

## Aspectos jurisprudenciales en torno a la patria potestad

Por Rosa MARÍA ALVAREZ\*

En el informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su presidente el Lic. Carlos del Río Rodríguez al término del año 1988, aparecen algunas resoluciones de la Tercera Sala, relativas a temas de patria potestad y custodia de menores que resultan interesantes de comentar.

Guarda y custodia de un menor de siete años. No es causa de su pérdida el que la madre esté fuera de su casa trabajando para afrontar las responsabilidades. El hecho de que durante un juicio quede demostrado que la madre un menor permanecía fuera de su casa durante determinadas horas del día, destinadas a desempeñar su trabajo, ninguna manera es causa para quitarle la guarda y custodia del hijo, puesto que tales ausencias deben reputarse razonablemente justificadas, por tener como finalidad la de cumplir con las tareas que puedan proporcionarle lícitamente los medios económicos para subsistir y obtener así los recursos que le permitan dar vivienda, educación y sustento a menor.

La lectura de la tesis anterior nos lleva a reflexionar sobre dos aspectos señaladamente importantes: el alcance del abandono de los deberes de los padres, como causal de pérdida de la patria potestad del hijo, y la decisión de la Suprema Corte de otorgar la custodia de los menores de siete años, a la madre.

En el caso que nos ocupa la resolución del tribunal de 1a. instancia, confirmada por el tribunal de alzada, condenó a la madre a perder la patria potestad de sus hijas de siete y cinco años porque ésta permanecía fuera de su hogar dedicada a desempeñar un trabajo, y por tanto las hijas tenían que comer en otra casa, situación que a juicio del tribunal, comprometía la salud de las menores. La sentencia señala que una madre que por cualquiera que sea el motivo o circunstancia no da de comer a sus hijos, los afecta en su salud, aun cuando las separaciones se deban a que la madre tenga que ausentarse de su domicilio para ir a trabajar.

En derecho se fundamentó la resolución en la fracción III del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice “La patria potestad se pierde... III Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando estos hechos no cayeren bajo

\*Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM

la sanción de la luz penal...”

La Suprema Corte de Justicia consideró que los argumentos de la autoridad responsable carecían de fundamento, dado que un sinnúmero de madres se ven precisadas a trabajar para satisfacer las necesidades de sus hogares y de sus hijos, sin detrimento del cumplimiento de sus obligaciones para con éstos.

Nuestro más alto tribunal ha sostenido el criterio de que las ausencias de la madre derivadas del desempeño de un trabajo, de ninguna manera configuran el abandono como causal para la pérdida de la patria potestad, puesto que tales ausencias deben reputarse razonablemente justificadas por tener como finalidad, la de obtener lícitamente los medios económicos para subsistir y cumplir con las obligaciones que tiene con los hijos, no son por tanto ni descuido, ni negligencia culpable en el ejercicio de la patria potestad.

Son dos los elementos esenciales que la Suprema Corte señala que deben integrar la causal acotada, el abandono de los deberes que natural y legalmente tienen los padres para con sus hijos, que se traduce en un incumplimiento sin causa justa de tales obligaciones, y el perjuicio que ese abandono produzca en la salud, seguridad o moralidad del hijo; tiene que darse una relación de causa-efecto, entre el abandono y el daño producido por éste al hijo.

Ahora bien, en el caso que fuera el padre el que tuviera la custodia del menor, difícilmente alguien cuestionaría su conducta de ausentarse del hogar para desempeñar un trabajo, aun cuando efectivamente dejara desprotegido al hijo.

El segundo aspecto de la tesis que comentamos se refiere al otorgamiento a la madre, de la custodia de los hijos menores de siete años.

La legislación civil vigente en el Distrito Federal, otorga un amplio poder discrecional al juez de lo familiar para resolver lo que creyere más conveniente a los intereses del menor, tanto en la controversia sobre custodia de los hijos nacidos fuera de matrimonio de padres que vivan separados,<sup>1</sup> como en la sentencia que resuelve un juicio de divorcio.<sup>2</sup>

Únicamente se establece la obligación para el juzgador de otorgar la custodia de los hijos menores de 7 años a la madre, como medida precautoria, durante la tramitación del juicio de divorcio, salvo el caso que esta medida coloque en peligro grave el desarrollo normal del menor.

<sup>1</sup> Artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal. “Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su custodia, y en caso de que no lo hicieran, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor”.

<sup>2</sup> Artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal. “La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.

A pesar de lo anterior, la Suprema Corte de la Nación ha resuelto que, en todos los casos, existe un interés social de que los menores de siete años, estén bajo los cuidados de su madre, por encontrarse ésta más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidados necesarios, y salvo los casos de excepción que la ley señala para que el menor deba separarse de los cuidados de la madre, el menor de siete años no podrá pasar a la custodia del padre, aun cuando éste posea una situación económica más elevada, que aquélla.

Así pues, por la vía jurisprudencial se retoma el espíritu del legislador de 1928 que consideraba a la mujer la única apta para cuidar a los hijos en su más tierna infancia, en contra de lo establecido por las reformas posteriores fundadas en la igualdad jurídica del hombre y la mujer, en las que al menos formalmente se los considera igualmente capacitados.

Prevalece en el ánimo del juzgador como valor superior, el interés social de protección al menor, sobre el derecho del padre a ejercer la custodia del hijo, y el de la madre de no ejercerla sin la ayuda económica del padre, aspecto que merece una profunda reflexión.

Si bien actualmente la mujer participa cada vez más activamente en la vida productiva del país, su carga en el hogar sigue siendo la misma, de manera que tiene una doble obligación que cumplir, en el hogar y en el trabajo.

Si a esto se agrega la carga económica que implica su participación en el sostenimiento de los hijos, y la guarda de los menores de siete años, pensamos que resulta una contribución inequitativa para la mujer.

Otro aspecto interesante sobre patria potestad lo encontramos en la siguiente tesis:

**DERECHO DE VISITAR A LOS HIJOS. ES INHERENTE AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.**- El Código Civil del Estado de México establece en su artículo 426, fracción IV, que la patria potestad se pierde "por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de seis meses". Por tanto si con elementos probatorios suficientes se acredita el abandono del menor de parte de su padre, así como su abstención en proporcionarle alimentos y la omisión de cuidarlo y educarlo como es su obligación, a pesar de tener a su alcance los medios para hacerlo, debe perder la patria potestad, sin que sea óbice a lo interior, el hecho de que la madre provea a la subsistencia y cuidado del menor, toda vez que la situación de desamparo debe juzgarse según la conducta del progenitor que realiza el abandono del hijo, con independencia de la actitud asumida por el otro. Uno de los derechos inherentes al ejercicio de la patria potestad es el de visitar a los hijos, no se trata de un derecho absoluto que derive exclusivamente de la filiación, sino que requiere la existencia de la patria potestad para hacerse exigible; en consecuencia, si se declara la pérdida del ejercicio de ésta, se pierde el derecho de visitar a los hijos, puesto que sería contradictorio que un progenitor que no ha cumplido con sus obligaciones respecto al hijo, conservara el derecho de visitarlo frecuentemente

Amparo directo 4878/87. Ariela Kats. 9 de diciembre de 1987. Unanimidad de 4 votos, Ponente Miguel Cicero Sabido.

Una cuestión importante que plantea la tesis anterior es la determinación de la obligación alimentaria en función de cada uno de los padres, de manera que

si el hijo no sufre perjuicios por el abandono del padre, ésto no debe tomarse en consideración para que éste pueda evadir su responsabilidad en la configuración del abandono como causal para la pérdida de la patria potestad.

En este caso, a diferencia de lo señalado en el comentario sobre la primera tesis, no es necesario que se produzca el perjuicio en la persona del menor para que se configure el abandono, basta que el padre incumpla con sus obligaciones, independientemente del efecto que ese incumplimiento produzca en el menor, dado que la madre al asumir íntegramente la obligación alimentaria, evitó que se comprometiera la salud o la seguridad del menor.

Otro aspecto interesante de la tesis en cuestión, es que se considera el derecho de visitar a los hijos como una consecuencia o efecto del ejercicio de la patria potestad; consecuentemente si ésta se pierde también se pierde el derecho a visitar al hijo.

En esta resolución se confirma la función moderna que se le ha dado a la patria potestad; queda atrás el concepto de potestad absoluta y despótica sustentada por los pueblos de la antigüedad, quedando de manifiesto que las legislaciones modernas han puesto el énfasis en la protección y asistencia de los menores, antes que considerar a los padres.

Las prerrogativas que la ley otorga a los padres en el ejercicio de la patria potestad no pueden considerarse absolutas, sino en función del interés del hijo. En el caso en cuestión, el derecho a visitar al hijo se deriva del ejercicio de la patria potestad y no de la filiación ya que si dependiera de ésta, obviamente no desaparecería al resolverse la pérdida de la patria potestad.