderantes en el sistema constitucional y en la sociedad y al momento en que ha de pronunciarse.

b) El criterio y valoración judicial del interés superior del menor son discrecionales, pues se atiende a las circunstancias personales del menor. Mas ello no quiere decir que el juez pueda manejar de cualquier forma el arbitrio que la ley le concede. Es decir, se trata de una apreciación discrecional, no arbitraria. La diferencia entre una y otra radica en la racionalidad del juicio de valor que haga el juzgador a partir de los datos y circunstancias del caso concreto, la sensata ponderación de los hechos, la equilibrada valoración de lo que convenga al menor, sus beneficios y riesgos, las ventajas e inconvenientes de cada opción posible; todo lo cual debe conducir a una prudente decisión al respecto en vista de la mejor protección de los derechos fundamentales del menor (su dignidad humana, el desarrollo de su personalidad) con una visión de futuro más que de presente, y predominio de los bienes y valores espirituales sobre los materiales, según hemos dicho.

Actuar de otra manera –valoración irracional de datos o circunstancias, decisión desequilibrada o no prudente- no comporta ni es el criterio discrecional que tanto la doctrina como la jurisprudencia asignan al órgano jurisdiccional en este caso y, por tanto, rechazable, no sólo por los juzgadores de primera instancia, sino que revisable también en apelación por las Salas Familiares del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en los casos en que pueda llegarse a ellas, y en su caso al juicio de amparo.

5.4.4. El interés superior del menor y el principio de congruencia

La Convención sobre los Derechos del Niño califica al interés del niño como “superior” (artículo 3º). Con ello ¿está queriendo decir que los derechos del niño son jerárquicamente superiores a los de los adultos y, por consiguiente, que priman sobre éstos? En principio pareciera que la respuesta debe ser afirmativa, ya que el concepto de interés se encuentra asociado indisolublemente al ejercicio de un derecho.

Sin embargo, el calificativo “superior” no tiene este alcance. Fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado. No debemos olvidar que cuando se defiende el interés del niño ello implica la protección y defensa de un interés privado, pero, al mismo tiempo, motivado por un interés social.

Por otra parte, la pauta de decisión pretende poner una valla a las reivindicaciones de los adultos cuando amenazan las necesidades propias del niño. Es decir, alienta la idea de que frente a un conflicto de intereses se

consideran de mayor jerarquía aquellos que permiten la realización plena de los derechos del niño.

Los jueces y tribunales en materia familiar del orden común y también los Tribunales Federales mexicanos, aún cuando su labor está sujeta a la observancia de los principios procesales que regulan la actuación de cualquier órgano jurisdiccional, entre ellos el de congruencia, el cual ha sido motivo de interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación tanto en jurisprudencia definida como en diversos casos aislados y que a manera de ejemplo se citan los siguientes:

“SENTENCIAS CIVILES. Sólo deben resolver sobre los puntos sujetos a debate, sin tomar en consideración hechos distintos.”²¹⁵

“CONGRUENCIA, ALCANCE DEL PRINCIPIO DE. El principio de la congruencia de las resoluciones judiciales, no se refiere al estudio de las pruebas rendidas, sino al de las pretensiones de las partes, oportunamente deducidas en el pleito.”²¹⁶

“CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA, PRINCIPIO DE. La congruencia significa conformidad en cuanto a extensión, concepto y alcance entre lo resuelto por el órgano jurisdiccional y las demandas, contestaciones y demás pretensiones deducidas oportunamente por las partes.”²¹⁷

Sin embargo, el principio de congruencia en materia familiar sufre diversas alteraciones, cuando la controversia sometida a decisión judicial involucra o puede afectar derechos de menores, esto es, existen procedimientos en los cuales el menor no es parte material y por tanto no figura como actor o demandado o, en su defecto, cuando lo es, debe ser representado por persona mayor de edad, pues es un hecho que la sentencia le afectará, como por ejemplo en los casos de guarda y

²¹⁵ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Apéndice de 1988 Parte II, Tesis: 1778, Página: 2855 [Registro Ius 395,358].

²¹⁶ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia(s): Común, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, XX, Página 51 [Registro Ius 272,107].

²¹⁷ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia(s): Común, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, XXVIII, Página: 136 [Registro Ius 801,065].

custodia del menor, donde el padre o la madre tratan de obtenerla ofreciendo sus respectivas pruebas para convencer al juez de que el menor estará en mejores condiciones de desarrollo tanto físico como moral si permanece al cuidado en particular de alguno de ellos; pero, en estos casos, los órganos jurisdiccionales deben ser cautelosos, porque teniendo en consideración los intereses de las partes, es conveniente que en este tipo de procedimientos el juez o tribunal decrete cuantas pruebas estime necesarias con independencia de las rendidas por las partes, para llegar a la convicción de quién es la persona con la cuál el menor estará en mejores condiciones que garanticen un mejor desarrollo físico y moral.

En los Tribunales de control constitucional, también existe la finalidad protectora apoyada en la figura de la suplencia de la queja (artículo 76 bis, fracción V, de la Ley de Amparo), mediante la cual, cuando un juicio de amparo se promueve y la resolución puede afectar los derechos del menor y tal juicio no fue promovido por el menor por conducto de su representante, se suple la deficiencia de la queja en su favor sin importar la naturaleza del acto reclamado, esto es, la materia de la que deriva la controversia de origen, así fue sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente jurisprudencia:

“MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE. La suplencia de la queja es una institución cuya observancia deben respetar los Jueces y Magistrados Federales; suplencia que debe ser total, es decir, no se limita a una sola instancia, ni a conceptos de violación y agravios, pues el alcance de la misma comprende desde el escrito inicial de demanda de garantías, hasta el periodo de ejecución de la sentencia en caso de concederse el amparo. Dicha suplencia opera invariablemente cuando esté de por medio, directa o indirectamente, la afectación de la esfera jurídica de un menor de edad o de un incapaz, sin que para ello sea determinante la naturaleza de los derechos familiares que estén en controversia o el carácter de quien o quiénes promuevan el juicio de amparo o, en su caso, el recurso de revisión, ello atendiendo a la circunstancia de que el interés jurídico en las controversias susceptibles de afectar a la familia y en especial a menores e incapaces, no corresponde exclusivamente a los padres, sino a la sociedad, quien tiene interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor de edad o del incapaz. Se afirma lo anterior, considerando la teleología de las normas referidas a la suplencia de la queja, a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como

a los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, que buscan proteger en toda su amplitud los intereses de menores de edad e incapaces, aplicando siempre en su beneficio la suplencia de la deficiencia de la queja, la que debe operar desde la demanda (el escrito) hasta la ejecución de sentencia, incluyendo omisiones en la demanda, insuficiencia de conceptos de violación y de agravios, recabación oficiosa de pruebas, esto es, en todos los actos que integran el desarrollo del juicio, para con ello lograr el bienestar del menor de edad o del incapaz.”²¹⁸

Existen también casos en donde se involucran derechos de menores y respecto de los cuales la decisión del juez o tribunal, ya sea del orden común o federal, rebasa lo pedido por las partes, pues no se limita, por ejemplo, en los casos de guarda y custodia de menores, a determinar a quién de los contendientes se le debe otorgar, y la forma en que deben llevarse a cabo las convivencias, sino que el juez o tribunal puede establecer medidas a futuro, tales como el someter al padre y a la madre a tratamientos psicológicos para mejorar las condiciones en que han de desarrollarse las convivencias con los progenitores, lo que evidentemente se decreta en aras del interés superior del menor, pues obviamente entre pretensiones de las partes no figura la solicitud de que el juez o tribunal decrete tal medida.

Por tales razones, los jueces y tribunales al resolver las controversias sometidas a su decisión deben de tomar en cuenta todos los intereses de los involucrados y si figuran dentro de ellas los intereses de menores, privilegiar los inherentes a la persona de éstos en relación con los deducidos por las demás partes. El texto de la Convención cuando alude al “interés superior” del menor, lo ubica como una *consideración primordial* a la cual se atenderá, es decir, como un elemento fundamental, pero no único ni exclusivo. Es perfectamente legítimo y normal que los adultos tengan deseos o aspiraciones propios que no deben ser

²¹⁸ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Primera Sala, XXIII, Tesis: 1a./J. 191/2005, Mayo de 2006, Página: 167 [Registro Ius 175,053].

ocultados como un “tabú” tras un doble discurso, en el cual se esgrime el interés del niño como pantalla e instrumento de los anhelos y apetencias de los mayores. Además, es necesario tener en cuenta que con frecuencia los intereses de los integrantes de la familia se hallan en función de la persona del niño.

5.5. La opinión y la voluntad del menor en relación con su interés

¿Qué intervención puede tener el propio menor en la determinación de su interés? ¿Qué valor tiene su opinión acerca de lo que le conviene o interesa, y su deseo a ese respecto (por ejemplo, acerca de la pérdida de la patria potestad). Veamos.

Si hasta la mayoría de edad o la emancipación queda sometida la voluntad del menor, y su capacidad decisoria y de actuación casi siempre, a la del titular de la patria potestad o la tutela, no significa esto que durante la minoría de edad sea inoperante su voluntad.

Así pues, lo que exige que a medida que con la edad se desarrollan sus capacidades intelectivas y volitivas, y con ello su personalidad, debe reconocérsele un paralelo y creciente respeto de un margen de libertad de opción y decisión en múltiples manifestaciones vitales; y por tanto, es necesario que el menor sea oído antes de tomar decisiones graves que le afecten.

En ese contexto, dentro de la minoría de edad quedan comprendidas edades y situaciones tan distintas como son la del niño de tres meses o tres años y la del joven de quince o diecisiete años, que no pueden ser tratadas de idéntica forma.

En efecto, si el niño de pocos años, por su vulnerabilidad y sus necesidades de toda índole requiere especial atención frente a terceros y de alguien que se

ocupe de él material, moral y psíquicamente, y por ello su capacidad de actuar es casi nula, por lo que la ley la transfiere íntegramente a otra persona; el menor-adolescente (¿a partir de los 12 ó 14 años?), en cambio, va desarrollando las aptitudes físicas y psíquicas, cognoscitivas y afectivas básicas de su personalidad, y es capaz de formarse progresivamente ideas y voliciones que dan cierta posibilidad de elección y permiten tomar conscientemente algunas decisiones, lo que le confiere una autonomía vital que el Derecho no puede ignorar: la tutela jurídica sobre esa persona ha de ser muy distinta de la del niño, y debe gravitar equilibradamente entre la todavía necesaria protección y una autonomía y esfera de actuación propia que le habilite para el ejercicio de la plena capacidad al llegar a la mayoría de edad.

Por todo ello, parece más sensato oír su opinión, habida cuenta de su interés e implicación en tales relaciones personales. Lo que no quiere decir que su opinión deba ser determinante. Por otra parte, además de las ocasiones en que el menor no pueda ser oído (piénsese en el niño de meses o pocos años), no es lo mismo lo que puede decir un niño de 8 ó 10 años que el de 16, ni tan relevante la opinión y la voluntad de uno u otro, tanto por lo que respecta a las razones que dé como al valor de su personal deseo u opción.

He aquí, pues, cómo se plantea la cuestión de la intervención del menor en la determinación de su propio interés en orden a la pérdida de la patria potestad. Mas creemos que en todo caso hay que distinguir desde el primer momento la audiencia que deba concederse al menor antes de tomar cualquier decisión sobre

su persona, y la trascendencia que pueda tener su voluntad negativa o su resistencia a las relaciones.

5.5.1. Audiencia del menor conforme a los tratados internacionales

La Convención sobre los Derechos del Niño, considera niño a todo ser humano menor de 18 años, y en ella se agrupa la mayor parte de los derechos humanos más importantes de las niñas y los niños, de acuerdo al criterio de los Estados soberanos miembros de la ONU. Cabe mencionar, que en la actualidad existen más de cincuenta instrumentos internacionales que hacen referencia a derechos específicos de los niños, además de otros instrumentos regionales de protección.

La elaboración de los documentos de la Organización de las Naciones Unidas a favor de la infancia ha sido larga y laboriosa. Durante este tiempo surgieron retos que superar e intereses que conciliar, hasta lograr un texto de alcance universal.

La Convención significa, sin duda, un gran paso, ya que reúne los derechos civiles, sociales y culturales, sin los cuales no se podría hablar verdaderamente del niño como sujeto de derecho. El principal mérito de este documento es, sin duda, su carácter obligatorio y coercitivo para el Estado que lo ratifica, e implica además mecanismos de control.

La Declaración de los Derechos del Niño es un documento jurídico que en el Derecho Internacional es de carácter precisamente declarativo y recomendatorio, no tiene fuerza jurídica suficiente para obligar a los Estados que

la suscribieron a cumplir con su contenido. En cambio, la Convención de los Derechos del Niño, establece instrumentos y un Comité de Vigilancia para el debido cumplimiento de la misma. La Convención está integrada de un preámbulo y tres partes, contenida en 54 artículos.

Ahora bien, el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño,²¹⁹ en cuanto a la opinión del menor expresa en su artículo 12:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

*2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”.*²²⁰

La primer interrogante que surge es la relativa a establecer cuál es el límite a ese derecho introducido a los procedimientos administrativos o judiciales, esto es, hasta qué punto debe restringirse la idea de que la opinión del menor debe ser escuchada, las expresiones tales como “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” o “en función de la edad y madurez del niño”, o el hecho de que tal opinión pueda ser escuchada “directamente o por medio de un representante o de un órgano adecuado”, implican limitantes a ese derecho; la Convención no regula esos aspectos, entonces ¿deben ser las legislaciones respectivas de los países

²¹⁹ La Convención fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, fecha en que se depositó el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión de conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 de la propia Convención; fue ratificado por México el 21 de septiembre de 1990 y entró en vigor en nuestro país el 21 de octubre de 1990, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991. Forma parte del Orden Jurídico Mexicano, es vigente y obligatoria su observancia y es -de acuerdo al artículo 133 Constitucional, junto con la propia Constitución, las leyes federales y los demás tratados internacionales- la Ley Suprema de toda la Unión.

²¹⁹ www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf

suscriptores las que regulen los límites sobre la forma o términos en que debe ser escuchada la opinión del menor? o este derecho ¿debe ser normado por el criterio de los juzgadores con vista del caso concreto? Considero que deben privilegiarse los poderes del juez para regular el ejercicio de este derecho, quedando al margen la actividad del legislador en este sentido, por la dificultad de establecer reglas generales, debido a la variedad de factores que concurren en cada caso.

El establecimiento de reglas generales en materia de audiencia del menor, pudiera provocar falta de protección por no encuadrar su caso en la regla de derecho establecida o una escasa o deficiente intervención de los tribunales en aras de sujetarse a determinados formalismos; de ahí que el derecho a expresar el menor su opinión en los asuntos que lo afecten, no debe reglamentarse en cuanto a la forma a ser escuchado en sede judicial o administrativa, sino basta con que se le dé oportunidad de ser escuchado directamente o a través de un representante u órgano apropiado, para que exista en forma ineludible la existencia de la obligación correlativa por parte del juzgador, magistrado o funcionario interviniente en la tramitación de los procedimientos que pudieran afectar la persona del niño o del adolescente, de tomar en consideración esa opinión y decidir lo más favorable a los intereses del menor.

5.5.2. Audiencia del menor conforme al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles

El Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 416 Bis.- Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.”.

Por su parte, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone:

“ARTÍCULO 941 BIS.- Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el Juez de lo Familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la Institución.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez y el Ministerio Público adscrito.

El Juez de lo Familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de éste ordenamiento.”.

En este punto la respuesta parece clara, en vista de las consideraciones anteriores: el menor debe ser oído antes de adoptarse cualquier decisión sobre su guarda y destino y sobre el régimen de visitas y relaciones personales que pueda imponérsele, siempre que por su edad y madurez de juicio pueda inferirse que tiene un criterio independiente y que su opinión y palabras son reflejo personal de una afición y deseo normalmente atendibles.

Esa audiencia del menor, y la relevancia que los obligados a oírle (padres y juez) den a su opinión y voluntad no son sino la expresión del respeto a la personalidad del menor.

Desde luego, no puede sentarse una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual deba ser oído el menor, cuando no llegue a los 12 años a partir de los que es preceptivo escucharle, pues ello dependerá del buen juicio del juzgador atendiendo a la madurez psicológica y desarrollo intelectual (incluyendo el emocional), que en cada caso debe tomar en consideración el juzgador tanto para decidir si ha lugar o no a tal audiencia, como al valor que pueda conceder a lo escuchado. De lo que se deduce que, salvo los casos en que por razón de la edad quede excluida la audiencia del menor (desde el nacimiento hasta 6 años aproximadamente), será aconsejable que a partir de una edad razonable (6 años en adelante), deba ver el juez al niño para comprobar inicialmente por sí mismo o asistido de un profesional (psicólogo), si tiene “suficiente juicio” para decir algo útil; y luego, si de una primera conversación saca el juez una conclusión favorable, pasar ya a la verdadera audiencia o exploración de su opinión y voluntad.

Cabe mencionar que en la audiencia correspondiente, deberá prestarse particular atención al grado de independencia y criterio propio con que pueda hablar el menor, y a la influencia (alienación) que pueda acusar (a veces de forma muy sutil y disfrazada, o aún por conductos indirectos) de parte de sus padres: es cuestión de intuición y práctica profesional, donde las dotes del juez o el apoyo de profesionales jugarán un papel importante.

La presencia del hijo menor en el proceso en que haya de resolverse sobre la pérdida de la patria potestad para este tipo de audiencia no es en calidad de testigo, sino para mejor información directa del juez en orden a la adopción de las medidas pertinentes que atañen a ese hijo y en su interés. Puede llevarse a cabo

de oficio o a petición del Ministerio Público, o incluso de los padres. El hijo menor también puede solicitar ser oído por el juez, bien a petición propia por comparecencia ante el mismo, o por conducto de cualquier pariente o del Ministerio Público.

Por consiguiente, al ser la audiencia de los menores una actuación difícil y delicada, debe practicarla siempre y directamente el juez, ya sea sólo o con la presencia de uno o ambos progenitores o nada más con la presencia del Ministerio Público, según las circunstancias del caso.

Sin embargo, de acuerdo con la experiencia profesional puede concluirse que en los procesos de familia los jueces y magistrados no cuentan con los elementos de orden técnico (estudios psicológicos o sociológicos) que les permitan aquilatar el verdadero alcance que tiene la opinión de los niños, pues se considera que su juicio puede ser distorsionado por la edad o la inmadurez, o bien por la influencia que sobre ellos ejerzan los adultos o padres.

Así, pocos juzgadores son los que se hacen asistir en la audiencia de profesionales, también debe destacarse que entre las causas de la dificultad para concretar un verdadero contacto del niño con el tribunal, a fin de oír su opinión, debe señalarse la interferencia de los padres y la creencia de que no es el ámbito de los tribunales donde se debe tratar con los menores.

No obstante, es innegable que en esos juicios la voz de los niños es la que más debe ser escuchada, junto con la de los representantes del menor y el Ministerio Público, sin que esto implique una demora innecesaria en los

procedimientos judiciales, ya que a medida que el niño adquiere discernimiento, su valoración como sujeto de derecho en la relación paterno-filial conlleva necesariamente el reconocimiento de su derecho a expresar su opinión y a participar en la toma de decisiones que lo afectan directa o indirectamente.

5.5.3. La garantía de audiencia constitucional y la protección del derecho de audiencia del menor en el proceso

Entre las garantías individuales que contempla la Constitución Federal a favor de los gobernados figura la de audiencia, que se debe otorgar en todo procedimiento administrativo o judicial, del cual pueda surgir alguna afectación a los derechos de éstos.

Con el objeto de salvaguardar esas garantías individuales, existen los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, quienes mediante el conocimiento del juicio de amparo se asegura el control de la constitucionalidad de los actos de las que tengan las características de ser consideradas como autoridades, ya sea que pertenezcan a cualquier poder judicial, legislativo o ejecutivo.

El juicio de amparo es el medio que permite constatar que los actos de las autoridades se ajustan a lo establecido en la Constitución Federal y, por vía de consecuencia a las leyes secundarias, siempre que no se cuestione la constitucionalidad de éstas, en tal sentido, tratándose de procedimientos judiciales, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido jurisprudencia donde se consignan diversas formalidades que aseguran la debida observancia de la garantía de audiencia, tal criterio jurisprudencial es el siguiente:

“FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.”²²¹

En este sentido, cabe preguntar si en un procedimiento judicial de privación de la patria potestad no se escucha directamente la opinión del menor ¿se transgrede o no la garantía de audiencia establecida en el artículo 14 de la Constitución Federal?

No debe soslayarse que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño y los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establecen esa audiencia directa a favor del menor en los procedimientos judiciales en que puedan verse afectados y, desde luego, en los procedimientos de privación de la patria potestad se afecta los derechos del menor, pues éste prescindirá de las labores de dirección por uno de sus progenitores e incluso podrá verse afectado, según las circunstancias del caso, de su derecho a la presencia física y convivencia con el progenitor que resulte privado de la patria potestad.

La garantía de audiencia ha tenido diversas variantes para su interpretación y aplicación por parte de los Tribunales Federales, ya que frente a algún acto de molestia que vaya a sufrir el menor en su integridad, se ha considerado que debe otorgarse la garantía de audiencia para que manifieste a lo que su derecho convenga y con vista de esto resuelva la autoridad judicial; tal criterio es falto de

²²¹ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Común, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Pleno, Tomo II, Diciembre de 1995, Tesis: P./J. 47/95, Página 133 [Registro Ius 200,234].

precisión, pues se ignora si la audiencia otorgada ampara el derecho de contradicción, esto es, probar sobre la pertinencia de la prueba, caso en el cual debe imponerse de todas las constancias procesales para rendir pruebas y alegar al respecto, o bien es sólo con la finalidad de que manifieste el menor su aceptación o rechazo al acto de molestia, lo anterior se ve reflejado en la tesis siguiente:

“DERECHOS DE PRIVACÍA E INTIMIDAD DE MENORES DE EDAD. PREVIAMENTE A LA ADMISIÓN DE PRUEBAS EN JUICIO QUE PUEDAN AFECTARLOS, DEBE DÁRSELES VISTA PARA QUE EXPRESEN LO CONDUCENTE COMO PARTE INTERESADA. El derecho a la libertad de privacidad e intimidad, entrelazado con el de audiencia, consagrados en la Constitución Fundamental de la República, deben respetarse en relación con los menores de edad conforme al principio de interés superior de éstos. Ello es así, atento a que todas las autoridades judiciales deben procurar que se asegure la protección y ejercicio de tales garantías y los derechos de los propios menores, por lo que de esa manera si en un juicio se dicta una determinación que podría afectar los intereses de los infantes, como es la pericial en materia de ginecología que necesariamente ha de desahogarse previa exploración física de una menor adolescente, es patente que ello puede afectar los derechos de intimidad y privacidad correspondientes. Entonces, es indiscutible que previamente a la admisión de dicha pericial debe respetarse su garantía de expresar lo más conveniente sobre dichos aspectos e intereses, y así, debe ser citada y oírsele por la autoridad judicial, a fin de que manifieste lo que a su derecho considere más apropiado. Hecho ello, la autoridad judicial proveerá lo conducente con base en tal manifestación, apegada a la litis y demás material convictivo, según los pormenores del asunto, de modo prudente y razonado, en respeto irrestricto de las garantías predichas.”²²²

También existe el criterio de que en algunos procedimientos, como el de restitución del menor a su país de origen, debe otorgarse la garantía de audiencia, no sólo a quien represente al menor en tal procedimiento, sino también al propio menor e incluso en una forma amplia, esto es, con la posibilidad no sólo de oponerse, sino de probar en contra de la solicitud de restitución, con lo cual hay más apego al espíritu del texto constitucional, al respecto es oportuno citar el siguiente criterio:

“MENOR DE EDAD. EN EL PROCESO RELATIVO A LA RESTITUCIÓN A SU PAÍS DE ORIGEN, DEBE RESPETARSE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA. En el procedimiento relativo a la restitución de un menor a su país de origen, debe otorgarse la posibilidad de defensa, tanto al menor como a la persona que represente sus intereses, para darles oportunidad de acreditar con los

²²² Ius 2007. Tesis Aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXII, Noviembre de 2005, Tesis: II.2o.C.502 C, Página 860 [Registro Ius 176,721].

elementos de convicción conducentes: 1) Las razones por las cuales puede ser perjudicial la reintegración del menor; 2) Que la oposición a la restitución es legal; o bien, 3) Que se actualizan alguno o algunos de los supuestos de no restitución, contenidos en el artículo 13 del Decreto Promulgatorio de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, publicado en el Diario Oficial de la Federación el seis de marzo de mil novecientos noventa y dos.”²²³

En la mayoría de los casos, la garantía de audiencia debe otorgarse de manera previa a la emisión del acto privativo o de molestia, pero esta regla ha sido interpretada en el sentido que admite excepciones y uno de estos casos es cuando se decretan medidas precautorias, donde se deja propiamente al juez en libertad de elegir, la forma en que debe operar la garantía de audiencia, según las circunstancias del asunto, esto de conformidad con el criterio sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establece:

“MEDIDAS PRECAUTORIAS TRATÁNDOSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. NO PROCEDE, PREVIO A SU IMPOSICIÓN, OTORGAR LA GARANTÍA DE AUDIENCIA EN SU FAVOR Y EN EL DEL CÓNYUGE EJECUTADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). El artículo 249 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, que se refiere al capítulo de las providencias precautorias, establece expresamente que antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo, a solicitud del interesado pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho o de derecho existentes, así como para garantizar las resultas de una sentencia ejecutoria. Asimismo, establece que dichas providencias se decretarán sin audiencia de la contraparte. Por su parte, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en la tesis de jurisprudencia 21/98, que las citadas medidas cautelares constituyen medidas provisionales que se caracterizan generalmente, por ser accesorias y sumarias y sus efectos provisionales quedan sujetos, indefectiblemente, a las resultas del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes, de tal forma que para la imposición de esas medidas no rige la garantía de previa audiencia. Luego, si con fundamento en el numeral citado un cónyuge promueve ante el Juez competente providencias precautorias a efecto de obtener la guarda y custodia de menores de edad, resulta incuestionable que para decretar la medida solicitada no existe obligación de otorgar la garantía de audiencia a favor del cónyuge afectado y de los menores involucrados. No obstante lo anterior, como uno de los requisitos para decretar la medida cautelar es que esté justificada la necesidad de la misma, el Juez atendiendo a las circunstancias del asunto y a los intereses superiores del menor, podrá determinar en qué caso la audiencia que se dé en su favor debe ser previa y cuándo deberá primero lograr el aseguramiento del infante para escucharlo con posterioridad.”²²⁴

Como puede advertirse varía el criterio sobre la forma en la que debe regir u otorgarse la garantía de audiencia a los menores en los procedimientos

²²³ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo VI, Octubre de 1997, Tesis: I.2o.C.10 C, Página 765 [Registro Ius 197,607].

²²⁴ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Primera Sala, Tomo XIX, Junio de 2004, Tesis 1a./J. 28/2004, Página 138 [Registro Ius 181,312].

judiciales, tanto en lo que corresponde a su amplitud, como en el momento de su otorgamiento, esto es, de manera previa al acto de privación o de molestia o con posterioridad a dicho acto.

En los procedimientos de privación de la patria potestad tiene gran relevancia la audiencia directa que se otorgue al menor, a fin de escuchar su opinión, pues incluso, en algunos casos, será significativa para la subsistencia de derechos, como el de convivencia, a pesar de que se decrete la pérdida de la patria potestad, pero su omisión podrá provocar que el procedimiento quede insubsistente por falta de esa audiencia directa que debe otorgarse al menor para que exprese su opinión, pues cabe la interrogante ¿la falta de audiencia directa al menor para que exprese su opinión en el procedimiento de privación de la patria potestad es reclamable mediante el juicio de amparo?

La respuesta pareciera sencilla, un ejercicio basado en simple lógica indicaría que como la audiencia directa del menor en este tipo de procedimientos está consagrada tanto en la Convención de los Derechos del Niño y en los Códigos Civil y Procesal Civil para el Distrito Federal, su falta de otorgamiento implicaría transgresión a estos ordenamientos legales y por consiguiente, se actualizaría la violación a la garantía constitucional, lo que haría procedente la concesión del amparo y protección de la Justicia Federal.

Sin embargo, lo anterior no es así, porque la garantía de audiencia prevista por la Constitución Federal tiene un significado amplio, basado en la posibilidad de una adecuada defensa cumpliendo determinados requisitos y en la generalidad de los procedimientos de privación de la patria potestad, el menor se encuentra representado por quien ejerce la acción respectiva, por ejemplo, en los casos de

incumplimiento de otorgar alimentos, la representación legal del menor corresponde a quien ejerce la patria potestad y es precisamente quien tiene, a su vez, el carácter de demandante y por tanto el menor está interviniendo por conducto de su progenitor, por lo que su situación jurídica no se equipara al de una persona extraña a juicio, si no se escucha su opinión.

En efecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la tesis de jurisprudencia siguiente:

“PERSONA EXTRAÑA A JUICIO. CARECE DE TAL CARÁCTER QUIEN COMPARECIÓ AL PROCEDIMIENTO NATURAL, POR LO QUE DEBE SOBRESEERSE EN EL JUICIO AL ACTUALIZARSE LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XVIII, DE LA LEY DE AMPARO, EN RELACIÓN CON EL DIVERSO 114, FRACCIÓN V, APLICADA EN SENTIDO CONTRARIO, DEL PROPIO ORDENAMIENTO, AUN CUANDO HAYA SIDO PROMOVIDO DENTRO DEL TÉRMINO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 21 DE LA PROPIA LEY. La sola circunstancia de que el afectado conozca de la existencia del juicio en el que funge como parte y comparezca al mismo, a pesar de no haber sido legalmente emplazado, desvirtúa su carácter de persona extraña al procedimiento, por lo que si promueve el juicio de amparo indirecto, ostentándose con tal carácter, el Juez de Distrito debe sobreseerlo con fundamento en el artículo 74, fracción III, de la Ley de Amparo, fundamentalmente porque el promovente ya no es persona extraña al juicio por haber comparecido al procedimiento ordinario, quedando en posibilidad de defenderse dentro del contencioso y, en su oportunidad, si es el caso, acudir al amparo directo, fundamentándose la improcedencia en los artículos 73, fracción XVIII y 114, fracción V, aplicada en sentido contrario, de la propia ley; sin que lo anterior implique que el promovente del amparo indirecto, por el hecho de ostentarse como tercero extraño, quede al margen del término previsto en el artículo 21 de la Ley de Amparo, esto es, al plazo de quince días contados a partir del día siguiente al en que tenga conocimiento del juicio, bajo el argumento de que la falta o ilegalidad del emplazamiento sea una violación de gran magnitud, pues si bien la improcedencia por extemporaneidad o consentimiento tácito basado en los artículos 21 y 73, fracción XII, del propio ordenamiento, puede llegar a configurarse, tal circunstancia no se surte necesariamente porque puede suceder que el afectado por la falta de emplazamiento promueva el juicio de garantías antes de que transcurra el plazo referido y en tal supuesto no cabría sobreseer por inoportunidad de la demanda, ya que seguiría en pie la otra causal.”²²⁵

En consecuencia, el menor no puede tener el carácter de persona extraña al procedimiento para los efectos del juicio de amparo por no haberse escuchado su opinión, ya que persona extraña al procedimiento es, entre otros, aquella que no ha figurado en éste como parte en sentido material y en estos casos el menor tiene tal carácter al intervenir en el procedimiento representado por el progenitor

²²⁵ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Común, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Pleno, Tomo XIII, Abril de 2001, Tesis: P./J. 39/2001, Página 93 [Registro Ius 189,916].

demandante que está en ejercicio de la patria potestad, en este sentido, debe tenerse presente que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció el siguiente criterio:

“PERSONA EXTRAÑA A JUICIO, CONCEPTO DE. Para los efectos del juicio de amparo, en los términos del artículo 114, fracción V, de la ley de la materia, persona extraña es, en principio, aquella que no ha figurado en el juicio o en el procedimiento como parte en sentido material, pero que sufre un perjuicio dentro del mismo o en la ejecución de las resoluciones, sin haber tenido la oportunidad de ser oída en su defensa por desconocer las actuaciones relativas, quedando incluida en este concepto, asimismo, la parte que no fue emplazada o que fue emplazada incorrectamente.”²²⁶

En este contexto, debe precisarse que si el menor actúa en el procedimiento representado por alguno de sus progenitores, entonces no puede argumentar que es persona extraña a juicio y la garantía de audiencia es respetada cuando el representante interviene en todos los actos del procedimiento, lo cual se refleja en los criterios siguientes:

“MENOR TERCERO EXTRAÑO EN EL JUICIO NATURAL. NO PUEDE ARGUMENTAR EN EL AMPARO TENER ESE CARÁCTER SI COMPARECIÓ A AQUÉL A TRAVÉS DE SU REPRESENTANTE LEGÍTIMO. Si la madre del menor quejoso promovió el juicio ordinario civil de divorcio del cual derivó el acto reclamado y en el amparo que como representante legítima de aquél interpuso para combatir dicho acto, adujo que el infante es tercero extraño a dicho juicio natural, ello es inexacto, porque aceptarlo así implicaría estimar que es posible dividir la personalidad de aquélla en dos partes y afirmar que, no obstante que tenía conocimiento del juicio natural, por haberlo promovido, ignoraba las determinaciones jurisdiccionales acerca de los derechos de patria potestad que el diverso progenitor ejerce sobre el menor las que, evidentemente, podrían afectar a éste; en contra de las cuales el infante, a través de su madre, pudo interponer los recursos establecidos en la ley respectiva, independientemente de que no hubiese sido parte material en el juicio natural.”²²⁷

“MENOR DE EDAD. CARECE DE INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGÚN PRECEPTO LEGAL, CUANDO QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD INTERVINO EN EL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO. Conforme a lo dispuesto por los artículos 225, 497 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México y 24 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, las decisiones judiciales decretadas en ejercicio de acciones del estado civil, perjudican aun a quienes no intervinieron como parte en el juicio respectivo; en estas circunstancias no puede equipararse a un tercero extraño a juicio, el menor, si quien ejerce la patria potestad intervino en el procedimiento ordinario civil; de ahí que no obstante que una determinación judicial lo implique, carece de interés jurídico para reclamar la inconstitucionalidad de las normas

²²⁶ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Común, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Pleno, Tomo VII, Enero de 1998, Tesis: P./J. 7/98, Página 56 [Registro Ius 196,932].

²²⁷ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXVII, Enero de 2008, Tesis: VIII.5o.5 C, Página 2797 [Registro Ius 170,484].

contenidas en aquellos preceptos y, por ende, con base en la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo, procede decretar el sobreseimiento.”²²⁸

Por tanto, la opinión del menor de edad a que se refiere la Convención y Códigos citados y que debe escuchar el juzgador en aquellos asuntos en que se afecten los derechos o intereses de los menores, no se refiere a la garantía de audiencia protegida por la Constitución Federal, ya que el infante no tiene el carácter de parte procesal y que por esto tenga que ser oído y vencido en juicio, únicamente se le escucha para saber su sentir respecto a la controversia y pueda aportar al juzgador más elementos de convicción con el objeto de que al decidir esté en condiciones de privilegiar el interés del menor frente a los intereses de los adultos, sin que la opinión del menor sea vinculante al momento de resolver la controversia; incluso en algunos casos es innecesaria, por no aportar datos útiles al proceso, por ejemplo, en los casos de alienación parental y esto se encuentre determinado pericialmente, tampoco es necesaria la intervención de un representante especial o tutor interino para que se considere que el menor está debidamente representado y escuchado en estos procedimientos, ya que conforme a los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el juzgador de manera oficiosa, debe velar por el interés del menor a efecto de que no sean transgredidos sus derechos, tal como lo ha considerado el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la tesis siguiente:

“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. TIENE UNA DOBLE FINALIDAD, DE SANCIÓN Y DE PROTECCIÓN, LO QUE OBLIGA AL JUZGADOR A ALLEGARSE DE LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA DECIDIR SOBRE AMBOS EXTREMOS. La figura jurídica de la pérdida de la

²²⁸ Ius 2007. Tesis Aislada, Materia(s): Civil, Común, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Segunda Sala, Tomo VIII, Julio de 1998, Tesis: 2a. XCVI/98, Página 212 [Registro Ius 195,916].

patria potestad, en la codificación civil tiene una doble finalidad, por una parte su aplicación constituye una sanción para quien esté en ejercicio de dicha facultad y, por otra, es una medida de protección a futuro para el menor; porque el legislador consideró que la actualización de determinadas conductas de los progenitores o de las personas que ejercen la patria potestad, pueden poner en peligro la integridad física, mental, psicoemocional, económica y sexual del menor o causarle algún daño en tales aspectos, cuya consecuencia debe ser la aplicación de tal medida de carácter excepcional, pues lo ordinario es que ambos progenitores ejerzan tal derecho; de ahí que los órganos jurisdiccionales, al conocer de estos procedimientos, deben tomar pleno conocimiento de los hechos que se invocan como generadores de las causales de privación, mediante las pruebas que aporten las partes y las que recaben los propios juzgadores en uso de las amplias facultades que tienen en estos casos, con la finalidad de contar con todos los elementos que evidencien el estado integral del menor, antes de la presentación de la demanda, el actual y las consecuencias del daño ocasionado o del peligro al que se le expuso, a efecto de tomar las medidas pertinentes en protección del interés del menor, para que se cumpla con la doble finalidad que conlleva esa figura jurídica.”²²⁹

Procesalmente cabe también plantearse la disyuntiva entre la necesidad de resguardar el secreto de lo que el niño expresa, cuando ha sido llamado en virtud de lo prescrito por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño - esto es, a fin de que su opinión sea escuchada-, y la de preservar las garantías del debido proceso.

La hipótesis de una audiencia similar a la de testigos, a la que puedan asistir los litigantes, parece contraproducente no sólo por la inhibición del menor para expresarse con libertad, sino también por las lesiones a las relaciones familiares que necesariamente conlleva.

Por otra parte, el niño no interviene como testigo, sino como persona afectada por el proceso.

La alternativa de una entrevista privada con el juez, sin carácter formal y sin la presencia de las partes o de sus abogados, parecería privar a las partes de las garantías tradicionales del debido proceso.

Ello partiría del supuesto de que la opinión del menor fuera el fundamento de la sentencia; sin embargo, nunca lo expresado por el menor en un proceso en

²²⁹ Tesis aprobada en sesión de 17 de mayo de 2010. La tesis tiene como precedente la ejecutoria dictada en sesión de siete de mayo de dos mil diez, en el Amparo Directo 221/2010. Promovido por Mauricio Reyes Vivas, que fue aprobada por unanimidad de votos.

que sean parte sus ascendientes podría ser la prueba en que se fundará la sentencia, como para que sea necesario garantizar el debido proceso con relación a la forma en que el contenido de la entrevista se incorpora a las actuaciones.

Por lo tanto, la realización de entrevistas privadas con el niño debe, por regla general, ser con la intervención de profesionales especializados según la edad y la condición del menor, priorizando la protección del niño y la reserva de sus dichos por encima de la observancia de las reglas del sistema contencioso.

Ello, sin perjuicio de dejar asentado y reservado en un informe el contenido de la entrevista en virtud de un eventual conflicto futuro.

En conclusión, la obligación del tribunal de oír al menor que se propugna, permitirá la consideración de la información así recogida, como un dato a ser evaluado junto con las demás piezas de convicción. Pero nunca podrá revestir el carácter de prueba definitiva para fundar la sentencia.

5.5.4. Relevancia de la voluntad del menor, revelada al ser oído

Mayores problemas plantea el dar o no valor relevante jurídicamente (y en qué sentido) a la voluntad del menor, a su clara preferencia o a su rotunda negativa en relación con la privación de la patria potestad a uno de sus progenitores.

Desde luego, el resultado de la audiencia del menor no es vinculante para el juzgador en orden a determinar sobre la pérdida de la patria potestad y en algunos casos, dada la condición psicológica del menor, es incluso innecesario escucharlo, por tal razón más que obligación del juzgador, el escuchar al menor debe ser una facultad discrecional del juzgador, la cual desde luego, no debe ser ejercida de manera arbitraria y caprichosa, sino que debe ser producto de un

ejercicio razonado en el que si existen otros elementos de prueba que indiquen lo infructuoso de esa audiencia o que exista algún riesgo o daño al menor, entonces debe omitirse tal audiencia.

En todo caso, es evidente que el valor que se conceda en ese orden a la voluntad del hijo dependerá notablemente del punto de vista más o menos autoritario o liberal que se tenga en cuenta, en la forma de entender la patria potestad (psicológica, educacional y jurídicamente); pero en ciertos casos puede ser tan relevante o determinante que el juez pueda, a pesar de que la norma ordinaria contemple en principio a la privación de la patria potestad como sanción, teniendo en cuenta el interés del menor y su deseo de convivencia con el deudor incumplido, acuda a la finalidad de la figura jurídica y a la Convención Internacional y mantenga ese derecho; por tanto puede este mecanismo enmendar la *ratio legis* y conservar la verdadera naturaleza y finalidad de la privación de la patria potestad que debe ser considerada no sólo como una sanción, sino también como medida de prevención o protección al menor.

Además, como la edad del menor es un aspecto relevante para la audiencia del menor, es conveniente que el Código Civil haga la distinción entre adolescente y menor, esto es, que adolescente sea definido como la persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por la ley y sea precisamente en adolescentes donde se privilegie su audiencia en el procedimiento donde se puedan afectar sus derechos; cabe destacar, que la Ley 14/2010 de veintinueve de mayo de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia aplicable en Cataluña, España, en su artículo 2.2.

contempla esta distinción entre menor de edad y adolescente y en el diverso artículo 7 hace un acotamiento más amplio para los adolescentes.

SEXTO CAPÍTULO

PROTECCIÓN LEGAL Y JURISDICCIONAL ACTUAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS DIVERSAS CAUSAS DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Planteamiento general.- 6.1. La tutela legal y jurisdiccional actual del interés del menor en las diversas causas de privación de la patria potestad.- 6.2. Amplitud de las facultades de los jueces para subsanar las deficiencias en la reglamentación del interés superior del menor en los distintos casos de privación de la patria potestad.- 6.3. Derechos y obligaciones que subsisten a pesar de la privación de la patria potestad.- 6.4. Recuperación de la patria potestad en las diversas causas de privación de la patria potestad.

Planteamiento general

El presente capítulo tendrá por objeto analizar tanto la tutela del interés superior del menor en cada una de las causas de privación de la patria potestad que contiene el Código Civil para el Distrito Federal, como la preservación de ésta por parte de los jueces. Luego, se precisarán los alcances que tiene la privación de la patria potestad y la subsistencia de algunos derechos y obligaciones a pesar de que se actualice alguna causa de privación de la patria potestad. De igual forma, se analizará la procedencia de la recuperación de la patria potestad en las distintas causales de privación de la patria potestad previstas en el Código Civil para el Distrito Federal. Finalmente, se destacarán las deficiencias legislativas y jurisprudenciales existentes que impiden salvaguardar de manera más eficaz el interés superior del menor.

6.1. La tutela legal y jurisdiccional actual del interés del menor en las diversas causas de privación de la patria potestad

Debe tenerse presente que los elementos que integran esta acción pueden ser diversos, de acuerdo a las precisiones que se hicieron en el capítulo cuarto de este trabajo, pues dependerá de la causal de privación que pretenda actualizarse

en el caso a resolver. Cabe estimar que el interés superior del niño o el adolescente debe ser el principio inspirador y fundamentador de las actuaciones públicas, tal como lo establece el artículo 5.1. de la Ley 14/2010 aplicable en Cataluña, España.

Además, debe tenerse en consideración que las reformas tanto al Código Civil como al de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial de tres de octubre de dos mil ocho, variaron substancialmente la parte sustantiva y adjetiva, en lo relativo a los aspectos concernientes a la privación de la patria potestad, ya que con anterioridad a la citada reforma legal se podía tramitar de manera autónoma, como acción principal o bien como prestación derivada del ejercicio de la diversa acción de divorcio, en cuyo caso podía quedar condicionada a la procedencia de la acción principal; en la práctica el ejercicio de la acción conjunta de divorcio necesario con la de privación de la patria potestad se presentaba comúnmente cuando se sustentaban ambas reclamaciones en hechos que podían dar lugar, de manera indistinta, a la procedencia de ambas acciones y por tanto la prueba de los hechos servía para ambos fines.

Con motivo de la citada reforma legal a dichas legislaciones, se estableció el divorcio sin expresión de causa, lo que implica que en la actualidad la acción de pérdida de la patria potestad tenga que estar apoyada en hechos propios, ya que no puede constituir una prestación accesoria, pues la solicitud de divorcio carece de sustento en alguna causal, dada la supresión que de éstas hizo el legislador; por tanto, los elementos de la acción de pérdida de la patria potestad deben establecerse conforme a la descripción que de cada causal aparece en el Código Civil.

A continuación se analiza la forma en que está tutelado el interés superior del menor de acuerdo a cada fracción del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

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

Como se puede observar en esta hipótesis de privación de la patria potestad, sólo se requieren dos elementos para acreditar dicha causal, a saber, que el demandado tenga la calidad de condenado y que dicha condena en el procedimiento judicial se encuentre firme.

La interpretación literal de esta fracción provoca en la práctica cierta problemática, ya que el término “condenado” tanto en los procesos civiles como en los penales es genérico, de acuerdo con el significado que comúnmente se le otorga a la locución “condena”:

“En materia penal, resolución judicial impositiva de una sanción al procesado como autor del delito por el que ha sido juzgado.”.

“En materia civil, decisión judicial contraria al demandado y estimatoria, en todo o en parte, de las pretensiones del actor o demandante.”.²³⁰

La confusión en la interpretación y aplicación del término condenado deriva de que no se alude para esos efectos a las circunstancias relativas a la recurribilidad ordinaria y extraordinaria que pueden admitir las resoluciones judiciales que decretan una condena, ni a las distintas formas en que pueden causar ejecutoria, ya sea mediante declaración judicial o por ministerio de ley, luego no por el hecho de que se dicte una sentencia de condena en contra de quien se pretenda privar de la patria potestad, debe estimarse que dicha condición

²³⁰ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. Tomo A-CH, Séptima edición, Editorial Porrúa, S.A., p. 583.

queda satisfecha; por el contrario, es necesario que tal resolución haya quedado firme o en su defecto que no admita recurso ordinario en su contra.

Esa deficiencia motiva que el interés superior del menor en esta causal esté deficientemente tutelado, pues aparte de que es confusa la redacción de los elementos que integran la acción fundada en esta causal, no se impone al juzgador alguna restricción o modalidad para salvaguardar el interés superior del menor cuando se decida su aplicación.

“II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de este Código;”.

Al igual que en la fracción I en esta causa de privación de la patria potestad se requieren sólo dos elementos para su acreditación, esto es, la existencia de una sentencia firme dictada en un juicio de divorcio y que en el procedimiento incidental posterior se resuelva lo relativo a la privación de la patria potestad.

En este aspecto deben hacerse algunas precisiones, pues el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

I.-Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

II.-Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.

III.-Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

IV.-Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

V.-Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.

VI.-Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.”.

La literalidad de este precepto legal y en especial de la fracción primera indica que, en los casos donde se reclama la pérdida de la patria potestad conjuntamente con el divorcio, la sentencia debiera decidir ambos aspectos de fondo; sin embargo, esto no sucede así, porque la legislación es incongruente al respecto, ya que la sentencia únicamente resuelve lo relativo al divorcio y deja para la vía incidental lo relativo a la privación de la patria potestad, incluso como lo relativo a la pérdida de la patria potestad no puede ser materia del convenio que las partes formulan en los casos de divorcio, entonces necesariamente la vía incidental debe ser el medio procesal para resolverse, donde con vista de las pruebas que rindan las partes se decide lo relativo a la privación de la patria potestad y por consiguiente, todas las prevenciones que el legislador instituyó a favor de los menores a considerar en la sentencia son nugatorias, pues se reitera en ésta, sólo se decide lo relativo al divorcio, lo que desde luego se hace en acatamiento a la jurisprudencia firme de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece:

“DIVORCIO POR DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD. ANTE LA FALTA DE ACUERDO DE LAS PARTES RESPECTO DEL CONVENIO PARA REGULAR LAS OBLIGACIONES QUE PERSISTEN DESPUÉS DE DISUELTO EL MATRIMONIO, EL JUEZ DE LO FAMILIAR DEBE DECRETAR AQUÉL Y RESERVAR PARA LA VÍA INCIDENTAL LA RESOLUCIÓN DE TODAS LAS DEMÁS CUESTIONES (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE A PARTIR DEL 4 DE OCTUBRE DE 2008). Conforme a los artículos 88, 255, fracción X, 260, fracción VIII, 272-A y 272-B del Código de Procedimientos Civiles y 287 del Código Civil, ambos para el Distrito Federal, cualquiera de los cónyuges puede unilateralmente reclamar del otro la disolución del vínculo matrimonial, sin necesidad de invocar alguna causa y sin importar la posible oposición del cónyuge demandado. Asimismo, en la demanda relativa y en el escrito de contestación, el actor y el demandado deben ofrecer las pruebas para acreditar la propuesta o contrapropuesta del convenio que regule las consecuencias derivadas de la disolución del matrimonio, como pueden ser, en su caso, las relacionadas con los hijos menores e incapaces, los alimentos para los hijos y/o para el cónyuge, el uso del domicilio conyugal y menaje, la administración de los bienes de la sociedad conyugal hasta su liquidación y el señalamiento de la compensación prevista en la fracción VI del artículo 267 del citado código sustantivo para el caso de que el matrimonio se haya celebrado bajo el régimen de separación de bienes. Ahora bien, la conformidad de los cónyuges respecto del indicado convenio no es suficiente para su aprobación, sino que debe satisfacer los requisitos legales y, para verificarlo, el juez de lo familiar ha de apoyarse en las pruebas que las partes ofrezcan en los escritos de demanda y contestación y que habrán de desahogarse en la vía incidental; de manera que si el cónyuge demandado está de acuerdo con la propuesta de convenio presentada por su

contrario y reúne los requisitos legales, el juez lo aprobará y decretará el divorcio, sin necesidad de dictar sentencia, pues en realidad no decide alguna cuestión litigiosa. Así, de la interpretación sistemática de los referidos preceptos se concluye que ante la falta de dicho acuerdo, el juez de lo familiar únicamente debe decretar el divorcio y reservar para la vía incidental la resolución de las demás cuestiones, entre ellas la de la mencionada compensación, en tanto que el exacto cumplimiento de los requisitos del convenio aludido debe sustentarse en las pruebas ofrecidas por las partes. Lo contrario implicaría permitir que el juez resuelva sobre un aspecto que debe ser materia de convenio sin contar con pruebas admitidas y desahogadas conforme a las formalidades legales correspondientes, lo cual violaría el derecho de contradicción de los cónyuges y rompería con las condiciones de impartición de justicia imparcial.”²³¹

En consecuencia, debe concluirse, que las prevenciones formuladas por el legislador con el objeto de tutelar el interés superior del menor en la sentencia que resuelva sobre el divorcio se han hecho nugatorias por la jurisprudencia, ya que se privilegia el derecho de contradicción de las partes frente al contenido del artículo 283 citado, lo cual puede ser explicable en función de que, en los procedimientos de divorcio no existe apertura de período probatorio, de conformidad con el último párrafo del artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pues las pruebas que se presenten con la demanda y la contestación únicamente se ordenará su preparación y se señalará fecha para su desahogo en el incidente correspondiente; de esta forma, la privación de la patria potestad debe resolverse necesariamente en la vía incidental, con vista de todos los elementos de prueba que aporten las partes y, en su caso, los que recabe el juzgador, dado que es indiscutible, que este pronunciamiento del juez requiere contar con todos los medios de convicción que posibiliten la ponderación de la doble finalidad que tiene esta figura jurídica de protección al menor y de sanción para quien ejerce la patria potestad.

Cabe acotar, que en la sentencia que decreta el divorcio pueden decretarse medidas provisionales en protección de los menores, pero ninguna de éstas tiene

²³¹ Ius 2007. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Primera Sala, Tomo XXXI, Abril de 2010, Tesis: 1a./J. 137/2009, Página 175 [Registro Ius 164795]

el carácter definitivo, ni queda vinculado a éstas el juzgador al resolver en la vía incidental.

Por tanto, la tutela del interés del menor, en este caso de privación de la patria potestad, está deficientemente regulada por el legislador, pues estableció medidas de protección en favor de los menores que no pueden considerarse en la sentencia que debiera resolver esta cuestión y la jurisprudencia tampoco se ha pronunciado en el sentido de que al resolver en la vía incidental el juzgador deba sujetarse a tales medidas de protección, no obstante que el legislador las hubiera establecido para considerarse en un momento diverso.

“III. En el caso de violencia familiar en contra del menor;”

En esta causa de privación de la patria potestad, lo que se protege es la integridad física y psíquica del menor, sin embargo, no existe una tutela directa del legislador sobre el interés superior del menor, porque, al igual que en las anteriores causales, sólo deben acreditarse los elementos de la acción (1. Que uno de los progenitores ejerza en contra del menor una fuerza física o moral; 2. Que esa fuerza física o moral atente contra la integridad física, psíquica o ambas, del menor, independientemente de que pueda producir o no lesiones; y, 3. Que la violencia familiar sea de tal magnitud que resulte suficiente e idónea para imponer esa sanción), para estimar actualizada la causal en estudio.

En esta causal de privación de la patria potestad, tendrá suma relevancia el buen criterio del juzgador para apreciar el grado de violencia familiar que se ejerce contra el menor, pues debe ser “suficiente” para que amerite la aplicación de esta causal.

Cabe la siguiente interrogante ¿Cómo se define la suficiencia citada? Aquí deben intervenir diversos factores, desde la idiosincrasia del juez hasta el medio social donde se desenvuelve el menor, no privan las mismas circunstancias en las personas cercanas al medio rural, que aquéllas desarrolladas en las concentraciones urbanas; sin duda, el grado cultural de quienes ejerzan la patria potestad debiera ser uno de los factores más determinantes para la aplicación de esta causal, así como la determinación del factor desencadenante de la violencia.

Es conveniente evitar en lo posible el exceso de reglas fijadas por el legislador y privilegiar más la libertad del juzgador al momento de apreciar los hechos que han de servir de base para la sentencia; sin embargo, en esta causal la libertad conferida al juez es ilimitada y en cierto modo excesiva, pues no fija el legislador, por lo menos, las bases o peculiaridades que debe tener en consideración el juez al resolver, pues no lo obliga a investigar el factor desencadenante de la violencia familiar, tampoco otros como es el nivel cultural del demandado, edad del menor, tipo de violencia, la contribución del menor por su hiperactividad o de terceros que vivan bajo el mismo techo, menos se establece la obligación de contar con el auxilio de peritos que le informen la gravedad y el impacto sobre el menor de esa violencia familiar, etcétera, ya que no debe soslayarse que en la mayoría de los casos, el juez, para resolver sólo se basa en los hechos narrados por las partes y en las pruebas que éstas aportan, circunstancias que denotan una deficiencia en la protección de los intereses de los menores, derivada tanto de defectuosa regulación establecida por el legislador, como por la aplicación práctica de dicha causal por los jueces.

Además, tal como se hizo en la Ley 14/2010 de veintisiete de mayo aplicable en Cataluña, España, debe establecerse la priorización de la permanencia del niño o el adolescente en un entorno familiar libre de violencia.

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

Los elementos que integran el ejercicio y acreditación de la acción de pérdida de la patria potestad por incumplimiento de la obligación alimentaria en el lapso mayor a noventa días sin causa justificada, pueden dividirse en tres:

- a) El derecho a recibir alimentos por parte del menor;
- b) El incumplimiento del demandado en la ministración de los alimentos; y,
- c) Que la temporalidad en que ocurra el incumplimiento sea mayor a noventa días.

Tampoco en esta causa de privación de la patria potestad se advierte que se tutele adecuadamente el interés superior del menor, ya que al igual que en las causales precedentes no existen bases para ponderar el interés del menor al aplicar esta causal.

En la aplicación de esta causal intervienen aspectos o criterios más apegados a los casos ordinarios de deudas, que a los asuntos de naturaleza familiar, pues no se pondera la gravedad que origina el incumplimiento de la obligación alimentaria, ni el impacto que pueda tener en la persona del menor la aplicación de la causal.

En efecto, para estimar que hay incumplimiento tiene necesariamente que estar determinado el monto de la obligación alimentaria y de esta forma se puede

estar en aptitud de apreciar si el incumplimiento es parcial o total, aunque para la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación esta dualidad es irrelevante, porque en ambos casos, parcial o total, determina que debe aplicarse esta causal de privación de la patria potestad con abstracción del impacto que esto pudiera tener sobre el menor, lo anterior de conformidad con las jurisprudencias 1ª./J.13/2007 (Registrada con el número 172,719) y 1ª./J.14/2007 (Registrada con el número 172,720), que se han citado en el segundo capítulo de este trabajo.

En la práctica, la actividad del juzgador se ciñe en esta causal a decidir como si estuviera frente a una acción de pago de pesos derivada de una obligación mercantil o civil común, esto es, verificar que la parte actora tenga derecho al pago y luego que el demandado acredite el cumplimiento total de la obligación a su cargo, pues el pago corresponde demostrarlo al deudor y no el incumplimiento al acreedor y si se alega por el demandado alguna causa de justificación en el incumplimiento de su obligación tiene la carga de la prueba de demostrarla plenamente.

La segunda de las jurisprudencias citadas (1ª./J. 14/2007), sostiene que el incumplimiento de la obligación alimentaria es contraria a la finalidad de prevención y conservación de la integridad física y moral de los hijos inmersa en la figura de la patria potestad y por tanto el cumplimiento de esa obligación debe ser total; sin embargo, esta consideración se hace con el objeto de justificar la imposición de la sanción, pero no atiende a la tutela efectiva del interés del menor, porque ninguna consideración se hace sobre el impacto que pueda tener la

aplicación de la causal, pues puede suceder que las pruebas de la justificación del incumplimiento parcial sea deficiente, como pudiera acontecer en los casos de la baja en las ventas de los productos que ofrece el deudor; el despido y la falta de oportunidad o diligencia para encontrar un nuevo empleo; la morosidad de los deudores del demandado, etcétera. Por tanto, es necesario que la gravedad del incumplimiento y el riesgo en que se colocó al menor con el incumplimiento, así como el posible impacto que tendrá la aplicación de la causal sobre el menor, sean aspectos a considerarse en la aplicación de esta causal, porque de lo contrario, se atiende sólo a uno de los fines de la privación de la patria potestad que es la sanción al deudor incumplido, pero se soslaya el interés superior del menor al quedar privado de la labor de dirección de un progenitor, razón por la que no está debidamente tutelado el interés del menor tanto por el legislador como por el juzgador en esta causal.

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

Como hemos visto, para que se actualice esta causa de privación de la patria potestad se requieren los elementos siguientes:

a) La existencia de un abandono completo y absoluto de los hijos, comprendiendo la separación física y el abandono de todos los deberes inherentes;

b) Que la temporalidad en que ocurra el abandono sea mayor a tres meses;
y,

c) Que el abandono sea sin causa justificada.

En la práctica, el abandono suele confundirse con la ausencia, pero son cuestiones diversas, porque puede existir ausencia pero no el abandono al que se refiere esta causal, entendido como el desapego total a los deberes que derivan de la patria potestad, por lo que, en caso de que exista ministración de alimentos no puede haber abandono.

En esta causal tiene especial relevancia el elemento intencional, ya que puede suceder que el abandono se deba a una causa justificada, como sucede en los casos de enfermedades contagiosas o un estado de enajenación temporal, donde la voluntad del progenitor no puede ser considerada como factor para la aplicación de la causal.

Por tanto, el interés del menor en esta causal corresponde salvaguardarlo al juzgador mediante la obtención de pruebas que le permitan apreciar la causa del abandono y si se alegare justificación para éste, el juzgador deberá considerar pruebas que lo acrediten, ya sea que las aporten las partes o las recabe oficiosamente, pero en este caso no existe obligación para que se obtengan pruebas sobre el impacto que pudiera tener la privación de la patria potestad sobre el menor, porque acreditado el abandono esto implica una gravedad extrema y un desapego total a los deberes y a las obligaciones que derivan del ejercicio de la patria potestad que ameritan, desde luego, la aplicación de la sanción y la separación del menor de la tutela del demandado, debiendo otorgarse la guarda y custodia a persona diversa y por consiguiente el ejercicio de la patria potestad, con lo cual se cumple con la doble finalidad de esta figura jurídica.

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

Para que se actualice esta causa de pérdida de la patria potestad, deben darse dos supuestos, a saber: a) Que el padre o la madre cometan contra la persona o bienes de los hijos un delito doloso; y, b) Que el titular de la patria potestad reciba una sentencia condenatoria en un proceso penal, la cual debe estar ejecutoriada.

En esta causal no se encuentra debidamente tutelado el interés del menor, en virtud de que es incompleto el texto legal y confuso para su aplicación.

Lo incompleto deriva de que para la aplicación de esta causal sólo contempla la comisión de delitos dolosos, pero omite a los delitos culposos y no siempre es posible la comprobación del dolo en la conducta de agente activo del ilícito, por ejemplo en el delito de lesiones, donde las causadas acontecen generalmente en el interior del domicilio en que habita el menor con sus progenitores y no existe la presencia de testigos, y a pesar de ser recurrentes las lesiones, existe imposibilidad para clasificarlas como dolosas, porque la versión que proporciona el menor es la indicada por el causante o progenitor, quien lo amenaza con un castigo mayor si cambia la versión sugerida.

También es confuso el texto legal en esta causal, porque requiere expresamente que la sentencia que determinó la responsabilidad penal del sujeto al que ha de privársele de la patria potestad esté debidamente ejecutoriada.

En el sistema legal mexicano, las sentencias causan ejecutoria en su generalidad, las que no admiten ningún recurso o las que admitiendo alguno no

fueren recurridas o habiéndolo sido, se haya declarado desierto el interpuesto o haya desistido el recurrente de él y finalmente las consentidas expresamente por las partes, sus representantes legítimos o sus mandatarios con poder bastante. Sin embargo, esas reglas operan para los efectos de los procedimientos ordinarios, pero estas sentencias a pesar de causar ejecutoria admiten en su contra el juicio de amparo y en ese evento su ejecución puede estar subjúdice si se promueve el juicio de amparo y se concede la suspensión del acto reclamado, ya que no se advierte causa para no decretarse; por regla general, la promoción de la demanda de amparo está sujeta a una temporalidad (artículos 21 y 22 de la Ley de Amparo), pero en materia penal no existe término para la presentación de la demanda, lo que implica que si se intenta la acción de pérdida de la patria potestad, puede el demandado excepcionarse diciendo que está subjúdice esa sentencia, por virtud de la suspensión concedida en el amparo que promovió en su contra y, entonces, el juez puede declarar la improcedencia de la acción o, en su defecto, si es del criterio de que está frente a una sentencia ejecutoria, a pesar de la promoción del amparo, ya que no la priva de tal naturaleza, entonces declarará procedente la acción, pero si se concede el amparo la patria potestad tendrá que ser recuperada por el demandado y esa sentencia que decretó tal medida no tendrá efecto alguno.

Como puede advertirse, el interés del menor en esta causal no se encuentra debidamente tutelado, en virtud de la deficiente regulación efectuada por el legislador.

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

Para la acreditación de esta causa de privación de la patria potestad deben concurrir dos elementos de la acción, esto es, que el titular de la patria potestad reciba dos sentencias condenatorias en dos procesos penales diferentes e independientes por diversos hechos, aunque se trate del mismo ilícito; y, que se trate de delitos graves.

En consecuencia, la falta de existencia de alguno de los elementos antes citados, motiva que la acción deba desestimarse, pues no basta que se acredite uno o dos elementos, sino que deben surtirse en su integridad.

En esta causal se advierte que el legislador incurrió en deficiencias que impiden, que el interés superior del menor sea debidamente tutelado, ya que limitó la conducta de quien ha de ser privado de la patria potestad a la modalidad de que el delito cometido sea considerado como grave, lo cual incluso representa cierto problema en la práctica, porque la gravedad debe ser atendida en términos de la clasificación que establece la ley penal y no la doctrina; además, en el sistema penal mexicano existe un Código Penal Federal y diversos Códigos Penales de las entidades federativas y, cada uno contempla su propio catálogo de delitos graves, por lo que, bien pudiera suceder que el delito sea considerado como grave por alguna legislación, pero en el lugar donde deba tramitarse el procedimiento de privación no esté contemplado como tal y en ese evento no pudiera prosperar la acción respectiva, esto demuestra que la tutela del interés del menor no está suficientemente regulada, debido a que estaría en ejercicio de la patria potestad una persona a quien le han recaído diversas condenas penales, sobre un mismo delito o sobre varios delitos no graves, estando el menor expuesto al peligro

constante de convivir con un delincuente, quien incluso puede dirigir la formación del menor.

En este mismo sentido, no se explica por qué el legislador limitó la procedencia de esta causal a que se trate de la comisión de delitos graves o dolosos, cuando es igual el peligro al que se expone al menor cuando convive cotidianamente o está dirigida su vida por un delincuente habitual, razón por la que en esta causal también se debiera contemplar como sujetos de privación de la patria potestad a los delincuentes habituales, e incluso, para la procedencia de la acción, sólo debe exigirse la existencia de dos o más sentencias penales condenatorias respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario.

Cabe acotar que, la exigencia referida en relación la existencia de dos sentencias penales condenatorias, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario, se debe a que en la práctica resulta difícil la aplicación inmediata de esta causal si se exige como presupuesto el que hubieran causado ejecutoria, como se hace en la causal de privación precedente, o incluso, es inadecuada la redacción que emplea el legislador al establecer que será privado de la patria potestad, cuando el que la ejerza sea “condenado” dos o más veces por delitos graves, ya que una interpretación gramatical de esas figuras jurídicas lleva a estimar que la promoción del amparo y la suspensión del acto reclamado, puede afectar la condición de ejecutoria de una sentencia, pues la existencia de este medio extraordinario genera duda sobre la procedencia de la acción o de que una vez resuelta la sentencia respectiva, quede sin efectos, si se concede el amparo; y también es discutible en qué momento se adquiere la calidad de

condenado, ya que en términos literales puede considerarse a quien recibe una sentencia, pero si admite recurso ordinario, ésta puede ser revocada, modificada o nulificada y entonces la procedencia de la acción puede verse afectada, por lo que es más preciso y conveniente establecer la exigencia de dos sentencias penales condenatorias respecto de las que no proceda ningún recurso ordinario, como condición de procedencia de la acción de privación de la patria potestad, en lugar de requerir que se trate de sentencias que hayan causado ejecutoria o que el demandado tenga la calidad de condenado, razones que demuestran que el interés del menor no está debidamente tutelado en esta causal.

Es conveniente, que el Código Civil establezca situaciones de riesgo que puedan afectar el desarrollo del niño y del adolescente, como es el caso de esta causal y la precedente donde la situación de riesgo es muy probable que repercuta en la integridad física, psíquica y social del menor y del adolescente, tal como acontece con la Ley 14/2010 de veintisiete de mayo en esta materia, donde se definen ciertas situaciones de riesgo y desamparo, pero que en su última hipótesis de las citadas en el artículo 102.2.i. alude a cualquier otra circunstancia que, en caso de persistir, pueda evolucionar en el desamparo del niño o el adolescente y en el diverso 105.2.g. contempla como causa de desamparo la inducción a la delincuencia. Además, es conveniente que se le dote al juzgador de ciertas medidas cautelares con el propósito de que mientras se decide lo relativo a la privación de la patria potestad las aplique de manera oficiosa, con vista de los hechos expuestos y de las pruebas que se vayan aportando al procedimiento.

6.2. Amplitud de las facultades de los jueces para subsanar las deficiencias en la reglamentación del interés superior del menor en los distintos casos de privación de la patria potestad

Los artículos 941 y 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, disponen lo siguiente:

“ARTÍCULO 941.- El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.- En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento”.

“ARTÍCULO 942.- No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre cónyuges sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.- Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad.- Tratándose de violencia familiar prevista en el Artículo 323 Ter del Código Civil para el Distrito federal en materia común y para toda la República en materia federal, el juez exhortará a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran en la misma audiencia el juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, verificará el contenido de los informes que al respecto hayan sido elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público”.

De los artículos transcritos, se advierte que el juez de lo familiar debe intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y que no se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación.

Esto es, el juez de lo familiar debe anteponer el interés de los menores, por encima de los intereses de sus padres, y por ello está facultado ampliamente para resolver de oficio y de manera inmediata lo que más convenga a los hijos, pues siempre debe atender al interés superior de los menores.

La actuación de quienes ejercen la patria potestad y de los poderes públicos (juzgador) debe estar regida primero por el interés del menor, lo que es consecuente con su finalidad, puesto que la privación de la patria potestad es una medida que debe adoptarse en *interés y beneficio del propio menor*. El beneficio del propio menor ha de ser siempre el fundamento de toda intervención en la intimidad familiar y, por tanto, el de la privación de la potestad de los padres.

En consecuencia, destaca el carácter protector de la privación de la patria potestad. El juicio de oportunidad o necesidad de la misma no debe prescindir de la diversa finalidad de castigar una conducta de los padres, aunque la consecuencia sea una efectiva privación de derechos, dado que los padres pierden el derecho a ejercer la patria potestad.

En el ámbito de la privación de la patria potestad, se ha visto que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación destaca en su generalidad sólo el carácter de sanción al adoptarse esta medida, pues prescinde de la situación en que se encuentra el menor y del futuro de éste en el que se le colocará al aplicarse tal sanción.

Los criterios de la Corte revelan que en las decisiones sobre privación de la patria potestad prevalece el juicio de culpabilidad en la conducta de los padres que da lugar a la privación de la potestad, con la consecuencia de aplicar una sanción a esa conducta, mas no se toma en consideración el interés del menor como aspecto determinante a considerar en la imposición de esa sanción.

Así, la figura jurídica de la privación de la patria potestad en la actualidad se responde más a una finalidad punitiva que a una función protectora.

Por ello, con la privación de la patria potestad de los padres debe protegerse primordialmente los intereses del menor aunque, a la vez, se castigue al propio progenitor; de ahí que, la orientación principal que debe inspirar a la aplicación de tal medida debe ser la protección del interés de los hijos, aunque la sombra de la sanción está también presente.

La posición que considera a la privación de la patria potestad sólo como una sanción hacia los progenitores sin valorar los efectos perjudiciales que conlleva una separación del menor de sus padres debe ser rechazada, dado que es una medida que puede penalizar en mayor medida al hijo que al propio progenitor, como se destacará más adelante.

No obstante, en la práctica los juzgadores son renuentes a privilegiar el interés superior del menor por encima de la tutela legal de las causas de pérdida de la patria potestad y a manera de ejemplo se cita el caso que a continuación se refiere y que por su significación resulta oportuno comentar.

Ante un Juez de lo Familiar del Distrito Federal, se promovió un juicio ordinario civil en el que se reclamó de la demandada, entre otras prestaciones, la pérdida de la patria potestad con base en que la enjuiciada había provocado sobre el menor el síndrome de alienación parental y con esto la provocación de violencia familiar, al impedir que el citado menor conviviera con su padre y manipularlo con la intención de predisponerlo contra dicho progenitor; radicado que fue el juicio y durante el trámite procesal de primer grado, se exhibió un informe pericial en materia de psicología rendido por el perito nombrado por el actor, en el que concluyó que sí existía un síndrome de alienación parental inducido por la madre

del menor; cabe señalar, que en el juicio de origen no obró dictamen pericial rendido por la demandada; seguido el juicio natural por todas sus etapas, el juez del conocimiento condenó a la demandada a la pérdida de la patria potestad, y la Sala de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal revocó tal condena al negar eficacia probatoria al informe en materia psicológica rendido en la primera instancia por considerar que a la fecha de emisión de tal resolución tenía una antigüedad mayor a seis meses, pero inconforme el actor promovió juicio de amparo directo en su contra, el cual se radicó con el número D.C. 221/2010 ante el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, quien concedió el amparo y protección de la Justicia Federal por la circunstancia de que la sala responsable sólo atendió a la existencia de la prueba plena que debe haber en los casos de privación de la patria potestad, pues procedió a desestimar por cuestiones de temporalidad el dictamen pericial rendido en el juicio natural, y no a proveer en la segunda instancia del juicio sobre la recepción de pruebas tendientes a dilucidar el punto concreto de la litis establecida y, en su caso, obtener otros datos que le permitieran determinar la existencia o no de violencia familiar que se alegó había sido causada al menor.

El tribunal colegiado en su ejecutoria por la que concedió el amparo solicitado estimó en lo conducente lo siguiente:

“QUINTO.- Son fundados los conceptos de violación formulados por el quejoso.- En los motivos de inconformidad expuestos por el quejoso esencialmente se alega la incorrecta desestimación del dictamen pericial rendido en la primera instancia del juicio de origen, porque no se permitió demostrar la conducta pasada de violencia ejercida por la madre del menor hacia éste; además, no se consideró de tal probanza el síndrome de alienación parental ejercido sobre el menor y el cual no fue detectado a través de los estudios psicológicos practicados en la segunda instancia del juicio natural.- Para una mejor comprensión de lo alegado en los conceptos de violación, es necesario precisar cómo se estableció la litis en el juicio de origen, de esta manera, se advierte que el actor demandó de la enjuiciada la pérdida de la patria potestad ejercida sobre el menor, la reparación del daño moral ocasionado y el pago de gastos y costas, e indicó como hechos fundatorios de sus

pretensiones que la reo no vive en el domicilio acordado en un juicio previo, para servir de habitación a la demandada, quien se abstuvo de notificar el cambio y con ello el paradero del menor, que la enjuiciada ha ejercido sobre el menor el síndrome de alienación parental y con ello violencia familiar, al impedir que el citado menor conviva con su padre y manipularlo con la intención de predisponerlo contra dicho progenitor, de ahí que exista riesgo inminente de transformar la conciencia del niño con objeto de impedir, obstaculizar e incluso destruir los vínculos con su progenitor hasta conseguir que lo odie o rechace.- Por su parte la demandada al dar contestación a la demanda negó la procedencia de las prestaciones reclamadas por no darse los supuestos del artículo 444, del Código Civil para el Distrito Federal, no haber causado daño moral a alguna persona y en consecuencia resultar improcedente el pago de gastos y costas; en atención a los hechos reconoció haber cambiado de domicilio por cuestiones económicas y de insuficiencia de la pensión alimenticia que dice no cumplirse puntualmente, sin proporcionar al demandante el nuevo domicilio; asimismo negó la existencia del síndrome de alienación parental ejercido sobre el menor hijo de los litigantes y negó la realización de manipulaciones emocionales o de cualquier otra índole sobre dicho menor; de ahí que, no exista riesgo inminente de transformar la conciencia de este último y obtener el odio o rechazo hacia su progenitor.- Durante el trámite procesal de primer grado, mediante escrito presentado el dieciséis de octubre de dos mil ocho, se exhibió el informe pericial en materia de psicología rendido por el perito nombrado por el actor en el que concluyó que sí existe un síndrome de alienación parental inducido por la madre del menor.- Cabe señalar, que no obra en el sumario de origen dictamen pericial alguno rendido por parte de la demandada.- En ese orden, la litis en el juicio natural se ciñó a determinar si era procedente o no la privación a la demandada de la patria potestad que ejerce sobre su menor hijo por incurrir en conducta relacionada con violencia familiar contra dicho menor, que concretamente hizo el actor consistir en la existencia del síndrome de alienación parental, que puede derivar en una situación de odio o rechazo hacia su progenitor.- Ahora, en la sentencia reclamada la sala responsable negó eficacia probatoria al informe en materia de psicología rendido en la primera instancia del juicio de origen por considerar que a la fecha de emisión de tal resolución (dieciocho de febrero de dos mil diez), ya tenía una antigüedad mayor a seis meses, de ahí que durante la substanciación del recurso de apelación se ordenara la práctica de estudios psicológicos a los contendientes y al menor en forma amplia, general y extensa, lo cual se puede corroborar con el contenido del auto de quince de junio de dos mil nueve. En ese orden, se advierte que los estudios psicológicos fueron presentados ante la sala responsable el uno de octubre de dos mil nueve cuyas conclusiones y recomendaciones fueron transcritas por la sala responsable.- Luego, de la lectura de las conclusiones precisadas en los estudios psicológicos aludidos, se advierte que la psicóloga designada al practicar los estudios respectivos, se refirió exclusivamente a las circunstancias relativas a la personalidad de los contendientes y a los efectos que esto produce, en tanto que respecto del menor describió también la personalidad, el padecimiento de enuresis que presenta y la percepción que tiene sobre el ambiente que le rodea.- Sin embargo, como se ve, esos estudios psicológicos no pueden arrojar algún dato particular concreto para resolver la litis en el juicio natural relacionada con la violencia familiar ejercida sobre el menor bajo la forma de síndrome de alienación parental, y menos aún arroja datos concluyentes sobre las consecuencias de tal forma de violencia.- En efecto, la figura jurídica de la pérdida de la patria potestad, en la codificación civil tiene una doble finalidad, por una parte su aplicación constituye una sanción para quien esté en ejercicio de dicha facultad y, por otra, es una medida de protección a futuro para el menor; porque el legislador consideró que la actualización de determinadas conductas de los progenitores o de las personas que ejercen la patria potestad, pueden poner en peligro la integridad física, mental, psicoemocional, económica y sexual del menor o causarle algún daño en tales aspectos, cuya consecuencia debe ser la aplicación de tal medida de carácter excepcional, pues lo ordinario es que ambos progenitores ejerzan tal derecho; de ahí que los órganos jurisdiccionales, al conocer de estos procedimientos, deben tomar pleno conocimiento de los hechos que se invocan como generadores de las causales de privación, mediante las pruebas que aporten las partes y las que recaben los propios juzgadores en uso de las amplias facultades que tienen en estos casos, con la finalidad de contar con todos los elementos que evidencien el estado integral del menor, antes de la presentación de la demanda, el actual y las consecuencias del daño ocasionado o del peligro al que se le expuso, a efecto de tomar las medidas pertinentes en protección del interés del menor, para que se cumpla con la doble finalidad que conlleva esa figura jurídica.- Entonces, resulta que la sala responsable al apoyarse en los estudios psicológicos aludidos para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada

contra la sentencia definitiva de primer grado, y considerar la inexistencia de violencia familiar ejercida sobre el menor, desatendió a los puntos concretos de la litis establecida en el juicio de origen, pues de ningún modo se refirió a la especie de violencia alegada por el actor en el juicio de origen, de tal manera que omitió pronunciarse acerca de la existencia de aquel síndrome en el menor, si éste efectivamente constituye una forma de violencia familiar y en su caso, si existe algún tipo de consecuencia hacia el futuro en la relación entre el menor y su padre que amerite la aplicación de la privación de la patria potestad respecto de la demandada.- Por tanto, es claro que la sala responsable sólo atendió, en todo caso, a la finalidad protectora que tiene la privación de la patria potestad en estos procedimientos, pues procedió a desestimar por cuestiones de temporalidad el dictamen pericial rendido en el juicio natural, y no a proveer en la segunda instancia del juicio sobre la recepción de pruebas tendientes a dilucidar el punto concreto de la litis establecida y en su caso, obtener otros datos que le permitieran determinar la existencia o no de violencia familiar ejercida contra el menor, por lo que no pudo estar en condiciones de resolver correctamente sobre la pérdida de la patria potestad que se demandó por el actor.- Cabe señalar que si bien la sala responsable por la naturaleza del asunto de que se trata, se encuentra facultada para resolver lo más benéfico para el menor y por la misma razón puede obtener todas aquellas pruebas que sean pertinentes para estar en condiciones de tomar la decisión que más favorezca al menor, lo cierto es que tampoco puede alejarse o desconocer los puntos de la litis planteada en el juicio de origen, ya que de ser así incurriría en incongruencia al momento de resolver en definitiva, pues no se ocuparía de los puntos concretos alegados por las partes, concretamente de la existencia o no del síndrome de alienación parental en la persona del menor, y las consecuencias de ello para su correcto desarrollo y convivencia con sus progenitores.- Así, al no actuar la responsable en los términos anotados, violentó en perjuicio del quejoso el principio de congruencia que debe regir en toda resolución judicial y por ello procede concederle la protección constitucional solicitada para los siguientes efectos:- 1.- Se deje insubsistente la sentencia reclamada; 2. En su lugar se dicte otra en la que se decrete la recepción de pruebas tendientes a conocer la existencia o no del síndrome que alega el actor como causa de violencia familiar y que da lugar a la pérdida de la patria potestad, así como las consecuencias de tal síndrome; y, 3.- Con plenitud de jurisdicción se resuelva lo que conforme a derecho corresponda.”.

Lo decidido por el órgano de control constitucional permite advertir que en los casos de privación de la patria potestad los juzgadores de instancia deben ejercer las amplias facultades que tienen para recabar pruebas, con independencia de las que aporten las partes, pues éstas no siempre son suficientes para decidir la controversia, por lo que no deben alejarse o desconocer los puntos de la litis planteada en el juicio de origen, cuando se alegue la existencia de alguna causal de privación de la patria potestad y se precise además el hecho generador de la misma, ya que no privan las reglas procesales que existen en los procedimientos ordinarios, por el contrario, el interés superior del menor obliga a resolver los puntos concretos alegados por las partes, como en el caso citado, donde debió determinarse la existencia o no del síndrome de

alienación parental del menor y, en caso de existir, apreciar las consecuencias de esto para su correcto desarrollo y convivencia con sus progenitores.

Cabe destacar que los tribunales en general cuando conocen y deciden este tipo de controversias se apoyan fundamentalmente en los medios de convicción aportados por las partes, aunado a que el legislador ha tergiversado las finalidades que tiene la pérdida de la patria potestad, pues si bien la pérdida de la patria potestad debe ser una sanción, también existe otra que se ha perdido de vista, y que es la relativa a que esa figura jurídica constituye a su vez, una medida de prevención o protección hacia el menor y que de aplicarse deben ponderarse ambas situaciones por el juzgador, pero lamentablemente sólo se ha privilegiado el aspecto de sanción y a esto ha contribuido también la interpretación de los tribunales y en especial que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha destacado esta doble finalidad en toda su extensión; sin embargo, como ya se precisó en el capítulo anterior, el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al pronunciarse sobre este tema sostuvo la tesis de rubro: ***“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. TIENE UNA DOBLE FINALIDAD, DE SANCIÓN Y DE PROTECCIÓN, LO QUE OBLIGA AL JUZGADOR A ALLEGARSE DE LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA DECIDIR SOBRE AMBOS EXTREMOS.”***, la cual pondera la doble finalidad de la pérdida de la patria potestad y la forma en que debe anteponerse el interés superior del menor para cumplir con esa doble finalidad, esto es, como sanción y como medida de protección a futuro para el menor.

6.3. Derechos y obligaciones que subsisten a pesar de la privación de la patria potestad

La consecuencia automática de la privación de la potestad de los padres es que el progenitor afectado por la resolución judicial pierda la titularidad de la misma y de los deberes y obligaciones que conlleva ésta, quedando sometido el menor sólo a la patria potestad del otro progenitor.

El punto de partida para el análisis de los efectos de la privación de la potestad debe ser su caracterización como una medida de protección al menor y no solamente su vertiente punitiva, así debe tenerse en cuenta también que el progenitor conserva su relación paterno-filial con su hijo, a menos que el menor de edad haya sido adoptado por otra persona. Por tanto, también la conservación o la pérdida de deberes jurídicos por parte de los progenitores, así como su alcance, debe interpretarse desde esta óptica protectora, lo que no necesariamente equivale a reconocer un amplio nivel de intervención a los padres privados de la potestad.

Debe señalarse que el progenitor privado de la patria potestad conserva una serie de deberes y obligaciones legales respecto a sus hijos que derivan de su condición de padre o de madre. Son deberes y obligaciones que también pueden verse acrecentados en el titular de la potestad que conserva su ejercicio, con motivo de la privación de la patria potestad.

Así, el artículo 285 del Código Civil para el Distrito Federal establece que los progenitores a pesar de que pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

“Artículo 285. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.”.

Dentro de las obligaciones o deberes que conserva el progenitor privado de la patria potestad podemos mencionar las siguientes:

a) Deber de velar por los intereses patrimoniales del menor de edad.- Es decir, el deber que tienen los progenitores, basado en la relación de filiación, de prestar asistencia a sus hijos. Por tanto, un progenitor al que se ha privado de la potestad sobre su hijo continúa teniendo el deber de velar por sus intereses patrimoniales. Velar es cuidar solícitamente de alguien. En un contexto jurídico de privación de la potestad de los padres se ha de determinar el alcance de este deber, especialmente al tener en cuenta las circunstancias que conlleva en ciertos casos de privación de la potestad, señaladamente la falta de convivencia del progenitor con el menor y la pérdida de facultades de decisión en cuanto a la educación y formación del hijo.

b) Deber de mantener la subsistencia del menor de edad.- Se ha indicado que el deber de asistencia de todo orden a los hijos alcanza el mantenimiento de los hijos, y que les corresponde mientras conserven el vínculo de filiación sobre su hijo menor de edad. Consideramos que el progenitor, por el hecho de serlo, ostenta el deber de alimentos, con independencia de que tenga la titularidad o no de la patria potestad. Por tanto, el progenitor privado de la patria potestad sigue obligado a prestar alimentos a su hijo.

La obligación de alimentos del progenitor privado de la potestad frente a su hijo tiene el mismo fundamento que la obligación de alimentos regulada en sede de potestad de los padres: la relación de filiación y no la solidaridad familiar.

Los alimentos que debe prestar el progenitor privado son pues los alimentos en sentido amplio, a los que no debe aplicarse por tanto el régimen de

los alimentos legales, que exige que el alimentista se encuentre en situación de necesidad.

c) Deber de relacionarse con el menor de edad si éste lo solicita.- La legislación civil concibe el derecho de visita como un derecho en beneficio del menor de edad que deriva del parentesco y que corresponde a los progenitores con independencia de su posición respecto a la patria potestad. Puede considerarse un derecho en interés del propio menor de edad.

Por otra parte, ya se ha visto, que el progenitor privado de la patria potestad puede mantener el ejercicio de ese derecho respecto de su hijo menor de edad, y no debe impedirse la convivencia entre ambos si el menor y el juez así lo consideran. En este contexto, debe decirse que el artículo 416 bis del Código Civil para el Distrito Federal establece en su último párrafo:

“...Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.”.

En consecuencia, conforme al precepto transcrito se puede limitar o suspender su propio derecho de convivir con su progenitor, aunque en atención al artículo 9, numeral 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el diez de agosto de mil novecientos noventa, se establece:

“Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”.

Así, atendiendo al interés superior del niño, quien tiene derecho a un desarrollo integral, y al no advertirse que exista algún peligro para el menor por la

convivencia con el padre o la madre, la autoridad judicial, a solicitud del menor, puede decretarla, con base en dicha convención, debiendo hacer un análisis cuidadoso en cada caso concreto. Por consiguiente, el progenitor privado de la patria potestad por regla general pierde el derecho de convivencia con su hijo menor de edad y sólo puede mantenerse cuando éste último lo solicita y no resulte perjudicial al menor.

6.4. Recuperación de la patria potestad en las diversas causas de privación de la patria potestad

Ya se ha dicho que la legislación civil regula la privación de la potestad como una causa de extinción de la potestad de los padres, no de la relación de filiación que, en principio, se mantiene. Antes de la reforma al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, publicada el dos de febrero de dos mil siete en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, existía la posibilidad expresa de que el progenitor privado de la potestad la recuperara. Veamos:

Se consideraba, que cuando se decretaba la pérdida de la patria potestad, se ocasionaba un daño al núcleo familiar y sobre todo al menor, muchas veces irreparable, dado que era una forma de desmembración de la familia que acarreaba graves consecuencias de índole psicológico y sociológico que repercutían no sólo en las diferentes etapas de la vida de los hijos, sino también en la de los padres.

Así pues, el legislador, tomando en cuenta lo anterior, y sobre todo el interés superior de los niños y de las niñas, que es lo que constituye el principio rector para armonizar los legítimos derechos del padre y de la madre, el quince de abril de dos mil cuatro presentó una iniciativa de decreto por el que se reformaban,

adicionaban y derogaban diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad.

En la exposición de motivos de dicha iniciativa, se asentó que la legislación requería de actualizarse a fin de armonizarla con las necesidades sociales, las cuales se traducían en que los niños y niñas tenían una esfera de protección insuficiente y precaria que los convertía en sujetos en condiciones de vulnerabilidad y en algunas situaciones de desventaja social, por lo que para superar dicha situación, era necesario armonizar los derechos de los ascendientes, sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus derechos plasmados en la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños; por tal situación, el legislador presentó la reforma al precepto 283 del Código Civil para el Distrito Federal (reformado por decreto publicado el seis de septiembre de dos mil cuatro, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal), la cual estableció que cuando se perdiera la patria potestad por incumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos, el deudor alimentista podía recuperarla siempre y cuando acreditara que había cumplido con ella; de ahí que únicamente en esa hipótesis podía recuperarse la patria potestad, y sólo bastaría que el deudor alimentista demostrara fehacientemente que se encontraba al corriente con su obligación.

En otras palabras, si se decretaba la pérdida de la patria potestad por no haber cumplido con la obligación de proporcionar alimentos, ello constituía una condena provisional, ya que dependía del demandado, si así lo deseaba, el recuperarla, siempre y cuando acreditara que se encontraba al corriente de su

obligación de suministrar alimentos, conforme al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, según reforma publicada en la Gaceta Oficial de 6 de septiembre de 2004.

El anterior artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal establecía:

(REFORMADO, G.O.D.F. 6 DE SEPTIEMBRE DE 2004)

“Artículo 283. La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

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

Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.”.

Sin embargo, el actual artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal no establece la posibilidad de recuperar la patria potestad cuando ésta se pierda por incumplimiento a los deberes alimentarios, según reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el dos de febrero de dos mil siete.

Así, el actual artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

I.-Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

II.-Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.

III.-Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

IV.-Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

V.-Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.

VI.-Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.”.

Como podemos apreciar de la transcripción anterior se eliminó expresamente la posibilidad de recuperar la patria potestad cuando ésta se haya perdido por incumplimiento de deberes alimentarios, lo cual es un error, ya que, como hemos visto, el legislador debió tomar en cuenta el interés superior de los niños y de las niñas, que es lo que constituye el principio rector para armonizar los legítimos derechos de los progenitores, sin menoscabo del bienestar de los menores.

En consecuencia, conforme a la legislación civil del Distrito Federal la privación de la potestad de los padres es definitiva.

Cabe destacar que el artículo 416 bis del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

“Artículo 416 Bis.- Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.”.

La interpretación literal de este precepto legal en su primer párrafo lleva a concluir que, sólo los hijos que estén bajo la patria potestad, tienen el derecho de convivencia y por ende cuando se está en el ejercicio de ese derecho puede limitarse o suspenderse, si existe incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos, tal como lo prescribe el último párrafo del artículo citado, pero si existe privación de la patria potestad, entonces no pudiera aplicarse la suspensión o limitación,

porque no se surte el presupuesto de que exista el ejercicio de la patria potestad, con lo cual se soslaya el interés superior del menor.

La recuperación de la patria potestad no en todos los casos de pérdida debe ser procedente, dado que no en todas las hipótesis legales se experimenta la misma gravedad e impacto sobre el menor, por lo que en este tema es conveniente que deban distinguirse los casos en que con la recuperación se pueda poner en peligro la salud e integridad física, psicológica o sexual de los menores o bien, que por el daño causado al menor no deba restablecerse la convivencia, también aquellos en que el incumplimiento de un deber u obligación a criterio del juzgador no represente mayor peligro para el menor, siempre y cuando la conducta posterior del privado de la patria potestad revele su corrección y sea conveniente el restablecimiento de la convivencia para el menor; todos estos aspectos sin duda, deben ser apreciados por el juzgador, pero, desde luego, el legislador debe otorgar esta posibilidad, bajo los parámetros precisados para privilegiar de esta manera el interés superior del menor.

CONCLUSIONES

Primera.- El Código Civil para el Distrito Federal actualmente presenta a la institución de la patria potestad como un vínculo jurídico, fundamentalmente surgido entre los progenitores y los hijos, generador de múltiples derechos y obligaciones con calidad de irrenunciables, sobre bases de respeto recíproco y buen ejemplo; por tanto, la patria potestad es una función derivada del propio vínculo familiar y encomendada a los progenitores, y reconocida y fortalecida por el derecho.

Segunda.- El Código Civil para el Distrito Federal no define la naturaleza de la institución jurídica de la patria potestad, es conveniente que dicho ordenamiento legal incluya algún concepto con la finalidad de que pueda apreciarse su correcto ejercicio y también la adecuada motivación de su pérdida.

Tercera.- Conforme a la doctrina especializada y los sistemas jurídicos implementados en diversos países, el contenido de la patria potestad es caracterizado como un conjunto de derechos y deberes de titularidad de los padres, cuyo ejercicio se dirige a los hijos menores de edad no emancipados, a fin de que éstos reciban una formación y protección integrales, que procure su desarrollo armónico y la educación en valores para que el niño alcance la madurez y conciencia que le permita el ejercicio responsable y pleno de sus derechos.

Cuarta.- La legislación internacional sobre derecho de menores reconoce en forma reiterada que el interés del menor debe ser el principio inspirador de

todos los procedimientos legislativos, administrativos y judiciales, así como de la actuación de los titulares de las funciones de protección de los menores.

Quinta.- La satisfacción de los intereses y necesidades del hijo constituye un objetivo primordial, la patria potestad está integrada por verdaderos deberes-derechos de los progenitores, quedando en segundo término los intereses personales del padre o la madre.

Sexta.- La privación de la patria potestad debe considerarse como una de las medidas de intervención de los poderes públicos sobre la autonomía familiar más agresivas, ya que extingue la potestad de los padres sobre los hijos y por esa razón su aplicación debe ser de manera excepcional dado su carácter trascendental.

Séptima.- Tanto el legislador en el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, como la jurisprudencia de algunos Tribunales Federales al regular y decidir sobre la privación de la patria potestad han adoptado criterios contrarios a la doble finalidad que tiene esta medida, ya que para su aplicación se privilegia el aspecto sancionador frente al interés superior del menor, lo que genera una tutela deficiente de los derechos de éste.

Octava.- Es necesario que el legislador y los tribunales consideren el peligro a que se expuso el menor con la conducta asumida por los progenitores para decretar la pérdida de la patria potestad, con el objeto de privilegiar el interés superior de los menores y no se atienda solamente al aspecto sancionador de la norma legal.

Novena.- La actuación de quienes ejercen la patria potestad y de los poderes públicos debe estar regida siempre por el interés del menor, lo que es consecuente con su finalidad, ya que la privación de la patria potestad es una medida que debe adoptarse en interés y beneficio del propio menor, por lo que no debe atenderse únicamente para su aplicación a la conducta pasada de los progenitores sino también a la situación futura en la que habrá de quedar el menor.

Décima.- La gravedad que implica la medida de privar a una persona de un derecho tan inmanentemente natural como lo es la formación de sus hijos, conlleva una cantidad de consecuencias, en su mayoría impredecibles, especialmente para el menor, quien como primer efecto se verá libre de la influencia de alguno, o de ambos, de sus progenitores, pero la trascendencia mayor es que, ni jurídicamente, ni en la realidad cotidiana pueden repararse o resarcirse, por lo que los órganos del Estado respectivos debieran tener una participación más activa de vigilancia sobre el menor y el progenitor que conserve la patria potestad.

Décimo primera.- El procedimiento que tiene por objeto la condena a la pérdida de la patria potestad afecta a la familia y de manera destacada a los menores, por lo que, debe regirse por principios probatorios diversos a los juicios civiles ordinarios, ya que en su mayoría las pruebas que deben recabarse pueden tener contenido diverso a los hechos contenidos en los escritos que fijan la litis.

Décimo Segunda.- El juez que conoce de los procedimientos de privación de la patria potestad debe tener una participación más activa, debido a que no es

hecho controvertido el impacto que pudiera tener en el menor la aplicación de la sanción al progenitor demandado y como las pruebas aportadas por las partes sólo tratan de acreditar la causal o causales de privación de la potestad invocadas entonces el juez carece de elementos para tutelar debidamente el interés superior del menor.

Décimo tercera.- La codificación civil y procesal civil mexicana debiera distinguir entre menor y adolescente para que en los procedimientos de privación de la patria potestad, según las circunstancias personales de edad y madurez intelectual del menor o el adolescente, manifieste si quiere o no conservar el derecho a la convivencia con el demandado para que tanto las partes como el juzgador recaben pruebas o datos tanto de esas circunstancias personales como de la conveniencia de que subsista o no ese derecho a pesar de la existencia de la aplicación de la medida.

Décimo cuarta.- La ley ordinaria debe estar acorde con los tratados internacionales para que ambas tutelen y garanticen por igual los derechos del menor y así en los casos de privación de la patria potestad, cuando se aplique esta medida no pueda cumplirse solamente con la ley contrariando el tratado, ya que en la actualidad en estos procedimientos si el menor solicita la preservación de su derecho de convivencia con el progenitor privado de la patria potestad, el juzgador tiene que dejar de aplicar la ley ordinaria que restringe tal derecho en estos casos y atender a la Convención Internacional que la garantiza, aunque debe considerarse que conforme a la jerarquía de normas en el orden constitucional mexicano puede hacerlo, ya que los tratados internacionales se

encuentran en un rango superior frente a la ley ordinaria; sin embargo, esto no deja de ser una incongruencia legal.

Décimo quinta.- El legislador mexicano elaboró un concepto aproximado de lo que significa “interés superior del menor”, entendido como la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de éste, respecto de los derechos de cualquier persona; sin embargo, el precepto que lo contempla alude a la garantía de algunos derechos del menor, pero omite otros, por lo que, en aras de una adecuada técnica legislativa debió ser genérico y no casuístico porque no se describen todos los derechos que de manera extensiva puede comprender la norma, por lo que se debe dejar al juzgador que defina su naturaleza y alcance.

Décimo sexta.- Es conveniente y necesaria una reforma legal que lleve a la modificación de aquellos criterios jurisprudenciales emitidos por los tribunales federales, esto es, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito, en cuanto a que garanticen una tutela eficaz del interés superior del menor, tanto en el procedimiento como en la sentencia, donde se asegure la comprobación por todos los juzgadores que conozcan de estos asuntos de aquellas circunstancias que causan algún perjuicio a los menores pasado, presente o futuro y que pueda influir en la formación intelectual, física o moral del menor.

Décimo séptima.- La legislación sustantiva civil debe regular a la privación de la patria potestad como una causa de extinción de la potestad de los padres, susceptible de ser recuperable bajo ciertas condiciones que revelen la posibilidad de un beneficio para el menor, si no existe, desde luego, algún riesgo que pueda

poner en peligro la integridad física, intelectual o moral del menor, ya que esa posibilidad no está contemplada expresamente en el Código Civil para el Distrito Federal.

Décimo octava.- En los procedimientos de rehabilitación de la patria potestad debe requerirse como condición de procedencia de la acción que cesen las causas que dieron lugar a la privación, pero además para resolver deben existir pruebas que indiquen la conveniencia del restablecimiento en interés del menor. El progenitor ha de encontrarse en situación de poder cumplir -sin perjuicio para el menor- sus obligaciones. Así, la rehabilitación ha de tener como premisa el bienestar del menor y no sólo el interés del progenitor.

Además, en los supuestos de privación de la patria potestad debe requerirse siempre sentencia judicial que decrete la recuperación de la potestad. No debe caber una recuperación automática, ni aun en el caso del fallecimiento del cónyuge titular único de la potestad.

Décimo novena.- La audiencia del menor debe otorgarse en cualquier decisión sobre su guarda y custodia, también cuando se trate del régimen de visitas y relaciones personales que pueda imponérsele, siempre y cuando por su edad y madurez de juicio pueda inferirse que tiene un criterio independiente el cual debe presumirse si es mayor de doce años.

La audiencia del hijo menor en el procedimiento donde tenga que resolverse sobre la pérdida de la patria potestad debe tener como objeto proporcionar mayor información directa al juez con vista a la adopción de las medidas pertinentes que atañen a la protección del interés del menor, sin quedar vinculado a lo declarado por el menor. Puede llevarse a cabo la audiencia de

oficio, a petición del Ministerio Público, o incluso de los padres, pero el juez con vista de las constancias del expediente podrá considerar innecesaria la audiencia del menor si no pudiera ser conducente para la decisión o si existiera riesgo, peligro o se causare algún daño al menor.

La audiencia de los menores es una actuación procesal difícil y delicada, por lo que, debe practicarla directamente el juez, ya sea sólo o con la presencia de uno o ambos progenitores o nada más con la presencia del Ministerio Público, según las circunstancias del caso, pudiendo asistirse de peritos o de elementos de orden técnico (estudios psicológicos o sociológicos) que le permitan aquilatar el verdadero alcance que tiene la opinión del menor, ya que el juicio de éste puede ser distorsionado por la edad o la inmadurez, o bien por la influencia que sobre éste ejerzan los adultos con quienes conviva o sus propios progenitores.

Vigésima.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación debe regresar a su anterior criterio en el que atendía al peligro en que se colocaba al menor para decretar o no la pérdida de la patria potestad, ya que de esa forma atendería a la doble finalidad de la figura jurídica de la pérdida de la patria potestad, esto es, una sanción para quien esté en ejercicio de dicha facultad y, por otra, una medida de protección a futuro para el menor, donde deberá privilegiarse este último aspecto a fin de dar mayor protección al interés superior de los menores, esto porque el legislador consideró que la actualización de determinadas conductas de los progenitores o de las personas que ejercen la patria potestad, pueden poner en peligro la integridad física, mental, psicoemocional, económica y sexual del menor o causarle algún daño en tales aspectos, cuya consecuencia si bien debe ser la aplicación de tal medida de carácter excepcional, también lo es que no en todos

los casos puede resultar en beneficio del menor, o incluso puede ameritar solo la suspensión temporal.

Vigésimo primera.- Las normas reguladoras de la pérdida de la patria potestad establecidas en el Código Civil para el Distrito Federal tienen, en su mayoría, defectos que impiden que los derechos fundamentales de los menores puedan ser eficazmente protegidos por la legislación civil, por lo que, se proponen las siguientes reformas, modificaciones y adiciones pertinentes al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

Texto vigente del artículo 444:

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

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

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

III.- En los casos de violencia familiar en contra del menor;

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

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

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

Propuesta de reforma, modificación y adición al artículo 444:

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

*I.- Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, **por resolución que no admita recurso ordinario en su contra;***

*II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283; **y lo que se decida en la resolución incidental respectiva;***

*III.- En los casos de violencia familiar en contra del menor, **donde el juzgador deberá considerar las peculiaridades del caso, como son: el factor desencadente de la violencia familiar, el nivel cultural del demandado, la edad del menor, el tipo de violencia, la contribución del menor por su hiperactividad o de terceros que vivan bajo el mismo techo. El juzgador deberá contar con el auxilio de peritos que le informen la gravedad y el impacto sobre el menor de la violencia familiar;***

IV.- El incumplimiento de la obligación

sentencia ejecutoriada; y,

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

alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada. **El juzgador para aplicar esta causal deberá considerar la gravedad del incumplimiento, el riesgo en que se colocó al menor y la conveniencia de la aplicación de esta causal en interés del menor;**

V.- Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses sin causa justificada. **El juzgador para aplicar esta causal deberá considerar la gravedad del abandono, el riesgo en que se colocó al menor y la conveniencia de la aplicación de esta causal en interés del menor;**

VI.- Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso o **culposo**, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada y en contra de la cual no proceda recurso ordinario alguno; y,

(Se reforma la fracción VII)

VII.- Cuando el que la ejerza obtenga dos sentencias penales condenatorias respecto de las que no proceda ningún recurso ordinario.

(Se adicionan tres párrafos al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal)

En todos los procedimientos que tengan por objeto la pérdida de la patria potestad, el juez de lo familiar debe anteponer el interés superior de los menores por encima de los intereses de sus padres, y aun cuando no proceda la acción deberá resolver de oficio y de manera inmediata lo que más convenga al interés superior de los hijos.

El juez de lo familiar resolverá lo conducente sobre la pérdida de la patria potestad previa audiencia privada con el menor, ya sea sólo o con la presencia de

uno o ambos progenitores o nada más con la presencia del Ministerio Público y del asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, y según las circunstancias del caso puede asistirse de peritos, pero podrá prescindir de esta audiencia si conforme a las constancias del expediente resulta inconducente para la decisión final o representa algún riesgo, peligro o perjuicio al menor.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del menor, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación y que dicho pronunciamiento no suponga riesgo, peligro o perjuicio alguno para el menor.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel y otros, *Código Civil para el Distrito Federal comentado*, 2ª edición, Editorial Porrúa, Volumen I, México, 1998.

ANCEL, Marc, *Le divorce a l'étranger*, París, Centre Francais de Droit Comparé, 1975.

ARANZADI, *Repertorio cronológico de legislación 1988*, Pamplona, 1988, volumen IV.

AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence*, Verlag Dettev Auvermann KG., Glashütten fun Taunus, t. I, 1972.

AZPIRI O., Jorge, *Juicios de Filiación y Patria Potestad*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2001.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Derecho de familia y sucesiones*, Ed. Harla, México, 1990.

BISCARDO R., Beatriz, *Régimen de Filiación y Patria Potestad; Ley 23.261*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.

BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Volumen 1, Ed. Oxford, México 2001.

BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*, 3ª reimpresión, Argentina, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Argentina, 1979, t. V.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La llamada patria potestad de hecho*, Revista de Derecho Privado, España, 1978.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, Editorial Porrúa, México, 1997.

DAGNINO, "Potestà parentale e diritto di visita", Dir. Fam. e Pers., 1975.

DALEY PAGELOW, Mildred, *Family Violence*, New York, Praeger Special Publishers, 1984.

D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de menores*, 4ª ed., Argentina, Ed. Astrea, 1994.

- DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de familia*, Ed. Porrúa, México, 1993.
- *Patria Potestad*, Ed. Astrea, Argentina, 1979.
- DE PINA, Rafael y otro, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1991, p. 399.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ª ed., Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía Editor, 1981, t. I.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil I*, 10ª ed., Ed. Tecnos, 2001.
- DOGLIOTTI, M., “*L’interesse dei figli nella separazione*”, *Il Diritto de Famiglia e delle Persone*, 1990-I.
- “*Intervente del giudice e diritti di minori*”, *Dir. Fam. e pers. cit.*, 1982.
- DONISI, C., “*Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*”, en *Rass. Dir. Civ.*, 1980.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, Ed. Porrúa, México, 1997.
- GÉRARD Cornu, *Droit civil, La Famille*, 8ª ed. Montchrestien, Paris, 2003.
- GONZÁLEZ ASCENCIO, Gerardo, *El maltrato y el abuso sexual a menores*, México, UAM, UNICEF, COVAC, 1993.
- GONZÁLEZ, Juan Antonio, *Elementos de Derecho Civil*, Ed. Trillas, México, 2002.
- GROSMAN, Cecilia P., y otros, *Los derechos del niño en la familia (Discurso y realidad)*, Ed. Universidad, Argentina, 1998.
- HEGNAUER, “*Das Familienrecht*”, en el *Berner Kommentar*, Berna (Staempfli), 1964, *ad art.* 283, n. 67.
- IBARROLA, Antonio de, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México 1984.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Labor, 1934.
- *La teoría para el derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, México, Editora Nacional, 1981
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (Coord.), *Matrimonio y divorcio*, Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1982.

LLOVERAS, Nora, *Patria Potestad y Filiación: Comentario Analítico de la Ley 23.261*, Editorial Depalma, Argentina, 1986.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México 2001, Tomo III.

MANAI, Dominique, "Le status de l'enfant á la lumière du droit aux relations personnelles", *Revue de Droit Suisse*, I, 1988.

MARTÍNEZ GARCÍA, Anastasio, *Pérdida de la Patria Potestad, Aspectos Relevantes*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 9, Vázquez Mellado García Julio César (Director), Editorial Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, México 2001.

MEYER, David D., *Family Ties: Solving the constitutional Dilemma of the Faultless Father*, *Arizona Law Review*, Fall-1999.

MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, 2ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1985.

MORINEAU MARTHA, Iglesias Román, *Derecho Romano*, 3ª ed., México, Ed. Harla (Colección Textos Jurídicos Universitarios), 1987.

MORO, Alfredo Carlo, *Manuale di diritto minorile*, 2ª ed. Zanichelli, Bologna, 2000.

NANNI, Estela, "Atribución del ejercicio de la patria potestad después del divorcio", *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, Córdoba, núm. 19, 1984.

PALLARES, Eduardo, *Ley sobre Relaciones Familiares, Comentada y Concordada con el Código Civil Vigente en el Distrito Federal y Leyes Extranjeras*, 2a. ed., México-París, Librería de la Vda. De Ch. Bouret, 1923.

- - - - - *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 1981.

PLANIOL, Marcel y Ripert, Georges, *Derecho Civil*, Ed. Harla, México, 1997.

POUSSON, Jacqueline y Alain, *L’Affection et le droit*, Ed. du CNRS, París, 1990.

PRADA GONZÁLEZ, José María. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXV "Estudios sobre el nuevo derecho de familia y sucesiones", España, 1982.

PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho Civil Español*, Primera Parte, Editorial Pirámide, Madrid 1976.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visita*, Ed. Bosch, España, 1997.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia*, Editorial Porrúa, México 1998.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga, *La privación de la patria potestad*, Ed. Atelier, España, 2006.

SANABRIA DURÁN, Guillermo, *La violencia intrafamiliar y las trampas en su solución*, *Jure*, año I, núm. 3, noviembre 95-enero 96.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana, *La patria potestad dual*, Servicio editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988.

STEINMETZ, Suzanne, *The cycle of violence: assertive, agresive and abusive family interaction*, New York, Praeger Publishers, 1977.

UNGER J. (ed.), *Parental Custody and Matrimonial maintenance á Symposium*, Londres, The British, Institute of International and Comparative Law, 1966.

VELAZCO GAMBOA, Emilio, *Violencia intrafamiliar: mal social, mal universal*, México, Asamblea, vol. 3, núm. 26, marzo de 1997, p. 22; Naciones Unidas, *Violence against women in the family*, New York, 1989.

VERGARA TEJADA, José Moisés, *Manual de derecho penal (parte general)*, Angel Editor, México, 2002.

VILA DE GERLIC, Ma. Cristina, *"Fases en la relación abusiva"*, Memorias del Seminario de Violencia Familiar: Mujeres Golpeadas, Buenos Aires, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1988.

VON MUNICH, Eva Marie, *Comentario al artículo 6 Grundgesetz*, en *Grundgesetz-Kommentar*, Munich; Kunig (Hrsg), Band 1, 4. Auf. Verlag C.H. Beck, Manchen, 1992.

YLLAN, Bárbara y Araujo, Sonia, *Los alcances victimógenos de la violencia intrafamiliar y sexual*, Memorias de la Reunión Nacional sobre Derechos Humanos de la Mujer, México, CNDH, 1995.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Diccionario Jurídico Espasa, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1998.

Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México.

La jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho mexicano, México, SCJN, 2008.

LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2010.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, México, 1870. "Edición Auténtica".

Código de 1884, México, Librería y Agencia de Publicaciones de N. Budin Sucs., 1891.

Código Civil para el Distrito Federal, México, 2010.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México, 2010.

Convención de 20 de noviembre de 1989, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

Convención adoptada en la Ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

Diario Oficial de la Federación. Reformas al Código Civil para el Distrito Federal: primera, 9 de enero de 1954; segunda, 28 de enero de 1970; tercera, 31 de diciembre de 1974; cuarta, 30 de diciembre de 1997; quinta, 25 de mayo de 2000; y, sexta, 9 de junio y 6 de septiembre de 2004.

Gaceta Oficial del Distrito Federal número 10, del 17 de abril del 2000.

Ley de Amparo, 2010.

SCJN, Compilación de Leyes Federales, 1999. Exposición de motivos, Decreto de Reformas al Código Civil 1997.

Traducción en castellano de la Ley Fundamental de Bonn distribuida por la Embajada alemana en México.

Ley española del 22 de noviembre de 1988, núm.35/1988 sobre Reproducción Asistida Humana. El texto completo de esta Ley puede consultarse en Aranzadi, *Repertorio cronológico de legislación 1988*, Pamplona, 1988, vol. IV, págs. 5622-5630.

Ley 14/2010 aplicable en Cataluña, España.

PÁGINAS DE INTERNET CONSULTADAS

http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/l149_01.html#Art.%201.

http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/txt/constitucion_italia.html

<http://172.16.12.252/tratadosinter/LstArts.asp?nOpt=0&nQuePag=2>

<http://172.16.12.252/tratadosinter/LstArts.asp?nOpt=0&nQuePag=3>

<http://172.16.12.252/tratadosinter/lstLeyes.asp?nOpt=0>

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=09>

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=2943232&links=>

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=17>

http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib1.htm

<http://www.admin.ch/ch/f/rs/c210.html>

<http://civil.udg.edu/normacivil/cat/fam/cf/CF.html>

<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=41&r=1701#art6085>

<http://dejure.org/gesetze/BGB/1666.html>

<http://dejure.org/gesetze/BGB/1666a.html>

<http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>

http://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.acf.hhs.gov/programs/cb/laws_policies/cblaws/capta03/index.htm&sa=X&oi=translate&resnum=2&ct=result&prev=/search%3Fq%3Dchild%2Babuse%2Bprevention%2Band%2Btreatment%2Bact%26hl%3Des

http://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.acf.hhs.gov/programs/cb/laws_policies/policy/pi/pi9802.htm&sa=X&oi=translate&resnum=2&ct=result&prev=/search%3Fq%3Dadoption%2Band%2Bsafe%2Bfamilies%2Bact%26hl%3Des

<http://www.ncsl.org/>

<http://www.dfes.gov.uk/publications/childrenactreport/>

http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/ukpga_19950036_en_2#pt1-pb4-l1g11

http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/ukpga_19950036_en_8#pt2-ch4-pb1-l1g86

<http://www.iin.oea.org/badaj/docs/lcodpy81.htm>

<http://www.abogadoperu.com/codigo-civil-seccion-tercera-sociedad-paternofilial-titulo-9-abogado-legal.php>

<http://www.ops-oms.org.ve/adolesc/adolesc/leyes/lopna.htm>

http://www.buenosaires.gov.ar/registrocivil/Normativa/Caps/Asp/ley23264.php?menu_id=954

http://www.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/libro1_secc2_titulo2a3.htm#itulo3

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm#poder familia

<http://sij02/LeyesFederales/Default.htm>

http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1859_146/Ley_de_matrimonio_civil_258.shtml

http://www.e-mujeres.gob.mx/wb2/eMex/eMex_Tipos_de_violencia2

<http://www.lgludenia.com.ar/patriapotestad.pdf>

www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf

OTRAS FUENTES

DVD, de consulta de jurisprudencia, Ius 2010, segundo semestre, junio 2010. SCJN. México, D.F.

BIBLIA. (Antiguo y nuevo testamento), Libro Tercero de Moisés, Levítico, capítulo XXIV, versículos XIX y XX. Ed. Sociedad Bíblicas Unidas, Corea, 1998.

LOREDO, Arturo, *Maltrato a Menores*, conferencia presentada en el Diplomado de Violencia Intrafamiliar organizado por la Universidad Autónoma Metropolitana y la Comisión Nacional de Derechos Humanos del 31 de mayo al 26 de julio de 1995.

Extracto de la sesión impartida por el magistrado Sergio Pallares y Lara en las instalaciones del Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, Ciclo de conferencias sobre "La Teoría de la Prueba", México, 2007.

ANEXO “A”
SENTENCIAS UTILIZADAS

Amparo directo número D.C. 367/2007, del índice del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, resuelto el veintiocho de junio de dos mil siete.

Amparo directo número D.C. 460/2007, del índice del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, resuelto el treinta de agosto de dos mil siete.

Amparo directo número D.C. 221/2010, del índice del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, resuelto el siete de mayo de dos mil diez.

ANEXO “B” TEXTOS JURÍDICOS UTILIZADOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

“Artículo 4. (...)

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”.

Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño

“Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”.

“Artículo 9. (...)

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (...).”.

“Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”.

“Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes

en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

“Artículo 27

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.”

Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 17. Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención [...].”

Código Civil para el Distrito Federal

“Artículo 282. *Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:*

A. De oficio:

I.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;

II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de

la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

B. Una vez contestada la solicitud:

I.- El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia;

II. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos;

III.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

IV.- Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

V.- Las demás que considere necesarias.”

“Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

I.- Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

II.- Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.

III.- Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

(REFORMADA, G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

IV.- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

(REFORMADA, G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

V. Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

(REFORMADA, G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

VI. Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.

(REFORMADA [N. DE E. ADICIONADA], G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

VII.- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

(REFORMADA [N. DE E. ADICIONADA], G.O. 3 DE OCTUBRE DE 2008)

VIII.- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.”.

“Artículo 285. *El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.”.*

“Artículo 303. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos...”.

“Artículo 308. Los alimentos comprenden:

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

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

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

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

“Artículo 323 Ter. Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual y tienen la obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.

Artículo 323 Quater. La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases:

I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;

II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona;

III. Violencia económica: a los actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así

como, el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de la persona que de conformidad con lo dispuesto en éste Código tiene obligación de cubrirlas; y

IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño.

No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de violencia hacia las niñas y niños.

Para efectos de este artículo, se entiende por integrante de la familia a la persona que se encuentre unida a otra por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral o afín hasta el cuarto grado, así como de parentesco civil.”.

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

Quienes detenten la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.”.

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

Artículo 414 Bis.- *Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:*

I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;

III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y

IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.

Artículo 416 Bis.- Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.”.

“Artículo 416 Ter.- Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;

III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;

IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y,

V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”.

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

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 Ter de este Código.”.

“Artículo 443. La patria potestad se acaba:

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

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;

III.- Por la mayor edad del hijo;

IV.- Con la adopción del hijo;

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

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

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

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

III.- En los casos de violencia familiar en contra del menor;

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

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

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

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

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

“Artículo 60. Los jueces y magistrados a quienes corresponda recibirán por sí mismos las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba bajo su más estricta y personal responsabilidad.”.

“Artículo 257. Si la demanda fuere obscura o irregular, o no cumpliera con algunos de los requisitos de los artículos 95 y 255, el juez dentro del término de tres días señalará con toda precisión en qué consisten los defectos de la misma, en el proveído que al efecto se dicte. El actor deberá cumplir con la prevención que haga el juez en un plazo máximo de cinco días contados a partir del día siguiente a aquél en que haya surtido efectos la notificación por Boletín Judicial de dicha prevención, y de no hacerlo transcurrido el término, el juez la desechará y devolverá al interesado todos los documentos originales y copias simples que se hayan exhibido, con excepción de la demanda con la que se haya formado el expediente respectivo. La anterior determinación o cualquier otra por la que no se dé curso a la demanda, se podrá impugnar mediante el recurso de queja, para que se dicte por el Superior la resolución que corresponda”.

“Artículo 277. *El juez mandará recibir el pleito a prueba en el caso de que los litigantes lo hayan solicitado, o de que él la estime necesaria. Del auto que manda abrir a prueba un juicio no hay más recurso que el de responsabilidad; aquél en que se niegue, será apelable en el efecto devolutivo.”.*

“Artículo 278. *Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquiera cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral.”.*

“Artículo 279. *[...] Los tribunales podrán decretar en todo tiempo sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquiera diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en todo su igualdad.”.*

“Artículo 281. *Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones”*

“Artículo 282.

El que niega sólo será obligado a probar:

- I.- Cuando la negación envuelva la afirmación expresa un hecho;*
- II.- Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;*
- III.- Cuando se desconozca la capacidad;*
- IV.- Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción.”.*

“Artículo 941. *El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.- En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento”.*

“Artículo 941 BIS. Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el Juez de lo Familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la Institución.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez y el Ministerio Público adscrito.

El Juez de lo Familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de éste ordenamiento.”.

“Artículo 942. No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre cónyuges sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.- Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad.- Tratándose de violencia familiar prevista en el Artículo 323 Ter del Código Civil para el Distrito federal en materia común y para toda la República en materia federal, el juez exhortará a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran en la misma audiencia el juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, verificará el contenido de los informes que al respecto hayan sido

elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público”.

“Artículo 284. Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho.”.

Código Penal para el Distrito Federal

“Artículo 76 (Punibilidad del delito culposo). En los casos de delitos culposos, se impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica o un tratamiento diverso regulado por ordenamiento legal distinto a este Código. Además se impondrá, en su caso, suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso, por un término igual a la pena de prisión impuesta.

Siempre que al delito doloso corresponda sanción alternativa que incluya una pena no privativa de libertad, aprovechará esta situación al responsable del delito culposo.

(REFORMADO, G.O. 9 DE JUNIO DE 2006)

Sólo se sancionarán como delitos culposos los siguientes: Homicidio, a que se refiere el artículo 123; Lesiones, a que se refiere el artículo 130 fracciones II a VII; Aborto, a que se refiere la primera parte del párrafo segundo del artículo 145; Lesiones por Contagio, a que se refiere el artículo 159; Daños, a que se refiere el artículo 239; Ejercicio Ilegal del Servicio Público, a que se refieren las fracciones III y IV del artículo 259, en las hipótesis siguientes: destruir, alterar o inutilizar información o documentación bajo su custodia o a la cual tenga acceso; propicie daños pérdida o sustracción en los supuestos de la fracción IV del artículo 259; Evasión de Presos, a que se refieren los artículos 304, 305, 306 fracción II y 309 segundo párrafo; Suministro de Medicinas Nocivas o Inapropiadas a que se refieren los artículos 328 y 329; Ataques a las Vías y a los Medios de Comunicación a que se refieren los artículos 330, 331 y 332; Delitos contra el Ambiente, a que se refieren los artículos 345 y 346; y los demás casos contemplados específicamente en el presente Código y otras disposiciones legales.”.

“Artículo 77 (Clasificación de la gravedad de la culpa e individualización de la sanción para el delito culposo). La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del Juez, quien deberá considerar las circunstancias generales señaladas en el artículo 72 de este Código y las especiales siguientes:

I. La mayor o menor posibilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II. El deber de cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que la actividad o el oficio que desempeñe le impongan;

III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;

IV. Si tuvo tiempo para desplegar el cuidado necesario para no producir o evitar el daño que se produjo; y

V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de transporte y, en general, por conductores de vehículos.”.

“Artículo 178. Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en dos terceras partes, cuando fueren cometidos:

II. Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasío de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquéllos. Además de la pena de prisión, **el culpable perderá la patria potestad o la tutela**, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido;...”.

Código Federal de Procedimientos Penales

“Artículo 194. Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O.F. 1 DE JUNIO DE 2001)

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;

2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

(REFORMADO, D.O.F. 28 DE JUNIO DE 2007)

4) Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;

5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;

8) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;

9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;

10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;

11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;

(REFORMADO, D.O.F. 20 DE AGOSTO DE 2009)

12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;

(REFORMADO, D.O.F. 27 DE NOVIEMBRE DE 2007)

13) Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de

personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 BIS; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204.

14) Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;

15) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;

(ADICIONADO, D.O.F. 23 DE ENERO DE 2009)

16) El desvío u obstaculización de las investigaciones, previsto en el artículo 225, fracción XXXII;

17) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;

18) (DEROGADO, D.O.F. 26 DE JUNIO DE 2008)

19) Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;

20) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

21) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;

22) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;

23) Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

(REFORMADO, D.O.F. 12 DE JUNIO DE 2000)

24) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter;

25) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV y XVI;

26) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;

27) Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;

28) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;

29) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;

30) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;

31) Los previstos en el artículo 377;

32) Extorsión, previsto en el artículo 390;

33) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, y

(ADICIONADO, D.O.F. 6 DE FEBRERO DE 2002)

33) Bis. *Contra el Ambiente, en su comisión dolosa, previsto en los artículos 414, párrafos primero y tercero, 415, párrafo último, 416, párrafo último y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo, de la extracción o de la tala, exceda de dos metros cúbicos de madera, o se trate de la conducta prevista en el párrafo último del artículo 419 y 420, párrafo último.*

34) *En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.*

(ADICIONADO, D.O.F. 1 DE JUNIO DE 2001)

35) *Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A.*

(ADICIONADO, D.O.F. 8 DE FEBRERO DE 2006)

36) *En materia de delitos ambientales, el previsto en la fracción II Bis del artículo 420.*

II. *De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2;*

III. *De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:*

1) *Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;*

2) *Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;*

3) *Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;*

4) *Los previstos en el artículo 84, y*

5) *Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.*

IV. *De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o;*

V. *De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138;*

VI. *Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:*

1) *Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y*

2) *Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados.*

VII. *De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III;*

(REFORMADA, D.O.F. 26 DE JUNIO DE 2008)

VIII. *De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V; 112 Bis; 112 Ter; 112 Quáter, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;*

(ADICIONADA, D.O.F. 26 DE JUNIO DE 2008)

VIII Bis. *De la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los previstos en los artículos 432, 433 y 434;*

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3o. de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y (sic)

(ADICIONADA, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96;

(REFORMADA, D.O.F. 20 DE AGOSTO DE 2009)

XV. De la Ley General de Salud, los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter, y en los artículos 475 y 476;

(ADICIONADA, D.O.F. 27 DE NOVIEMBRE DE 2007)

XVI. De la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, los previstos en los artículos 5 y 6;

(ADICIONADA, D.O.F. 9 DE JUNIO DE 2009)

XVII. Los previstos en el artículo 49 de la Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.”

**ANEXO “C”
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA POR ÓRGANOS
JURISDICCIONALES**

TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN	RUBRO
1988 (Pleno)	“SENTENCIAS CIVILES.”
Julio 1991 (Pleno)	“PATRIA POTESTAD. SE PIERDE SI SE ACREDITA EL ABANDONO DE LOS DEBERES DE ALGUNO DE LOS PADRES, SIN QUE SEA NECESARIO PROBAR QUE EL MENOSCABO EN LA SALUD, SEGURIDAD Y VALORES DEL MENOR SE PRODUZCAN EN LA REALIDAD, PERO DEBEN EXISTIR RAZONES QUE PERMITAN ESTIMAR QUE PUEDEN PRODUCIRSE. (ARTICULO 444, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL)”
Segunda Sala	“PATRIA POTESTAD, PRIVACIÓN DE LA.”
1995 (Tercera Sala)	“PATRIA POTESTAD, NO DEBE SER CONDENADO A PERDERLA EL CÓNYUGE CULPABLE CUANDO LA CAUSAL DE DIVORCIO TOMA SU ORIGEN EN EL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL.”
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD (MICHOACÁN).”
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE LA.”
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. NO SON SUSCEPTIBLES DE SER APLICADOS POR ANALOGÍA LOS PRECEPTOS QUE LA REGULAN EN EL DIVORCIO, A LOS CASOS DE NULIDAD DEL MATRIMONIO.”
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE LA.”
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD. SUPRESIÓN DE ALGUNO O ALGUNOS DE LOS DERECHOS QUE LA MISMA COMPRENDE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).”
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD. PARA SU EJERCICIO ES NECESARIO QUE LOS PADRES TENGAN LA GUARDA DEL MENOR.”
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, INTERES DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO PARA EL EJERCICIO ÚNICO DE LA.”
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD. LÍMITE EN SU EJERCICIO, CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES CONSERVA LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES.”
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, EJERCICIO DE LA, POR AMBOS PADRES.”
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD. CUSTODIA. EL INTERÉS DE LOS

	HIJOS, ES ELEMENTO PRIMORDIAL PARA SU DETERMINACIÓN.”.
Tercera Sala	“DIVORCIO, SITUACIÓN DE LOS HIJOS EN CASO DE.”.
Tercera Sala	“DIVORCIO, SITUACIÓN DE LOS HIJOS EN CASO DE.”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA.”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA.”.
Tercera Sala	“MENORES. ABANDONO DE.”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA.”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA.”.
Tercera Sala	“HIJOS, ABANDONO DE.”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, CUANDO EL PADRE VIVE EN AMASIATO CON OTRA MUJER NO PUEDE DEMANDAR A LA MADRE LA PÉRDIDA DE LA, RESPECTO AL HIJO DE AMBOS.”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD Y ALIMENTOS, MALA CONDUCTA DE LA MUJER DIVORCIADA PARA PÉRDIDA DE LA.”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD. SITUACIÓN DE LOS HIJOS EN CASO DE DIVORCIO.”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, LA PÉRDIDA DE LA, DECLARADA EN UN JUICIO DE DIVORCIO, NO PUEDE CONSIDERARSE COMO PENA IMPUESTA AL CÓNYUGE QUE DIO CAUSA AL MISMO.”.
Tercera Sala	“DIVORCIO. PATRIA POTESTAD. SISTEMA ESPECIAL EN EL CUAL SU PRIVACIÓN NO SE ESTABLECE COMO SANCIÓN PARA QUIEN RESULTA CÓNYUGE CULPABLE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE ZACATECAS).”.
Tercera Sala	“DIVORCIO. PATRIA POTESTAD. FACULTAD DEL JUEZ PARA OTORGARLA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, INTERÉS DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO PARA EL EJERCICIO ÚNICO DE LA.”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA, POR ABANDONO DE LOS DEBERES QUE COMPROMETAN LA SEGURIDAD DE LOS HIJOS. PARA DECRETARLA, NO BASTA CON QUE EL MENOR PRESENTE DEFICIENCIAS FÍSICAS O SICOLÓGICAS, SINO DEBE DEMOSTRARSE QUE SON CONSECUENCIA DE UNA CONDUCTA INJUSTIFICABLE DE LOS PADRES.”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. PENSIÓN ALIMENTICIA. EL INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN DE CUBRIRLA SUPONE, POR LO

	GENERAL, EL ABANDONO QUE DA LUGAR A.”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD. SE PIERDE SI SE ACREDITA EL ABANDONO DE LOS DEBERES DE ALGUNO DE LOS PADRES, SIN QUE SEA NECESARIO PROBAR QUE EL MENOSCABO EN LA SALUD, SEGURIDAD Y VALORES DEL MENOR SE PRODUZCAN EN LA REALIDAD, PERO DEBEN EXISTIR RAZONES QUE PERMITAN ESTIMAR QUE PUEDEN PRODUCIRSE. (ARTÍCULO 444, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).”.
Tercera Sala	“PATRIA POTESTAD. PÉRDIDA DE LA MISMA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE ALIMENTOS.”.
Tercera Sala	“PAGO O CUMPLIMIENTO. CARGA DE LA PRUEBA.”.
Tercera Sala	“CONGRUENCIA, ALCANCE DEL PRINCIPIO DE.”.
Tercera Sala	“CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA, PRINCIPIO DE.”.
Cuarta Sala	“PATRIA POTESTAD, PRIVACIÓN DE LA.”.
Sala Auxiliar	“PATRIA POTESTAD.”.
Primera Sala	“CORRUPCIÓN DE MENORES.”.
Diciembre de 1995 (Pleno)	“FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.”.
Enero de 1998 (Pleno)	“PERSONA EXTRAÑA A JUICIO, CONCEPTO DE.”.
Julio de 1998 (Segunda Sala)	“MENOR DE EDAD. CARECE DE INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGÚN PRECEPTO LEGAL, CUANDO QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD INTERVIENE EN EL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO.”.
Abril de 2001 (Pleno)	“PERSONA EXTRAÑA A JUICIO. CARECE DE TAL CARÁCTER QUIEN COMPARECIÓ AL PROCEDIMIENTO NATURAL, POR LO QUE DEBE SOBRESEERSE EN EL JUICIO AL ACTUALIZARSE LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XVIII, DE LA LEY DE AMPARO, EN RELACIÓN CON EL DIVERSO 114, FRACCIÓN V, APLICADA EN SENTIDO CONTRARIO, DEL PROPIO ORDENAMIENTO, AUN CUANDO HAYA SIDO PROMOVIDO DENTRO DEL TÉRMINO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 21 DE LA PROPIA LEY.”.
Marzo de 2004 (Primera Sala)	“PATRIA POTESTAD. PARA QUE PROCEDA DECRETAR SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, NO ES NECESARIO ACREDITAR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE COMPROMETA LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS, NI LA EXISTENCIA DE REQUERIMIENTO JUDICIAL ALGUNO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).”.
Junio de 2004 (Primera Sala)	“MEDIDAS PRECAUTORIAS TRATÁNDOSE DE LA

	GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. NO PROCEDE, PREVIO A SU IMPOSICIÓN, OTORGAR LA GARANTÍA DE AUDIENCIA EN SU FAVOR Y EN EL DEL CÓNYUGE EJECUTADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).”.
Octubre de 2004 (Primera Sala)	“SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE.”.
Abril de 2005 (Primera Sala)	“PATRIA POTESTAD. PARA QUE PROCEDA DECRETAR SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA, NO ES NECESARIO ACREDITAR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE COMPROMETA LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS, NI EL ESTABLECIMIENTO PREVIO DE PENSIÓN ALIMENTICIA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL) (MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1ª./J. 62/2003).”.
Mayo de 2006 (Primera Sala)	“MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE.”.
Enero de 2007 (Primera Sala)	“DIVORCIO NECESARIO. CUANDO SE EJERCE LA ACCIÓN RELATIVA CON BASE EN LA CAUSAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, EN LA DEMANDA DEBEN EXPRESARSE PORMENORIZADAMENTE LOS HECHOS, PRECISANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE OCURRIERON.”.
Abril de 2007 (Primera Sala)	“PATRIA POTESTAD. PARA PRONUNCIARSE SOBRE SU PÉRDIDA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ES INDISPENSABLE QUE ESTÉ PREDETERMINADO EL MONTO DE LA PENSIÓN RESPECTIVA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004).”.
Abril de 2007 (Primera Sala)	“PATRIA POTESTAD. EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O INSUFICIENTE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SIN CAUSA JUSTIFICADA POR MÁS DE NOVENTA DÍAS GENERA SU PÉRDIDA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 444, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2004).”.
Enero de 2010 (Primera Sala)	“PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO CONLLEVA INDEFECTIBLEMENTE IMPEDIR QUE EL MENOR EJERZA EL DERECHO DE CONVIVENCIA CON SUS

	PROGENITORES.”.
Abril de 2010 (Primera Sala)	“DIVORCIO POR DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD. ANTE LA FALTA DE ACUERDO DE LAS PARTES RESPECTO DEL CONVENIO PARA REGULAR LAS OBLIGACIONES QUE PERSISTEN DESPUÉS DE DISUELTO EL MATRIMONIO, EL JUEZ DE LO FAMILIAR DEBE DECRETAR AQUÉL Y RESERVAR PARA LA VÍA INCIDENTAL LA RESOLUCIÓN DE TODAS LAS DEMÁS CUESTIONES (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE A PARTIR DEL 4 DE OCTUBRE DE 2008).”.

TESIS DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO	RUBRO
Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito (junio de 1992)	“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA, POR ABANDONO DE LOS DEBERES QUE COMPROMETEN LA SEGURIDAD DE LOS HIJOS. PARA DECRETARLA NO BASTA CON QUE EL MENOR PRESENTE DEFICIENCIAS FÍSICAS O SICOLÓGICAS, SINO DEBE DEMOSTRARSE QUE SON CONSECUENCIA DE UNA CONDUCTA INJUSTIFICADA DE LOS PADRES.”.
Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito	“DIVORCIO, PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES EN CASO DE. EN LA SENTENCIA QUE LO DECRETE DEBE FIJARSE LA SITUACIÓN REFERENTE.”.
Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (octubre de 1989)	“PRUEBA, MATERIA DE LA. SÓLO LA CONSTITUYEN LOS HECHOS CONTROVERTIDOS.”.
Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito	“PATRIA POTESTAD, DECISIÓN RESPECTO A LA, EN CASO DE DIVORCIO NECESARIO.”.
Tribunales Colegiados de Circuito (octubre de 1997)	“MENOR DE EDAD. EN EL PROCESO RELATIVO A LA RESTITUCIÓN A SU PAÍS DE ORIGEN, DEBE RESPETARSE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA.”.
Tribunales Colegiados de Circuito (octubre de 2000)	“DEMANDA DE AMPARO INDIRECTO. ES INCORRECTO TENERLA POR NO INTERPUESTA DE INMEDIATO SI LA PARTE QUEJOSA NO CUMPLIÓ CON UNA PREVENCIÓN, CUANDO EL ACTO RECLAMADO VERSA SOBRE ALIMENTOS.”.
Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito (mayo de 2005)	“PATRIA POTESTAD. LA CONDENA A SU PÉRDIDA, IMPLICA TAMBIÉN LA CONVIVENCIA CON EL MENOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).”.
Tribunales Colegiados de Circuito (noviembre de 2005)	“DERECHOS DE PRIVACÍA E INTIMIDAD DE MENORES DE EDAD. PREVIAMENTE A LA

	ADMISIÓN DE PRUEBAS EN JUICIO QUE PUEDAN AFECTARLOS, DEBE DÁRSELES VISTA PARA QUE EXPRESEN LO CONDUCENTE COMO PARTE INTERESADA.”.
Tribunales Colegiados de Circuito (septiembre de 2007)	“PATRIA POTESTAD. ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, SU PÉRDIDA NO SIEMPRE IMPLICA LA FALTA DE CONVIVENCIA DE ÉSTE CON EL PROGENITOR SANCIONADO.”.
Tribunales Colegiados de Circuito (enero de 2008)	“MENOR TERCERO EXTRAÑO EN EL JUICIO NATURAL NO PUEDE ARGUMENTAR EN EL AMPARO TENER ESE CARÁCTER SI COMPARECIÓ A AQUÉL A TRAVÉS DE SU REPRESENTANTE LEGÍTIMO.”.
Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (Febrero de 2010)	“DIVORCIO SIN CAUSA. LA ACCIÓN ESTÁ SUJETA, ENTRE OTRAS, A LA CONDICIÓN DE QUE EL CONVENIO RESPECTIVO DEBE CUMPLIR CON LOS REQUISITOS MÍNIMOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.”.
Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (17 de mayo de 2010)	“PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA. TIENE UNA DOBLE FINALIDAD, DE SANCIÓN Y DE PROTECCIÓN, LO QUE OBLIGA AL JUZGADOR A ALLEGARSE DE LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA DECIDIR SOBRE AMBOS EXTREMOS.”.