



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA IBEROAMERICANA S.C.

INCORPORADA A LA UNAM CLAVE 8901-09

FACULTAD DE DERECHO

**“EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE HIJO COMETIDO POR PARTE
LEGITIMADA. UNA PROPUESTA JURÍDICA PARA SU TIPIFICACIÓN
EN EL ESTADO DE MÉXICO.”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO PRESENTA:**

GLORIA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

XALATLACO, MÉXICO FEBRERO 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

A DIOS POR PERMITIRME
CULMINAR MI CARRERA

A LA MUJER QUE ES EL EJE Y PILAR DE TODA
MI VIDA, POR SU APOYO INCONDICIONAL POR
CREER EN MI, GRACIAS A MI ADORADA MADRE
“MANUELA HERNANDEZ”

A MIS QUERIDAS HERMANAS POR TODO EL
APOYO Y COMPRENSION QUE SIEMPRE ME
HAN BRINDADO NO SOLO EN ESTE MOMENTO
SI NO EN TODOS Y CADA UNO DE MIS PROYECTOS

INDICE

Pág.

INTRODUCCION.....	I
-------------------	---

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO FAMILIAR

1.1 Antecedentes Históricos de la Familia.....	1
1.1.1 Roma	1
1.1.2 Grecia	2
1.1.3 México Contemporáneo.....	4
1.2 Concepto de Derecho de Familia	6
1.3 Naturaleza Jurídica del Derecho de Familia.....	9
1.4 Fuentes del Derecho de Familia.....	10
1.5 Concepto de Familia.....	13
1.6 Naturaleza Jurídica de la Familia	19
1.7 Importancia Social de la Familia.....	21

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD

2.1 Antecedentes Históricos.....	23
2.1.1 Roma	23
2.1.2 Francia.....	25

2.1.2 Alemania.....	26
2.1.4 México	27
2.2 Concepto de Patria Potestad.....	28
2.3 Características de la Patria Potestad	31
2.4 Derechos y Obligaciones que se derivan del ejercicio de la Patria Potestad	35
2.5 Sujetos de la Patria Potestad	36
2.6 Efectos de la Patria Potestad con respecto a la persona de los hijos	37
2.7 Efectos de la Patria Potestad con respecto a los bienes del menor	46
2.8 Formas de extinción de la Patria Potestad	49
2.9 Conclusión de la Patria Potestad	50
2.10 Suspensión del ejercicio de la Patria Potestad.....	53
2.11 Pérdida del ejercicio de la Patria Potestad	55

CAPITULO TERCERO
LA TEORIA DEL DELITO EN MEXICO

3.1 Definición de Teoría del Delito	58
3.2 Definición de Delito.....	58
3.3 Clasificación de los Delitos.....	60
3.4 Elementos del Delito.....	66
3.3.1 Elementos positivos del delito.....	66
3.3.2 Elementos negativos del delito	78
3.5 Causas excluyentes de Responsabilidad	81
3.6 Excusas absolutorias del delito	86
3.7 Causas de extinción del delito.....	88

CAPITULO CUARTO
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE SUSTRACCION DE HIJO

4.1 Antecedentes Históricos.....	92
4.1.1 España	92
4.1.2 Perú.....	93
4.1.3 Convención De La Haya Sobre Los Aspectos Civiles de la Sustrac_	
ción Internacional de Menores.....	95
4.2 Concepto del Delito de Sustracción de Hijo	97
4.3 Bien Jurídico Tutelado.....	97
4.4 Sujetos que interviene en la relación delictiva.....	98
4.4.1 Sujeto Activo.....	99
4.4.2 Sujeto Pasivo.....	100
4.5 El Objeto del Delito de Sustracción de Hijo	102
4.6 El apoderamiento como elemento esencial del tipo	102

CAPITULO QUINTO
EL DELITO DE SUSTRACCION DE HIJO COMETIDO POR PARTE LEGITIMADA,
UNA PROPUESTA JURIDICA PARA SU TIPIFICACION EN EL ESTADO DE
MEXICO.

5.1 Análisis del delito de Sustracción de Hijo	105
5.2 Tipificación Del Delito De Sustracción De Hijo Dentro del Código Penal	
Vigente para el Estado de México.....	108
5.3 Concepto de Querella	108
5.4 La Querella como elemento de Procesabilidad	111
5.5 La Comisión del Delito por Parte Legitimada	112
5.6 La Restitución del Menor de Edad a su Domicilio Habitual	113
5.7 Tipificación del Delito cuando es cometido por Parte Legitimada	113

5.8 Tesis Jurisprudenciales, Convenios realizados sobre el Delito de Sustracción de Hijo.	115
5.8.1 Ley 24.270 Impedimento de Contacto	115
5.8.2 Convenio del Consejo de Europa sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, de 20/5/80. (boe 1-9-1984).	117
5.8.3 Sustracción de Menores por parte de uno de los padres	117
5.9 Datos Estadísticos.....	122
5.10 Exposición de Motivos de la Gaceta que emite el Gobierno del Estado de México de Fecha 3 De Septiembre De 1999.....	126
CONCLUSIONES.....	127
PROPUESTA	130
FUENTES DE INFORMACION	132

PROLOGO

El presente trabajo lo realizo con el objetivo de realizar el análisis lógico jurídico del delito de sustracción de hijo que se encuentra contemplado dentro del Código Penal vigente para el Estado de México en su artículo 263 y para lo cual dentro del cuerpo del presente trabajo abordó temas tan medulares e importantes para toda una sociedad como lo es “LA FAMILIA” ya que esta institución es la célula primordial o básica de la sociedad, porque es en ella es donde se le proporciona al individuo un medio ambiente de paz, protección, cuidado y no solo eso sino también obligaciones y deberes con los cuales debe de cumplir, mediante un lazos de fraternidad no solo dentro de su propia familia sino para con toda la sociedad o personas que se encuentren en su alrededor, de esta manera se forjan individuos con valores y principios propios que le permitan llevar una vida socialmente activa de manera sana para con el resto de la sociedad.

Una de las instituciones jurídicas que más relevancia tiene el Derecho de Familia lo constituye la figura jurídica denominada “PATRIA POTESTAD” ya que es la que se encarga de fijar el grado de parentesco que existe entre los integrantes de una familia a través de la filiación. Consecuentemente dentro del trabajo que presento me he dado a la tarea de tocar cual han sido la transformación y evolución que ha sufrido dicha institución jurídica a través del pasar del tiempo y cual ha sido la intervención del Estado quien se encuentra encargado de vigilar que dicha formación sea la más idónea y sobretodo satisfaga las necesidades de los menores, porque como se puede apreciar se ha tenido una gran sin número de organización tales como el matriarcado, el patriarcado así como la igualdad de circunstancias entre estas dos figuras paternas.

En el ejercicio de la Patria Potestad se dan dos vertientes: las que se refieren al aspecto personal y económicas o patrimoniales, teniendo dentro de los primeros lo que el derecho a la guarda o custodia, el deber de obediencia, ejemplaridad, de tener un domicilio, un nombre, derecho a la alimentación, a la educación, de representación del menor de edad. Con respecto a los segundos se tienen aquellos que son obtenidos por el menor a través de su trabajo u otro cualquier aspecto como el usufructo y si tomamos en consideración que esta esfera de ve afectada por alguno de los padres que sin derecho a apoderarse de su menor hijo lo realiza solo con el fin de vengarse de su cónyuge o pareja sin poner se a pensar en el daño que se les causa al hijo(s) por haber tomado esa actitud de revancha para con el otro sin poner a pensar que los más afectados con dicha situación son los menores de edad que sin deberla ni temerla se encuentran pagando los errores que son cometidos por sus padres, es por ello que considero de suma importancia que debe de regularse o tipificarse el delito de sustracción de hijo cuando este delito es cometido por alguno de los padres que se encuentra legitimado para ejercer la Patria Potestad, la guarda y custodia de su hijo(s) menor(es) y priva del derecho de visita y convivencia que le asiste al otro padre por propio autoridad y sin que le asista razón o derecho alguno para realizar esta acción.

Aunado a lo anterior tomo en cuenta que esta situación se ha incrementado de manera inmesurada e incontrolable, ya que si uno de los padres trata de acusar al otro del delito de sustracción de su propio hijo y este no ha llevado acabo antes un procedimiento de carácter civil donde es precisamente una autoridad judicial quien le otorga el ejercicio de la Patria Potestad o de la Guarda y Custodia con respecto a su hijo(s) tenemos como consecuencia que no se tipifica este delito, ya que en ese momento se sobreentiende que ambos padres tienen los mismos derechos para con los menores, dejando en total estado de indefensión y sobre todo impotencia al otro padre quien no puede ejercer ninguna acción legal en contra de su cónyuge o pareja

de esta manera estamos ante una gran laguna de la ley, siendo este el motivo que me ha llevado a realizar el presente trabajo y realizar la propuesta que se expone, para que de esta manera se tengan los elementos o conocimientos necesarios para poder luchar por algo tan sagrado como son los hijos y sobre todo brindarles un entorno lo más beneficioso para ellos y de esta manera evitar que los más afectados en este tipo de situaciones son ellos.

Siendo esta situación la que me impulso a dar a conocer a las personas cuales son las herramientas y conocimientos necesarios para poder enfrentarse si se llegase a presentar un problema de estos en su vida personal.

INTRODUCCION

La familia es el núcleo principal de toda la sociedad, ya que es en ella donde se suscitan un gran número de relaciones afectivas así como también de carácter responsiva entre los miembros que la constituyen, siendo éstos los padres y los hijos, pero no sólo se suscitan relaciones de carácter afectivo, sino también se establecen reglas de conducta y convivencia que se deben de seguir, no olvidando que debe de existir un respeto mutuo entre padres e hijos, lo que da origen a que la familia se forme en cimientos de rectitud, respeto y responsabilidad por parte de sus integrantes, dando por consecuencia un buen funcionamiento del núcleo familiar para con la sociedad, ya que esta es el pilar primordial de la sociedad.

De igual forma, el núcleo familiar se organiza de una manera conjunta para poder resolver los problemas que se llegaren a suscitar dentro de la misma, partiendo desde luego de la fijación del parentesco que se da entre los miembros que la integran, de ahí que resulta importante estudiar a la familia como una institución jurídica que marque la pauta y las reglas sobre las cuales se debe de desarrollar la familia en sociedad, realizando dicho estudio con ayuda del Derecho de Familia, para poder así conocer cual ha sido la transformación de esta institución a través del tiempo y conocer cuales son los aspectos más relevantes en cada una de las etapas que abarco en el contenido del presente trabajo, desde luego no haciendo menos la gran importancia que tiene la institución de la familia dentro de nuestro ámbito de sobre vivencia y convivencia con nuestros semejantes.

En consecuencia de lo anterior una de las instituciones que más interesan al derecho de familia es la Patria Potestad ya que esta institución jurídica es la que

determina la fijación del parentesco existente entre los miembros de una familia, desprendiéndose que la Patria Potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres para con sus hijos, para así poderles brindar los cuidados y protección necesaria a los menores de edad no emancipados.

El trabajo que propongo como ya lo he mencionado gira en torno a la familia como núcleo primordial de constitución de una sociedad, comprendiendo desde luego la conceptualización que se tiene del derecho familiar por parte de los diversos juristas mencionados en el cuerpo del presente trabajo, así como la naturaleza jurídica del derecho de familia para poder ubicarla dentro de una rama del derecho, posteriormente analizo diversos antecedentes históricos que se han suscitado en torno a dicha institución jurídica y desde luego la gran importancia que tiene este núcleo de personas para un armónico desarrollo de toda una sociedad.

De igual forma en el presente trabajo se analizan cuales son los requisitos necesarios que se deben de cumplir para que una conducta sea considerada como delito, y por consiguiente se acreedora a una sanción esto es por medio de la legislación que se este aplicando en nuestra entidad, dicha sanción debe de ser acorde a la conducta que se haya realizado, es decir va a tener una penalidad o sanción determinada en base a la gravedad del hecho que se realice, teniendo en cuenta que una determinada conducta para que pueda ser sancionada ya sea de una forma pecuniaria o corporal necesariamente tiene que estar contemplada dentro de un ordenamiento legal que lo contemple como un hecho contrario a lo que se encuentra establecido en la ley.

Por que han existido casos o conductas realizadas que no se encuentran contemplados dentro de ningún ordenamiento legal, a estos fenómenos los conocemos como lagunas legales. Apoyándonos para tal efecto en la ciencia

denominada Teoría del Delito, la cual se va a encargar de llevar a cabo un estudio minucioso de cuáles son los aspectos necesarios o que se deben de cumplir para que una determinada conducta sea reprochable por parte de la sociedad y por consiguiente sea acreedora a una sanción.

Ahora bien en nuestra sociedad se han suscitado un gran número de problemas en torno a la familia, ya que se tiene un mayor índice de desintegración de la misma, causando dicha situación una diversidad enorme de conflictos interfamiliares. En el presente trabajo nos enfocamos principalmente al papel que juegan los hijos de aquellas familias que se han desintegrado, ya que estos son la parte más vulnerable y quienes realmente no cuentan con culpa alguna de los conflictos que se estén suscitando entre sus padres, uno de los puntos más importantes del presente trabajo es saber quien se va a hacer cargo del cuidado y resguardo de los menores de edad, lo anterior se desprende del ejercicio de la patria potestad que se tiene sobre los menores, es decir se debe de fijar un lugar de residencia para estos, mientras se está llevando a cabo un conflicto legal entre sus padres y cual es el delito que se da si alguno de ellos se apoderan de el o los menores sin el consentimiento del otro padre.

Analizando el delito de SUSTRACCION DE HIJO, que se encuentra contemplado dentro de nuestro Código Penal vigente en su artículo 263.

Por lo tanto considero que el tema en estudio hace una aportación de vital importancia al problema que en forma reiterada se está presentando en los asuntos de carácter familiar, ya que tratándose del delito de sustracción de hijo, solo se considera como ilícito el apoderamiento que el padre o la madre haga de su hijo

menor de edad respecto del cual no ejerza la patria potestad o custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, sin embargo estimo que dicha descripción es omisa, pues únicamente prevé el supuesto en el que el padre o la madre que tenga la custodia legítima de su hijo es privada de ella por quien no la tiene, con la finalidad de garantizar la eficacia jurídica de una determinación judicial que confiere tal derecho, por lo que al dejar de contemplar un supuesto distinto deja a un lado la tutela del ejercicio de la patria potestad a quien no tiene la custodia, pues no obstante de que mediante determinación judicial se le restringe de tal derecho no produce la consecuencia de negarle la visita y convivencia con sus hijos tal y como lo establece el segundo párrafo del artículo 4.205 del Código Civil en vigor para el Estado de México, mismo que previene que quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita, por consiguiente cuando, de propia autoridad y sin mandamiento legítimo, es privado de tal derecho a quien no tiene la custodia de sus hijos, debe considerarse también como tipificado el delito de sustracción de hijo, ya que en ultima instancia tanto la descripción típica actual como la descripción que se propone tiene como propósito ultimo el garantizar la convivencia reiterada y sin obstáculos con los hijos, para cumplir con los fines propiamente dichos de la institución.

Para la realización del presente trabajo de investigación utilice los métodos de investigación: METODO DEDUCTIVO, es el que parte de un conocimiento general a lo particular, ya que el delito de sustracción de hijo se ha estado presentando de una manera más reiterada en nuestra sociedad, siendo por eso que las suscrita considero que se debe de dar este delito por equiparación cuando es cometido por el padre o la madre que se encuentra ejerciendo la patria potestad o custodia de su menor hijo e impide el derecho de visita y convivencia al padre o madre que carece de dicha legitimación teniendo por consecuencia que sea privado del derecho de visita y convivencia con su menor hijo.

METODO HISTORICO, ya que en el presente trabajo se hace mención del Derecho Familiar, tomando en consideración que la institución jurídica de la Familia es el núcleo primordial de toda sociedad, no solo de nuestra época actual, sino desde tiempos remotos

METODO DE INFERENCIA DEDUCTIVA, Utilizaré el método en mención para el adecuado entendimiento del trabajo a indagar, y parte de datos aceptados como verdaderos, con la finalidad de llegar a una sola cuestión tendente a realizar una propuesta en el Derecho.

METODO ANALITICO.- Se utiliza el método en comento, por la razón de complejidad del tópico de investigación, involucra al procedimiento de los conflictos colectivos de naturaleza económica, en consecuencia, es menester desmembrar sus características y modalidades para analizar el tema.

METODO SINTETICO.- En el trabajo de investigación se pretende utilizar el método aludido, por la razón de tener conocimientos previos del Derecho Civil y Penal y comprender el tópico a indagar.

METODO ANALOGICO.- Es adecuado en el tema de investigación, para establecer la viabilidad de comparación de algunos elementos del objeto a indagar, con la transformación de la Familia a través del paso del tiempo.

METODO HERMENEUTICO.- Se pretende utilizar este método, para realizar una interpretación basada en historicidad de la norma jurídica, y obtener la verdad consagrada impregnada en la ley, en consecuencia a lo anterior, establecer racionalmente la inadecuada regulación en el Código Penal del Estado de México, respecto al Delito de Sustracción de Hijo.

METODO DISCURSIVO.- Mediante la utilización de este método el trabajo de investigación, se pretende la intuición racional para inferir y diferenciar cuestiones de los conflictos que aquejan en nuestros tiempos a la Familia.

METODO DIALECTICO.- Se pretende utilizar el presente método al trabajo de investigación, mediante el análisis crítico de conceptos e hipótesis, tendentes a corroborar el objeto de investigación.

METODO ARGUMENTATIVO.- Se pretende la utilización de este método al trabajo a indagar, obtener conocimientos previos del tema a tratar que es la Familia y los conflictos que se suscitan en ella.

METODO FENOMENOLOGICO.- El método en comento es aplicable al trabajo a indagar por la cuestión de realizar una descripción de los conflictos reales por los que se encuentra actualmente en la sociedad la institución jurídica de la Familia.

METODO SISTEMICO O JURIDICO.- Se pretende la utilización de este método, en el sentido de establecer la posición actual en el Sistema Jurídico Mexicano, en cuanto al Código Civil como al Código Penal vigente en el Estado de México.

METODO EXEGETICO.- El cual se encuentra basado en la interpretación que cada estudioso del derecho realiza con respecto a la legislación que se encuentra vigente en nuestra entidad con respecto a la Familia y los conflictos que se originan dentro de la misma.

Ahora bien, también para la realización del presente trabajo de investigación la suscrita utilice las siguientes Técnicas de Investigación Jurídicas: TECNICA DE INVESTIGACION BIBLIOGRAFICA.- Al utilizar libros del saber humano jurídico, para referir el nombre del autor o autores consultados, el título de su obra, edición, editorial, año y país, así como instrumentos para obtener información jurídica, a través de leyes vigentes, libros, diccionarios, enciclopedias e internet.

TECNICA DE INVESTIGACION LEGISLATIVA. Mediante los datos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal del Trabajo.

TECNICA DE INVESTIGACION JURISPRUDENCIAL. Emplearé esta técnica para sostener aspectos relativos cuando existen lagunas en la ley y darle una interpretación jurídica

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO FAMILIAR

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FAMILIA

A lo largo de la evolución del hombre, éste ha tomado diferentes vertientes con respecto a la forma en la que se va a asociar, tomando en cuenta desde luego que el hombre en un principio, para poder sobrevivir, tuvo que asociarse en tribus, en las cuales encontraba protección y cobijo, ya que, como es bien cierto, el ser humano siempre ha necesitado de sus semejantes para poder subsistir, llegando de esta forma hasta la institución jurídica que conocemos actualmente como Familia, la cual ha dependido de diferentes influencias tanto culturales como de tipo religioso; no obstante, el ser humano siempre se ha caracterizado por sentir lazos de afectividad y solidaridad para con sus semejantes, los cuales han fungido como elementos indispensables de su estructura y por consiguiente de la forma en la que se ha venido organizando, motivo por el cual se hace necesario referir, de una manera breve, las fases más importantes por las que ha atravesado la institución objeto de este estudio.

1.1.1 ROMA

La formación de las familias romanas se basó principalmente en dos vertientes, las cuales influyeron en su constitución, siendo estas:

Una de orden económico y otra de orden social, la primera tiene su fundamento en la pobreza del suelo romano, que era poco fructífero ya que necesitaba un trabajo de ciento para producir uno, de aquí que para poder satisfacer sus necesidades se agruparon los miembros que después constituyeron la familia, porque el gasto es menor viviendo reunidos que separados un mismo número de personas. La segunda razón que es la de orden social esta en que el pueblo romano se dedico

exclusivamente en un principio a la agricultura, y así, en tiempo de Homero, se pinta a los romanos como descendientes de los bueyes de labor, considerando los aperos agrícolas como parte de la familia, siendo imposible discernir el carácter fundamental de ésta en aquellos tiempos sin tener en cuenta su vida agrícola.¹

La familia romana se caracterizó por ser estrictamente patriarcal, en la cual el padre representaba el pilar principal de toda la familia, mismo que contaba con todas las atribuciones necesarias para disponer de los bienes de la misma e incluso respecto de los bienes de los hijos y de todos los miembros que componían a la familia, creándose de esta manera la figura jurídica del *paterfamilias*, quien, como ya he mencionado con anterioridad, contaba con atribuciones ilimitadas con respecto a los bienes de la familia e incluso de las personas que la integraban; de ahí que el *paterfamilias* era la única persona que en la antigua Roma tenía plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal en todo aspecto, motivo por el cual, todos los demás miembros de la familia dependían de él y participaban de la vida jurídica de Roma por su conducto.

En el antiguo Derecho Romano, la constitución de la familia siempre se caracterizó por instituciones jurídicas como el matrimonio, la patria potestad que, por su importancia, originaban lazos de parentesco, pues cabe hacer mención que el matrimonio era la fuente principal que caracterizó a la familia romana por ser una unión duradera y monogámica entre un hombre y una mujer.

1.1.2. GRECIA

Grecia se encontraba conformada por una compleja organización tanto política y por lo consiguiente social.

¹ Cfr. Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana. Espasa-Calpesa, Madrid, p. 20.

La casa significó la familia del ciudadano, colectividad que reposó invariablemente en lazos y deberes religiosos comunes y en un patrimonio común sobre el cual los miembros de la familia tuvieron derechos potenciales. La religión del hogar y de los antepasados se transmitió de varón en varón. Su ejercicio no pertenecía exclusivamente al hombre, pues la mujer tuvo siempre su parte en el culto.²

En principio debo decir que durante el tiempo en que la mitología tuvo su auge, la mujer ocupaba un lugar importante en la familia griega, pues tenía una posición más libre y estimada. En los tiempos heroicos, se nota a la mujer humillada por el predominio del hombre y la competencia de las esclavas. En cuanto a la mujer legítima, se exigía guardar la castidad y fidelidad conyugal de forma rigurosa. La existencia de la esclavitud junto a la monogamia, presencia de bellas y jóvenes cautivas que pertenecían en cuerpo y alma al hombre, es lo que imprime desde su origen un carácter específico a la monogamia, que solo es monogamia para la mujer, y no para el hombre.

En Atenas, durante el periodo democrático, sólo el padre podía disponer de la propiedad familiar y los hijos no tenían el derecho de administrar el caudal familiar.

La monogamia fue la regla general que imperó en Grecia, sin embargo, en Atenas se autorizó a un ciudadano a mantener más de una casa, por lo que la condición de la mujer quedó aminorada, el marido se convertía en el padre de su esposa, y ésta en su propiedad, incluyendo su dote. Al morir la esposa el derecho de la dote pasa a los hijos.

El divorcio estaba autorizado a cualquiera de los cónyuges y podría ser efectuado rechazando al otro o abandonándolo sin expresar la causa. La mujer divorciada regresaba a su propia familia. Los antiguos griegos, siempre miraron al

² Cfr. DE IBARROLA Antonio. *DERECHO DE FAMILIA.*, Porrúa, México 1993, p. 100.

matrimonio desde el punto de vista del interés público, y lejos de poetizarlo en la vida privada, veían más bien en él un deber patriótico y una necesidad. La ley ateniense negaba la elegibilidad y las funciones públicas al que no había sabido fundar su hogar.³

Por consecuencia los antiguos griegos consideraban al matrimonio, desde el punto de vista del interés público, y lejos de poetizarlo en la vida privada, venían más bien en él un deber patriótico y una necesidad. El divorcio, aunque permitido entre los griegos, rara vez se verificaba.

1.1.3. MEXICO CONTEMPORANEO

La familia contemporánea mexicana ha decaído mucho en importancia, a tal punto que puede hablarse sin exageración de una crisis de ella como institución social, en comparación con la cohesión y vigor que en épocas anteriores tuvo y con el influjo y la autoridad que tradicionalmente había venido ejerciendo sobre sus miembros.⁴

La familia moderna ha sufrido grandes transformaciones, las cuales han sido originadas por la pérdida de los valores éticos, enfrentando con ello una crisis moral, esto debido a la acción de factores económicos, a la extensión y predominio de la vida urbana, teniendo desde luego una gran influencia de los medios de comunicación, respecto a la forma de actuar de las personas, imperando hoy día la familia monogámica no solo como antecedente de la familia, sino como propio modelo de la familia contemporánea.

Desde la época medieval, notoriamente influenciada por el cristianismo, se institucionalizó la organización patriarcal, de la cual somos herederos todos los pueblos tanto de Occidente como de Oriente. Característica de esta organización es

³ *Ibid.*, p. 101.

⁴ Cfr. J. NODARSE. José. *ELEMENTOS DE SOCIOLOGIA*. Harla, México, 1998 p.37.

la figura preponderante del padre que representa, sobre todo en su forma más pura durante el imperio romano, el centro de las actividades económicas, religiosas, políticas y jurídicas de un grupo de parientes.

La sociedad contemporánea debe organizarse en base a nuevos patrones de convivencia a nivel familiar: padres-hijos y cónyuges entre sí, en el que rijan principios de respeto mutuo, colaboración, igualdad y reciprocidad en derechos y deberes. Una sociedad sana solamente podrá surgir si la célula social, la familia, se sustenta en lazos de afecto y armonía, mismos que sólo pueden darse en relaciones de coordinación entre sus miembros y no suprasubordinación, que son los imperantes en la organización patriarcal.⁵

En el desenvolvimiento de la familia conyugal restringida de nuestro tiempo se distinguen cinco etapas:

A) PRENUPCIAL: Elección del futuro conyugue, la cual es libre para el individuo a diferencia de lo que sucedía en otras sociedades, (p. e. las primitivas, la feudal, etcétera), en las que era el grupo, p. e., el clan, o los padres, o los abuelos quienes decidían sobre el acoplamiento; amor romántico; y noviazgo, como etapa de exploración y de preparación.

B) CELEBRACION DEL MATRIMONIO, junto con la cual se suele establecerla estructura económica de la sociedad conyugal.

C) NUPCIAL: Periodo de vida conjunta antes de tener descendencia, en el cual se inicia la constitución del ambiente hogareño y familiar, el ajuste entre los esposos y se va creando una cierta comunidad de vida entre estos.

⁵ Cfr. MONTERO, Dualt Sara. *DERECHO DE FAMILIA*, Porrúa, México 1992, p. 8.

D) **CRIANSA DE LOS HIJOS**, en la que se completa propiamente la familia, reforzando los vínculos entre los esposos a través de la prole, se constituye la comunidad familiar, surgen nuevos alicientes e intereses, y se asumen mayores responsabilidades.

E) **MADUREZ**, o sea cuando los hijos llegan a la mayor edad, y no necesitan ya el cuidado de sus padres. Llegado este momento pueden suceder dos cosas: o bien los hijos se independizan, sea por que ellos contraen matrimonio, sea porque abandonan el hogar; o bien siguen viviendo en el hogar hasta que se produzca uno de los dos hechos indicados. En el segundo caso, es decir, cuando los hijos que tiene ya propia voluntad y capacidad siguen en el hogar familiar, su situación en la familia cambia, por que entonces siguen incorporados a ella por su propia voluntad. Resulta, pues, que entonces desliga a la familia un vínculo asociativo. Aunque la familia siga constituyendo una comunidad, entonces ya no se trata de una comunidad pura, sino que, aunque sea una comunidad, ella está basada sobre un fundamento asociativo, puesto que la permanencia de los hijos mayores en la familia se debe en definitiva a su voluntad...⁶

1.2. CONCEPTO DE DERECHO DE FAMILIA

A lo largo de la historia, el hombre se ha visto en la necesidad de asociarse en grupos para poder sobrevivir, ya que en principio, el motor que impulsó su asociación fue la ayuda mutua y la identidad de género, pues eran totalmente desconocidos los lazos de sangre y el parentesco, sin embargo, no obstante ello, la influencia del tiempo, la cultura, las costumbres, la moral, la religión y el derecho, ha determinado la formación del grupo social más importante: la familia.

⁶ Cfr. RECASENS Siches Luis. *ETAPAS EN EL DESARROLLO DE UNA FAMILIA* 5ª edición, Editorial Porrúa, México 1994, p. 90.

La familia ha tomado como base principal de su desarrollo los lazos de afecto y la ayuda mútua que deben existir entre los miembros que la integran, siendo considerada como el pilar fundamental de las sociedades, por ser el escenario donde se producen un número ilimitado de relaciones afectivas, brindando los padres a sus hijos un ambiente de seguridad y protección, creándoles de esta manera un criterio propio, cuestión por demás trascendental en virtud de que éstos constituyen la parte más vulnerable del núcleo familiar.

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, dando origen a diversos tipos de familias que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos y jurídicos, siendo por ello que, con los conceptos que se tiene de familia y de derecho, se integra lo que conceptualmente se conoce como Derecho de Familia. Considerándose éste como la parte del derecho civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar, pudiendo definir al derecho de familia como *“la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación”*⁷

Como consecuencia de la evolución de los distintos grupos familiares, se ha producido una paulatina evolución sobre el concepto que se tenía de la familia e incluso se va reduciendo poco a poco la extensión del grupo familiar, siendo la primera de ellas la de carácter patriarcal, la cual consistía en que todos los derechos y obligaciones que se generaban de la misma familia recaía en la potestad del padre, sin que los hijos y la propia madre tuvieran derechos para decidir sobre los bienes de la familia, considerando a ésta de una forma amplia, ya que se encontraba constituida no solo por los padres y los hijos de estos, sino también se contemplaba como parte de la familia a los sirvientes que se encontraban bajo la autoridad del paterfamilia.

⁷ Cfr. BAQUEIRO Rojas, Edgar y BUEN ROSTRO Báez Rosalía. *Derecho de Familia y Sucesiones*. Harla, México 1990, p. 7.

Posteriormente, se da el nacimiento de la familia de modelo matriarcal, pero ahora la potestad de la familia se encontraba bajo la autoridad de la madre, hasta llegar a lo que conocemos en la actualidad como pequeña familia, la cual se encuentra integrada por los padres y los hijos de éstos, existiendo de igual forma la llamada familia ilegítima, denominada así porque las condiciones en las que se origina no son a través del matrimonio, sino por lo que se conoce como unión libre o concubinato, imperando en nuestra actualidad la familia monogámica.

Señalando por consiguiente que la familia es una institución, que encuentra su origen en un proceso biológico básico, como lo es la sexualidad y por consiguiente la procreación, constituyendo con esto el marco de la organización social que impera hoy día.

Para el jurista Lafaille, citado por Belluscio, el derecho de familia es “*el conjunto de instituciones jurídicas del orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia.*”⁸

Rebora, citado por Belluscio, lo define como:

El conjunto de normas y de principios concernientes al reconocimiento y estructura del agregado natural que recibe el nombre de familia, a las mismas funciones que el mismo agregado llena y debe de llenar, del punto de vista de la formación y protección de los individuos que la integran; a las relaciones de estos individuos entre sí y con el agregado, como a las de éste con la sociedad civil, con la sociedad política y con los sucesivos órganos constitutivos de la una y de la otra y a las instituciones apropiadas para su preservación y, según las circunstancias, para su restauración o reintegración.⁹

⁸ Cfr. BELLUSCIO, Augusto Cesar. *Manual del Derecho de Familia*. Palma, Buenos Aires, 1988, p. 20.

⁹ *Idem.*

El derecho de familia “*es aquella parte del derecho civil que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros.*”¹⁰

Por lo cual concluyo que el Derecho de Familia, es el conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio, o directo, es presidir la organización, vida y disolución de la familia.

El seno familiar es el espacio donde se produce un sin número de fenómenos de carácter afectivo entre padres e hijos, marcando reglas de conducta y de convivencia, lo que origina que el grupo social se vea conformado en bases de moralidad, respeto, rectitud, responsabilidad y participación colectiva, a efecto de ofrecer oportunidades individuales de desarrollo para los hijos y, como consecuencia, plenitud en su realización personal, requiriendo, por ende, la creación de instituciones que ayuden a la conservación de la familia como lo es el matrimonio, la filiación o en su caso la adopción.

1.3. NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE FAMILIA

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, algunos autores como Savatier, Williams y Spota lo ubican dentro del Derecho Público o, en su caso, dentro del Derecho Social, porque, según su apreciación, el Estado tiene intervención en las relaciones familiares, las cuales no pueden crearse ni resolverse sin la intervención de un órgano estatal que regule y prevea las normas sobre las cuales se va a regir, los derechos y obligaciones que se derivan del mismo considerándolas como de interés social y de orden público, mismas que no pueden dejar de observarse y por consiguiente su cumplimiento no es potestativo, con el propósito de tener una sociedad organizada y, por ende, próspera.

¹⁰ Cfr. SOTO Álvarez, Clemente. *Derecho y Nociones de Derecho Civil*. Limusa, México 1979, p.91.

Otros autores como Enneccerus ubican al Derecho de Familia como una rama del Derecho Social, expresando que la familia como ente primordial o celular de toda una sociedad tiene su origen en el matrimonio y por consiguiente la estructura y formación de el Estado, el cual se encuentra organizado a través de la sociedad, ya sea por las costumbres, religión o ideología de esta. Sin embargo, esta opinión resulta en cierto modo ambigua en atención a que, si bien es cierto la familia es la institución social en la cual el Estado está interesado en su preservación, ya que es la forma en que se va a encontrar constituida una sociedad, se pierde de vista que la familia como tal no cuenta con una personalidad jurídica, ya que la existencia de esta se encuentra sujeta a la decisión de cada uno de los integrantes que la componen.

En efecto, el Derecho de Familia tiene por objeto la regulación en la constitución, organización y, se puede considerar también, la extinción de la familia en cuanto a su existencia interior, es decir, en relación con el papel que cada uno de los miembros desempeña respecto a los demás integrantes de la familia, porque precisamente la finalidad del Derecho de Familia es el estudio de ésta como Institución Jurídica y no como Institución Social, no obstante que dentro de esta rama del derecho se encuentran disposiciones con contenido eminentemente social.

En estas condiciones, al estar reglamentadas las instituciones que son fuente del Derecho de Familia por el Código Civil, y no existiendo hasta ahora disposiciones de orden público que indiquen lo contrario, se establece que el Derecho de Familia forma parte del Derecho Privado, al ser la familia, en última instancia, una Institución Jurídica.

1.4. FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA

Por lo que respecta a las fuentes del Derecho de Familia, se debe tomar en cuenta cuales son las situaciones o condiciones que se deben suscitar para que se genere un núcleo familiar, es decir, cuales son las condiciones que se tienen que dar para

que se genere una relación de parentesco o consanguinidad entre las personas y no puede ser más que la propia vida, el instinto sexual, la perpetuación de la especie, como el elemento primordial que se presenta en la unión de dos personas, dando como consecuencia que los hechos biosociales regulados por el derecho sean aquellas que se derivan de las instituciones jurídicas como lo son: *el matrimonio, el concubinato, la filiación y la adopción.*

Para los juristas Marcel Planiol y Georges Ripert, el matrimonio es *“un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden disolver a su gusto”*¹¹

Otra concepción que se tengo del matrimonio es la que puedo encontrar en el Código Civil del Estado de México vigente en nuestra entidad en su artículo 4.1 y el cual establece:

Artículo 4.1 El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio del cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.

Conceptuando al matrimonio como la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida en común entre ellos.

Otra institución que da vida al Derecho de Familia lo es *el concubinato*, como la *“cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer que son solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos”*¹², situación que hoy en día en nuestro país no se encuentra regulado del todo, ya que del Derecho Civil

¹¹ Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT Georges. *Derecho Civil*. Harla., México, 1997. p. 115.

¹² Cfr. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Voz: concubinato, Porrúa, México. 1999. p. 573.

vigente no se puede encontrar ninguna definición al respecto, pero dentro del Código Civil vigente en el Estado de México se establecen algunas prerrogativas entre los concubinos, como lo son la sucesión.

Otra fuente del Derecho de Familia es la institución jurídica de *la filiación*, que se deriva del latín *filatío-onis*, de *filius*, hijo, entendiéndose por tal la relación que de hecho o por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo. Pudiendo ser esta de dos formas la: matrimonial y la extramatrimonial.¹³

Planiol define a la filiación como: *“la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados”*¹⁴

Sin embargo, el contenido de este último no se agota en la regulación de estas tres instituciones, ya que la ausencia de descendientes de la pareja origina, otra figura jurídica, por medio de la cual se ha pretendido suplir el hecho biológico de la procreación al imitar a la filiación; como lo es *la adopción* la cual constituye otra de las fuentes de las relaciones familiares.

Luego entonces el Derecho de Familia toma sus fuentes precisamente de las instituciones que son objeto de su estudio, refiriéndolo así la doctrina jurídica mexicana, sin embargo, debe establecerse una división de dichas fuentes en cuanto a la razón que le da origen, de ahí que deban distinguirse las fuentes reales y las formales, por eso, considero acertada la opinión que sostiene el jurista Galindo Garfias:

Las fuentes reales del derecho de familia están constituidas por el hecho biológico de la generación y la conservación de la especie y el hecho social, de la

¹³ *Ibid.*, p. 1447

¹⁴ *Ibid.*, p. 1447.

protección de la persona humana en el caso de menores e interdictos. De esas fuentes nacen las instituciones básicas del derecho de familia a saber: el parentesco, la filiación, el matrimonio y el concubinato. Las fuentes formales están constituidas por el conjunto de normas de derecho que establecen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas derivadas del parentesco consanguíneo, por afinidad y civil, la filiación natural y adoptiva, el matrimonio, el concubinato. En este conjunto de normas jurídicas deben distinguirse las que se refieren a las personas, consideradas como miembros del grupo familiar y aquellos otros vínculos jurídicos de contenido patrimonial, a saber: los que imponen la obligación de proporcionar alimentos, los que regulan la administración de los bienes de los consortes, las disposiciones aplicables a la constitución y ordenación del patrimonio de familia y finalmente los que atañen a la transmisión de los bienes por causa de muerte, en la sucesión legítima.¹⁵

En general, el jurista Edgar Baqueiro Rojas señala tres grandes conjuntos de fuentes que dan origen al Derecho de Familia:

- 1.-Las que implican a la unión de los sexos, como el matrimonio y el concubinato.
- 2.-Las que implican a la procreación, como la filiación, matrimonial y extramatrimonial y la adopción.
- 3.-Las que implican a las instituciones familiares en términos de asistencia como la tutela y el patrimonio familiar.¹⁶

1.5. CONCEPTO DE FAMILIA

La familia es un grupo social que varía según la sociedad en la cual se encuentra pero va a ser un reproductor fundamental de los valores de una sociedad determinada.

¹⁵ Cfr. GALINDO Garfias, Ignacio. *Derecho Civil, Primer Curso, Parte General. Personas, Familia*, Porrúa, México, 1975, p. 441.

¹⁶ Cfr. BAQUEIRO Rojas, Edgar y BUEN ROSTRO Báez Rosalía. Op. Cit. p. 7.

La familia es un núcleo compuesto por personas unidas por parentesco o relaciones de afecto. Cada sociedad va a tener un tipo de organización familiar pero algo muy importante es que en la familia las personas que conforman ese grupo van a tener relaciones de parentesco y afectivas.

Además en este grupo familiar se transmiten los valores de la sociedad en la que se vive y por lo tanto es reproductora del sistema social hegemónico de una época y sociedad determinada.

En la sociedad occidental la familia ha venido cambiando en función de los cambios sociales y hoy en día tiene diversas formas, a diferencia de la versión de familia clásica que se desarrolló a lo largo del siglo XIX y XX. Los cambios en el mundo del trabajo y la mercantilización de la vida cotidiana así como los cambios legales y sociales en torno a la diversidad sexual han modificado y diversificado el concepto de familia en cuanto a sus formas.

En suma, puedo definir a la familia como un grupo social que está unido por relaciones de parentesco, tanto por vía sanguínea como por relaciones afectivas. Estos grupos familiares van a reproducir formas, valores sociales y culturales que están instalados en una sociedad.¹⁷

La palabra familia, según la opinión más general, procede de la voz “*famulia*”, por derivación de “*famulus*”, que a su vez procede del osco “*famel*”, que significa siervo, y más remotamente del sánscrito “*vama*”, hogar o habitación, significando por consiguiente, “el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa”¹⁸

¹⁷ Cfr. <http://www.innatia.com/s/c-organizacion-familiar/a-definicion-de-familia.html>

¹⁸ Cfr. CHÁVEZ Asencio, Manuel F. *La familia en el derecho. Derecho de familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, Porrúa, México 1994 p. 207.

Procede la palabra familia del grupo de los “*famuli*” (del osco *famel*, según unos, *femes* según otros, y según entender de Taparelli y de Greef, de *fames*, hambre. Famulos son los que moran con el señor de la casa, y según anota Breal, en osco *faamat* significa *habita*, tal vez del sánscrito *vama*, hogar, habitación, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (*servi*), llamando, pues *familia* y *familia* al conjunto de todos ellos.¹⁹

Para el jurista Eduardo A. Zannoni, la Familia en una concepción moderna puede ser considerada como “*un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco.*”²⁰

Para el jurista Díaz de Guijarro, en definición compartida por López de Carril, la familia es “*la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación*”²¹

El jurista Julien Bonnecase, estima que:

La familia es un organismo social de orden natural, basada en la diferencia de sexos y en la diferenciación correlativa de las funciones, cuya misión consiste en asegurar no solamente la perpetuidad de la especie humana, sino también el único modo de existencia que conviene a sus aspiraciones y a sus caracteres específicos.²²

¹⁹ Cfr. DE IBARROLA, Antonio *Derecho de Familia*. Porrúa, México 1993 p.2.

²⁰ Cfr. ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Astrea, Buenos Aires, 1993. p.3.

²¹ Cfr. CHÁVEZ Ascencio, Manuel F. *Op. Cit.* p. 210.

²² *Idem.*

Para los juristas Marcel Planiol y Georges Ripert, consideran que la familia:

Es el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación, y también, pero excepcionalmente, por la adopción. Esta palabra, designa también, en un sentido más limitado, a los miembros de la familia que viven bajo un mismo techo, sujetos a la dirección y con los recursos del jefe de la casa. Éste era el sentido de la palabra latina *familia*, que designaba especialmente la casa, y que aún se encuentra en las expresiones francesas: *vida de familia*, *hogar de familia*.²³

El Dr. Galindo Garfias señala:

La familia es un conjunto de personas en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil). Esta relación conyugal, paterno filial y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemente de naturaleza legal, establece vínculos entre los componentes de ese grupo familiar, de diverso orden e intensidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos, de auxilio y ayuda recíproca) que no permanecen ajenos al derecho objetivo, sino por el contrario, este, afianza, reafirma y consolida, atribuyendo a dichos vínculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos, que manifiestan su naturaleza especial y presentan caracteres fundamentales distintos en muchos aspectos, de cualesquiera otras relaciones jurídicas.²⁴

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México ha considerado que “en sentido muy amplio, la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuera...”²⁵

²³ Cfr. PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. *Op. Cit.* p. 103.

²⁴ *Op. cit.* p. 427.

²⁵ Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Voz: familia, Porrúa, México. 1999. p. 1428.

El autor Rodríguez de Cepeda indica al respecto:

La familia es el conjunto de personas que viven bajo un mismo techo, subordinadas a un superior común, y unidas por vínculos que se derivan inmediatamente de la ley natural aunque obedeciendo a un criterio más general y amplio adoptado por el derecho positivo.²⁶

La doctrina ha estimado que a la familia se le puede definir desde dos puntos de vista: uno amplio y otro restringido. El primero de ellos se refiere a la formación de la familia por cualquiera de los vínculos de parentesco; el segundo de ellos considera como familia la que se forma únicamente por los cónyuges y los hijos de éstos, comprendiendo solo al núcleo paterno-filial, denominado también familia conyugal o pequeña familia, con exclusión de los demás parientes, o al menos de los colaterales, de aquí que el Derecho Mexicano considere primordialmente como familia la que se origina del matrimonio.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde, encargándose por ende de la subsistencia de los individuos que la componen.

Cuando un ser humano nace, comienza en el seno de la familia a aprender las normas de comportamiento que se consideran adecuadas, buenas o morales. A medida que crece, adquiere el lenguaje del grupo y, por medio de este instrumento, paulatinamente va teniendo acceso a todo el mundo cultural. Así, desde pequeño se

²⁶ Cfr. Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana. Editorial Espasa-Calpesa Editores Tomo XXIII. Madrid, p. 198.

le enseña las creencias religiosas e infunde una escala de valores determinada y una serie de normas de conducta.

Para entender con mayor precisión a la Institución de la Familia, es preciso definirla, a pesar de que existe una seria problemática en nuestro Derecho Positivo, en razón de que éste no contempla una definición concreta de una institución tan importante como lo es la Familia.

Para poder conceptuar a la familia, es necesario hacer hincapié que a lo largo de la historia, el hombre se ha caracterizado por reunirse en grupos, los cuales son regidos primordialmente por los lazos de sangre y parentesco, creándose de esta manera la institución biológica que conocemos en la actualidad como Familia, la cual se ha manifestado de diversas formas, atendiendo a diversos factores como lo son la cultura, las costumbres, la moral, la religión y el derecho, lo anterior con el fin primordial de brindarse ayuda mutua y seguir con la procreación de la especie.

Consecuentemente, a la familia puedo conceptuarla como el fenómeno social provocado por el parentesco, los vínculos de solidaridad y los sentimientos de afecto, creados dentro de un círculo delimitado y cierto, que dan lugar a la formación básica de la sociedad humana.

En un sentido muy amplio, considero que la familia es el grupo de personas entre las cuales existe un parentesco de consaguinidad por muy lejano que sea, pudiéndose apreciar como familia-parentesco, la cual se integra por el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar. A través de la evolución del hombre la concepción que se ha tenido de la familia ha llegado a una forma más restringida, comprendiendo únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos, los cuales viven bajo un mismo techo, pudiéndose considerar a esta familia como doméstica, ya que sólo implica aquellas personas que se encuentran viviendo

bajo un mismo techo, originándose de esta manera lazos de solidaridad y afecto entre los miembros que componen a la familia.

El Derecho considera primordialmente como Familia la que se origina del matrimonio, por estimar que la familia debe tener un origen legal y moral, pero también hace referencia a las relaciones que se derivan de los hijos habidos fuera del matrimonio, los que considera como parte de las relaciones familiares.

1.6. NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA

La realidad de la familia en el contexto social, plantea el problema de su naturaleza en el ámbito jurídico. Se ha considerado la Familia como un régimen de relaciones sociales institucionalizadas que son sancionadas por el Derecho. De este modo, se establecen vínculos jurídicos interdependientes y recíprocos que, en su conjunto, integran tradicionalmente el Derecho Civil y dan fisonomía a la Familia como categoría jurídica.

Al respecto se han formulado posturas diversas, como la tesis que sostiene que la Familia tiene personalidad jurídica, siendo Savatier quien ha sostenido que:

La familia es una persona moral o persona jurídica a quien se atribuyen derechos de naturaleza tanto patrimonial como extrapatrimonial. Entre los primeros se encontraría los bienes constitutivos del acervo familiar, los sepulcros de la familia, las cargas del matrimonio, la legítima hereditaria, la institución del salario familiar etc. Entre los segundos, el derecho al apellido o nombre patronímico de sus miembros, los derechos emergentes de la patria potestad, con sus atributos etc.²⁷

²⁷ Cfr. ZANNONI, Eduardo A. *Op. Cit.* p.16.

Más recientemente, el jurista Spota ha afirmado también que:

La familia como unidad, como un todo, implica una idea fecunda en consecuencias legales que requiere el amparo de la colectividad jurídicamente organizada *el estado* de modo que el interés comprometido obtendrá mejor satisfacción, erigiendo a la familia como persona jurídica.²⁸

La personalidad jurídica presupone la aptitud como potencialidad de un sujeto para asumir la titularidad de potestades y deberes. La personalidad jurídica, en otras palabras, presupone la subjetividad. La familia no es, desde este punto de vista un sujeto en ningún caso, ni titular de derechos, en consecuencia no tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

En nuestro país, solo han afirmado la personalidad de la familia los juristas Arias y Jorge N. Williams. Para Arias, es una persona de existencia necesaria o posible, pero sí un ente al cual la ley atribuye, si bien vaga o imprecisamente, derechos y obligaciones. Williams enuncia siguiendo a Savatier la familia es un ente que puede adquirir derechos y contraer obligaciones; además estima que en ella se da la existencia del bien común, todo lo cual lo lleva a sostener que es una persona jurídica.

No cabe duda que en nuestro Derecho, la Familia no cuenta con personalidad jurídica, pues le falta evidentemente la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, lo cual es la nota distintiva de la personalidad jurídica de las personas, sino mas bien en nuestro Derecho Mexicano, la Familia es considerada como un grupo de personas que persiguen un fin en común, siendo esta la conservación de la misma, actuando de una manera que el vínculo familiar no se vea afectado, dando lugar a los lazos de parentesco y de sangre que existen entre los miembros que integran.

²⁸ *Ibid.*, p. 17.

1.7. IMPORTANCIA SOCIAL DE LA FAMILIA

Desde tiempos remotos en la vida del hombre, la familia ha constituido una institución social fundamental, para el desarrollo de los individuos en una sociedad, porque el hogar es el único centro de educación de los hombres, siendo el seno familiar donde se educa a los niños y se les forma un carácter propio, siguiendo desde luego el ejemplo de sus padres, ya que estos son las personas más cercanas con las que cuenta y donde se adquieren los valores y principios fundamentales que rigen a una persona.

Un factor muy importante que ha influido en la decadencia de la familia contemporánea, son los masivos medios de comunicación que han acarreado perjuicios transculturizantes, deformando e imponiendo en la idiosincrasia mexicana formas liberales y deliberadas de convivencia familiar.

Otra de las razones de decadencia en la familia lo constituye la situación económica, pues, por razones obvias, influye en su debilitamiento la inseguridad e insuficiencia en la captación de recursos, lo que provoca que la familia se disperse en busca de mejores condiciones de vida, todo lo cual incide en una sola institución: el divorcio.

Por eso la sociedad contemporánea debe organizarse sobre la base de nuevos patrones de convivencia en el ámbito familiar: padres-hijos y cónyuges entre sí, en el que rijan principios de respeto mutuo, colaboración, igualdad y reciprocidad entre derechos y deberes. Una sociedad sana solamente podrá surgir si la célula social, la familia, se sustenta en lazos de afecto y armonía, mismos que sólo pueden darse en relaciones de coordinación entre sus miembros y no de suprasubordinación, que son los imperantes en la organización patriarcal

Para el concierto de las Naciones, la familia sigue siendo la UNIDAD BASICA de toda sociedad. Y la familia siempre se ha basado en el matrimonio, que es una institución jurídica, la primera y mas importante de las instituciones jurídicas privadas. Su antigüedad y su importancia en la historia de la humanidad, la colocan en la cumbre de las instituciones culturales.

Las investigaciones etnológicas más recientes denotan con certeza que el matrimonio y la familia son estructuras primarias de la vida humana, en común a las que no cabe considerar como el producto de una lenta evolución.

En el aspecto privado de su vida en familia, encuentra el hombre satisfacción a sus legítimas aspiraciones y afectos. Da lugar al nacimiento de nuevos seres que perpetúan la sociedad y procuran el mantenimiento del orden social, sin el cual no se podría vivir, siendo entonces la familia el primer medio de educación. En efecto, no sólo produce los renuevos que perpetúan la raza, sino que la transmite poco a poco desde su nacimiento la práctica de la ley moral, sin la cual no podrían gozar después de la paz ni del pan cotidiano. Y no solo durante la niñez y la juventud del hombre la familia es el medio más poderoso de educación, sino que aún después, en la edad adulta, continua ejerciendo gran influencia moral sobre el hombre, al que contiene en la senda del deber y atrae al camino de la virtud y de la dignidad cuando se halla alejado de él, llevando consigo además esta vida de familia el ejercicio del sacrificio.

En el orden social es, además, la familia la depositaria y la transmisora de las tradiciones sociales y políticas del pueblo, que van pasando de generación en generación.

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE PATRIA POTESTAD

2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

Desde el punto de vista sociológico, se ha sostenido que las sociedades primitivas partieron siempre de la madre para la determinación de la parentela, por ser aquélla el núcleo de la familia y a quien pertenecía la autoridad sobre los hijos, aunque muy raramente fuera ejercida por ella; *“el hogar se formaba alrededor de la madre, polo de estabilidad en la vida familiar, y el parentesco sólo se establecía por línea materna. Dos hermanos nacidos de un mismo padre, pero de madres distintas, no eran parientes”*¹

2.1.1. ROMA

El Derecho Romano como fuente inspiradora de nuestro sistema jurídico, también estableció dentro de sus instituciones a la patria potestad, partiendo del hecho de que la familia romana se caracterizó por ser una agrupación monogámica patriarcal; el patriarca o *paterfamilias*, como jefe del grupo familiar, se constituía, al interior de este, en el sacerdote, el juez, y el legislador, entre otras cualidades, lo cual, a través de este conjunto de poderes y derechos garantizaba, por ende, la unidad y permanencia del grupo familiar.

Por tanto, y partiendo de lo anterior, se puede considerar únicamente como antecedentes de la patria potestad, aquellas sociedades en las que prevalecía la

¹ Cfr. FLORIS Margadant S, Guillermo. *Derecho Romano*. Esfinge, México 1986. p. 195.

unión monogámica dotada de cierta estabilidad, pues únicamente en tal circunstancia se concretaba el ejercicio de la autoridad paterna.

Las características propias de dicha institución en Roma y la influencia del Derecho Romano sobre las restantes legislaciones, han llevado a tomar como punto de partida para el estudio de los antecedentes históricos a la potestad romana, sintetizada en sus peculiaridades a partir de la máxima según la cual el padre engendraba para sí un hijo y para el Estado un ciudadano.

Las diferencias existentes se hacían notorias entre la condición del hijo en el ámbito público y el estado de sujeción absoluta al padre. **Éste ejercía sobre su hijo un poder de tal naturaleza que se asemejaba al imperium público, ya que el término potestas referido a oficio público equivale a imperium, por lo que no resultaría extraño que en su amplitud pudiera abarcar el ius vitae necisque², el derecho de abandono, de exclusión de la familia, la venta y pignoración y la privación de patrimonio.*

La magna potestad sobre el hijo que ejercía el *paterfamilias*, era un reflejo del poder autoritario que el jefe de familia romano ejercitaba sobre todos los componentes del grupo, incluidos su mujer, los esclavos, las personas asimiladas y cualquiera otra que fuera comprendida por la gran familia romana.

El *agnatio*, era el sistema por el que:

Sólo el parentesco por línea paterna cuenta en derecho, a consecuencia de ello, cada persona solo tiene dos abuelos: los paternos. Dos hermanos uterinos no son “hermanos”; en cambio, los hermanos consanguíneos no se distinguen jurídicamente de los hermanos por ambas líneas; el moderno, en cambio, no es ni matriarcal ni

* Principio que hace alusión al poder disciplinario, de carácter absoluto, que antiguamente tenía el *paterfamilias* sobre sus hijos, que era de vida o muerte.

agnaticio, sino que es cognaticio o *cognatio*, es decir reconoce el parentesco, tanto por la línea materna como la paterna, y da como resultado la familia mixta.³

2.1.2. FRANCIA

En Francia, cuyas regiones eran regidas por el derecho escrito, se admitió a la patria potestad, con las características que imperaban en el derecho romano, con excepción de que tal figura solamente subsistía hasta que los sometidos a ella cumplieran la mayoría de edad. Así, cuando los hijos eran maltratados, se les negaban los alimentos o por cualquier medio eran inducidos a recibir perjuicios, los padres eran obligados a emancipar a los hijos.

En el derecho francés, fueron reconocidas tres causas de la extinción de la autoridad paterna a saber: la muerte del hijo, la emancipación y la llamada caducidad del padre o la madre.

Al igual que en el derecho moderno, las causas concebidas en el francés se derivaban de un hecho natural o de situaciones de orden jurídico, considerando dentro de la primera el fallecimiento de la persona sujeta a la patria potestad, pues al dejar de existir aquél, se produce la extinción de ésta; en cuanto a las causas de orden jurídico, se contemplan los actos mediante los cuales el menor se liberaba de la autoridad paterna y adquiría la libre disposición de sus bienes y de su persona, así como los actos por los que se privaba de la patria potestad a quien la ejercía por ser considerados como padres indignos.

³ *Idem.*

2.1.3. ALEMANIA

Por su parte, el Derecho Alemán concebía a la patria potestad como un derecho y un deber orientado hacia la protección del hijo, como parte de una protección más general proyectada hacia todo el grupo familiar.

El *Munt* germánico evidenciaba además una participación materna, no solo por serle atribuida la patria potestad en defecto del padre, sino por reconocérsele derechos y deberes durante el ejercicio de la institución por éste.

El poder de corrección que le asistía al padre sobre los hijos por efectos de la *munt*, era hasta cierto grado ilimitado, ya que en algunos casos se le autorizaba aplicar la pena, como en el supuesto de que *“si el padre sorprende bajo el techo paterno en adulterio a su hija puede hacer de ella lo que quiera”*⁴

Con la llegada del cristianismo se propició una nueva concepción de la institución, pues tomando elementos de la potestad romana y del *Munt* alemán se creó una postura ecléctica, y reconociendo la autoridad del padre la delimitó, determinando con claridad que ella era justificada por la necesidad de amparo del ser en formación. Sin embargo, en la práctica se observaban poderes que pudieran considerarse como ilimitados a favor de los padres y como consecuencia, en perjuicio de los hijos sujetos a la patria potestad, pues como bien lo hace notar el jurista Francisco Bonet al sostener que:

Las excesivas atribuciones paternas observadas en la realidad legislativa llevó a una reacción del derecho medieval, traducida en una negación de la patria potestad entre los lombardos y cierta doctrina francesa. No obstante, han sido interpretadas

⁴ Cfr. DE IBARROLA Antonio *Derecho de Familia*. Porrúa, México, 1993 p. 422.

como una postura de rechazo a la institución ejercitada ilimitadamente, pero de manera alguna dirigida a desconocer a la patria potestad como derecho natural.⁵

2.1.4. MEXICO

Durante la época precolombina en México, entre los aztecas, se distinguió la presencia paterna como jefe de la familia, sin embargo, en el derecho, la mujer guardaba igualdad de circunstancias con su esposo, pues *“el hombre educaba y castigaba a los hijos varones, la mujer a las niñas. Ambos podían amonestar a sus hijos sin distinción”*⁶

El poder de los padres en el ejercicio de la patria potestad con respecto de sus hijos era muy amplio, ya que podían disponer de estos a grado tal de venderlos como esclavos por causa de pobreza o por su conducta incorregible, así como convenir su matrimonio sin su consentimiento.

El ejercicio de la patria potestad también se encontraba sujeto al aspecto de temporalidad, ya que los hijos, al cumplir los quince años de edad, estaban obligados a asistir al Calmecac. *En entendiéndose a esta como la escuela de la clase pudiente.

Durante el México independiente, la influencia del Derecho Romano también se hizo palpable, ya que se dio preferencia al padre para que en primer lugar ejerciera la patria potestad y después la madre, tal y como puede corroborarse en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, pues sólo por muerte, interdicción, ausencia del llamado preferentemente (padre), entraría a ejercer la patria potestad el que le seguía en el orden establecido (madre) y así sucesivamente, es decir, a falta o impedimento de la madre seguía el abuelo paterno, luego el abuelo materno, y quien le siguiera en orden; y no fue sino hasta con la Ley sobre Relaciones Familiares donde se

⁵ Cfr. BONET Ramón, Francisco. *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1960, p. 594. citado por D´Antonio, Daniel Hugo. *Patria Potestad*. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 34.

⁶ Cfr. DE IBARROLA Antonio. *Op cit.* p. 109.

estableció que la patria potestad se ejercía simultáneamente por el padre y la madre, y a falta o impedimento de éstos, por los abuelos paternos y por último por los abuelos maternos; consideración que hasta la fecha sigue vigente en nuestro Código Civil.

2.2. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

Una de las grandes instituciones que mayor magnitud interesan al Derecho de Familia lo constituye la patria potestad, figura que se deriva de la determinación de la fijación, y por ende, del parentesco de la filiación, de ahí que resulte importante la razón conceptual, por lo cual me permito citar algunos de los conceptos que han sentado base en la doctrina en general.

Patria potestad viene del latín *patrius*, lo relativo al padre y *potestas*, potestad o poder, es decir el poder del padre.

El jurista José María Álvarez la considera como *“aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden a los padres sobre sus hijos con el fin de que estos sean convenientemente educados”*⁷

Por su parte, el jurista Daniel Lugo D’Antonio la entiende como:

Un complejo funcional de derechos y deberes, reflejo de la filiación, que corresponde a los padres respecto de cada uno de sus hijos en tanto éstos permanezcan en estado de minoridad o no se hayan emancipado, y que reconoce como finalidad lograr el pleno desarrollo personal de los hijos.⁸

⁷ Cfr. ÁLVAREZ, José María. *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, México, 1982, p. 117.

⁸ Cfr. D’ANTONIO, Daniel Hugo. *Patria Potestad*. Astrea,, Buenos Aires, 1979, p. 30.

Para los juristas Planiol y Ripert *“la patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”*⁹

La jurista Sara Montero Duhalt sostiene que la patria potestad *“es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad”*.¹⁰

Por su parte el doctor Galindo Garfias estima:

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).¹¹

El jurista Rafael de Pina dice que *“la patria potestad se define como el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria”*¹²

El jurista Planiol la define diciendo que 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”*¹³

⁹ Cfr. PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. *Derecho Civil*. Harla, México 1997. p. 255.

¹⁰ Cfr. MONTERO Duhalt, Sara. *Derecho de Familia*. Porrúa, México, 1992, p. 339.

¹¹ Cfr. GALINDO Garfias, Ignacio. *Op. cit.* p. 669.

¹² Cfr. DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción-Personas-Familia*. Porrúa, México, 1992, p. 373.

¹³ Cfr. SOTO Alvarez Clemente *DERECHO Y NOCIONES DE DERECHO CIVIL*. México, 1979 p. 120.

El Código Civil vigente para el Estado de México, en su artículo 4.202, establece que la patria potestad será ejercida sobre los hijos menores no emancipados, virtud por la cual cuando un hijo de familia alcanza la mayoría de edad, ya se encuentra en posibilidad de contraer derechos y obligaciones; consecuentemente, tiene tanto derecho de goce como derecho de ejercicio. Comprendiendo desde luego la patria potestad, la protección legal de los hijos no emancipados, así como su protección tanto física, psicológica, moral y social, la guarda y custodia sobre su persona, así mismo como la administración de sus bienes, otorgando el derecho de corrección a los padres.

Ahora bien, en estricto sentido, no se puede concebir la función que ejercen los padres con respecto de sus hijos con el término de patria potestad, ya que tal concepto se ha visto rebasado en la constante evolución del Derecho, en virtud de que, en principio, no se trata propiamente de un poder, sino de un deber; tampoco se trata de una institución privativa o privilegiada, es decir, no solo le compete su ejercicio al padre, sino también a la madre en forma simultánea o, en su caso, a ambos adoptantes, de ahí que, se consideren las diversas concepciones que ha ofrecido la doctrina, sean en cierto modo erróneas.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, y ante las firmes tendencias del Derecho de Familia de concebir el término de patria potestad a una más acorde con la finalidad de la institución, puedo sostener válidamente que es la institución jurídica que se encarga de la función derivada de la paternidad y la maternidad, por medio de la cual se concede a los progenitores o adoptantes el conjunto de deberes y facultades de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados.

Actualmente, la patria potestad dejó de ser patria, pues no es exclusivamente el padre, si no que es igualmente compartida con la madre o en ocasiones llegando a

ser exclusiva de ella cuando el menor de edad no cuenta con el reconocimiento de su padre.

2.3. CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

Después de haber analizado varias definiciones de lo que es patria potestad, me doy cuenta que la paternidad implica una misión muy importante que tienen los padres con sus hijos y que es la de brindarles protección y cuidado, siendo por ello que debe de intervenir el Estado para que dicha protección y cuidado sea de manera idónea y sobre todo satisfaga las necesidades de los menores, ya que al Estado le interesa la educación y protección de los ciudadanos.

Siguiendo la opinión de la doctora Sara Montero Duhalt, dire que las principales características que distinguen a la institución de la patria potestad son las siguientes:

- A) Cargo de interés público;
- B) De tracto sucesivo;
- C) Personalísima;
- D) Irrenunciable;
- E) Intransferible;
- F) Imprescriptible;
- G) Temporal;
- H) Supletorio;
- I) Excusable¹⁴

A) CARGO DE INTERES PUBLICO. Se trata de un cargo de interés público ya que esta se deriva de la propia naturaleza del hombre, es la actitud de protección, educación y el bienestar de los hijos, la mayor parte de los padres asumen tal responsabilidad de forma espontánea y de una forma amorosa, todo ello por el

¹⁴ Cfr. MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. Porrúa, México, 1992 p. 342.

bienestar que se les pueda brindar a los hijos. La patria potestad es la institución reguladora de las relaciones existentes entre padres e hijos.

B) DE TRACTO SUCESIVO. Esta característica se refiere a que los primeros que ejercen la patria potestad sobre sus hijos, son precisamente sus padres y a falta de alguno de ellos será ejercida por el que subsista, si no vive ninguno de los ellos este derecho pasara a favor de los abuelos paternos y en ausencia de estos pasara al favor de los abuelos maternos y cuando exista alguna controversia entre los abuelos con respecto de quien va a ejercer la patria potestad sobre su nieto, el juez tendrá la facultad de decidir quien va a ejercitar tal derecho, tomando en cuenta los intereses del menor. Esto tal y como lo establece el artículo 4.204 del Código Civil vigente en el Estado de México.

C) PERSONALISIMA. Esta característica señala que los padres o abuelos que ejercen la patria potestad sobre alguna persona, son los únicos que pueden ejercerla, ya que no se puede delegar o nombrar un representante para que la ejerza en su nombre o representación, en el supuesto de que ambos padres ejercen la patria potestad sobre sus menores hijos, y a falta de uno de ellos la ejercerá aquel que subsista, tal y como ha quedado descrito en el inciso anterior.

D) IRRENUNCIABLE. El carácter de irrenunciable, es en virtud de que no cabe la renuncia de este derecho, ya que la patria potestad tiene un carácter de interés público, de ahí que se considere irrenunciable, puesto que implica el cumplimiento de las responsabilidades que puede asumir un sujeto que es el de tener hijos.

La renuncia del ejercicio de la patria potestad por parte de los ascendientes que la desempeñan, implicaría el abandono del descendiente.

E) INTRANSFERIBLE. Casi la mayoría de las relaciones familiares son de carácter personalísimo, por este motivo no pueden ser objeto de comercio, tampoco se puede

trasmitir por ningún título ya sea de tipo oneroso o gratuito. Es intransmisible por el hecho de que es una institución que tiene una función protectora de los menores de edad y a la vez se convierte en un deber de las personas quien deba ejercer la patria potestad.

La patria potestad solamente permite una forma de transmisión del ejercicio de este derecho, la cual es a través de la figura jurídica la *adopción*, transmitiendo de esta manera el ejercicio de tal derecho a los padres adoptantes.

F) IMPRESCRIPTIBLE. Esta característica indica que los derechos y obligaciones que se suscitan de ejercer la patria potestad no se extinguen por el simple transcurso del tiempo. Quien se encuentra obligado a ejercer la patria potestad y no la ejerce, no por este hecho pierde la obligación que tiene con su descendiente. Es decir, el ejercicio de la patria potestad corresponde a quien la ley señala, siendo estos los padres o los abuelos, tal y como ya quedó descrito con anterioridad.

Pero no con esto quiero decir que por el hecho de que una persona proteja o represente a un menor de edad en un determinado tiempo, adquiera por este simple hecho el ejercicio de la patria potestad sobre el menor en comento.

G) TEMPORAL. De acuerdo con esta característica el ejercicio de la patria potestad se ejerce sobre los menores de edad no emancipados, es por ello que dura tanto como la minoría de los hijos. Ya que el ejercicio de la patria potestad sobre los menores hijos es de manera transitoria, como ya ha quedado descrito tanto para las personas que la ejercen como para los menores que se encuentran sujetos a ella.

H) SUPLETORIO. El ejercicio de la patria potestad es supletorio, en virtud de que el mismo opera a falta de los ascendientes llamados preferentes. En efecto, por disposición de ley, compete el ejercicio de la patria potestad a los padres, y a falta de

éstos los abuelos paternos, y a falta de ellos los abuelos paternos y a falta de estos el juez tendrá la decisión, tomando en cuenta los intereses del menor.

I) EXCUSABLE. Debido a la naturaleza del ejercicio de la patria potestad, en el sentido de que la misma es reconocida como una función en beneficio de los menores no emancipados, como consecuencia, se prevé el pleno y exacto cumplimiento de la función a cargo de personas capaces, en amplio sentido, para conseguir los propósitos que se han establecido, por ello pueden excusarse (no renunciar) de su ejercicio las personas que no se encuentren en aptitud de condiciones para cumplir la función inherente, de ahí que el artículo 4.226 del Código Civil vigente en la entidad disponga:

Artículo 4.226. La patria potestad no es renunciable, pero a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II Cuando por su mal estado de salud no puedan atender debidamente su desempeño.¹⁵

Del dispositivo legal citado se establece claramente una facultad discrecional a favor de quien compete el ejercicio de la patria potestad, y no un imperativo como en el caso de cual se encuentran en aptitud de condiciones para ejercerla, es decir, que los padres o abuelos, aunque tengan o rebasen la edad de sesenta años, o su estado de salud sea permanentemente precario, pueden continuar con el desempeño de la función si así lo desean, siempre y cuando existan condiciones que garanticen el beneficio de los sujetos a ella, sin que signifique, por lo tanto, que la excusa sea obligatoria.

¹⁵ Cfr. Código Civil para el Estado de México, Editorial Sista, México 2010, p. 50

2.4. DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE SE DERIVAN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad han cobrado vital relevancia, que se ha considerado una necesidad el procurar una protección especial a los derechos de los niños, y muestra de ello es el pronunciamiento que se ha hecho en la Declaración de los Derechos del Niño, signada en Nueva York, el 20 de noviembre de 1959; Convención sobre los Derechos del Niño, llevada a cabo en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989; Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares guarda, en los planos nacional e internacional, del 3 de diciembre de 1986 y en los convenios constitutivos de los Organismos Especializados y de las Organizaciones que se interesan en el bienestar del niño, considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle, por lo que a través de las diversas declaraciones se pretende garantizar una tutela efectiva de los derechos del menor.

La institución en estudio encierra en si misma un conjunto de deberes, más que de derechos, pues no se debe olvidar que se trata de una figura reconocida por la ley en beneficio de los hijos menores no emancipados, por lo que el cumplimiento de las obligaciones a cargo del activo debe ser congruente con el desarrollo de los menores sujetos a ella, atendiendo siempre en forma integral sus necesidades; por tanto, quedan comprendidos los aspectos espiritual, físico y social.

Ahora bien, partiendo de lo anterior, considero que dentro de las obligaciones y derechos, como binomio indisoluble, que se derivan del ejercicio de la patria potestad se pueden distinguir dos vertientes: las que se refieren al aspecto personal, en estricto sentido, y las que cuentan con un aspecto económico o patrimonial, por lo que, considero las de mayor relevancia, dentro de las primeras se cita a la guarda y custodia, el deber de respeto, obediencia y consideración, el derecho a los alimentos,

el derecho de corrección, el derecho al nombre, educación, domicilio, representación, y dentro del segundo grupo los que se refieren a la administración de los bienes del menor.

Analizando las principales obligaciones y derechos que se derivan del ejercicio de la patria potestad, tanto para el que la ejerce como para aquel que se encuentra sujeta a ella, por lo que es necesario precisar que a toda obligación le corresponde un derecho, siendo necesario resaltar quienes son los sujetos que se encuentran involucrados en el ejercicio de la patria potestad, teniendo como resultado lo que se analiza a continuación.

2.5. SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD

Con el propósito de distinguir a los sujetos que intervienen en la relación derivada del ejercicio de la patria potestad, los clasifiqué en activos y pasivos, entendiéndose por los primeros aquellos a quienes les compete el ejercicio de la misma, y como pasivos, sobre quienes se debe ejercer la función, no obstante que exista la obligación mutua de deberse respeto y consideración recíprocos.

El carácter de sujeto activo de la relación, por razones naturales, lo detentan, en primer término y por regla general, los padres, conjuntamente o en forma individual, y a falta de éstos tal carácter lo tendrán los abuelos maternos, siguiendo, por último, a falta de tales ascendientes, los abuelos paternos. La calidad de sujeto pasivo de la relación siempre recaerá en los hijos o nietos menores de edad no emancipados.

Consecuentemente, el artículo 4.204 del Código Civil en vigor para el Estado de México, establece el orden preferencial de los sujetos activos que deben ejercer la patria potestad, sin embargo, en mi consideración, la legislación vigente sigue conservando un vicio trascendental, ya que si bien el Código en vigor modificó el orden preferencial del ejercicio de la patria potestad para disponer que el ejercicio de

la institución estará a cargo en primer lugar de los padres, en segundo a cargo de los abuelos maternos y, por último, a cargo de los abuelos paternos, también es cierto que tal disposición en nada cambia el sentido del ejercicio tal como lo contemplaba la legislación abrogada, no obstante de que, actualmente, se le da preferencia a los abuelos maternos para entrar en ejercicio de la patria potestad a falta de los padres, ello en nada modifica la situación del ejercicio de patria potestad por los abuelos en beneficio de los nietos menores de edad no emancipados. Tal afirmación tiene sustento, en atención a que continua vigente un aspecto discriminatorio respecto de los ascendientes en segundo grado en el ejercicio de la función, pasándose por alto que la institución se reconoce como una función en beneficio de los pasivos y no de los activos, por lo tanto, queda de más especificar un orden preferencial por lo que hace a los abuelos para dejarlos en un plano de igualdad, porque corresponderá al juez decidir, de acuerdo al beneficio que le arroje al menor, a cual de los abuelos le corresponderá ejercer la patria potestad.

En la adopción simple, tendrá el carácter de sujeto activo, en forma exclusiva, el o los adoptantes.

Cabe hacer notar que por el hecho de que el sujeto activo de la relación derivada del ejercicio de la patria potestad lo ostenten en forma primigenia y preferencial los padres, sale restando que los hijos sean concebidos de matrimonio o fuera de él, ya que, tratándose de los nacidos fuera de matrimonio, basta que sean reconocidos por los progenitores para tener a su cargo el ejercicio de la patria potestad.

2.6. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD CON RESPECTO A LA PERSONA DE LOS HIJOS

El ejercicio de la patria potestad, como se lo he dicho, contempla derechos y obligaciones recíprocos, por lo que, a fin de establecer una distinción didáctica, y para

mejor comprensión, a continuación indico los que se refieren a la persona misma de los hijos siendo los siguientes:

A) EL DERECHO DE GUARDA Y CUSTODIA

El jurista Lisandro Cruz Ponce, sostiene:

La expresión “guarda”, “custodia” o “tuición” de los hijos debe considerarse en un sentido más amplio. Comprende: el cuidado personal del hijo, su protección, vigilancia y dirección; dotarle de los elementos necesarios para su pleno bienestar físico; proporcionarle los medios recreativos propios de su edad; velar por su salud e integridad física; otorgarle alimentación y vivienda adecuadas; atender a su educación; velar por su superación técnica, científica y cultural; colaborar con los maestros en las actividades docentes; prepararle para su formación en la vida social; inculcarle el respeto a los demás y el amor a los valores nacionales y a los símbolos patrios.¹⁶

Para el jurista Slimer, citado por José Ignacio Cafferata, la guarda sería:

El derecho de mantener al hijo cerca de sí, es decir, en términos de técnica jurídica, el derecho de fijar el lugar de residencia del hijo. La guarda no es una potestad que se reconozca a los padres en forma autónoma, sino que se la otorga en función del cumplimiento del deber de educación que es el gran deber que preside las relaciones entre padres e hijos...la guarda debe ser considerada no como un atributo al lado de otros atributos, sino como el medio que permite realizar concretamente, los otros derechos y obligaciones de la patria potestad, en síntesis, al contacto inmediato del hijo con el padre, presupuesto esencial para que este pueda cumplir con su deber

¹⁶ Cfr. Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM., México, 1990, pp. 63-64.

de educarlo y a través de esa educación lograr el desarrollo integral de la personalidad del menor, es designado con el nombre de derecho de *guarda*.¹⁷

La misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido en forma reiterada en diversas ejecutorias, lo que debemos entender por guarda, y al efecto ha dicho:

GUARDA Y CUSTODIA, NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESION. Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores, y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, por que tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.¹⁸

Por lo tanto, cabe decir que la guarda o custodia no tiene otro propósito que el de servir a los intereses de los hijos menores para hacer posible la tarea de educar, por ello, el ejercicio de la misma es de carácter obligatorio en la medida en que cumpla con la misión de una correcta formación.

Válidamente puedo sostener que la guarda y custodia de los hijos, es uno de los deberes de mayor relevancia que encierra la institución en estudio, en virtud de que, como lo he sostenido unánimemente la doctrina, implica en si mismo un cúmulo de deberes que tienen como propósito primordial el cuidado de la persona del menor, ya que la ley supone, y debe suponer, que los niños tienen el derecho supremo a ser cuidados por sus padres, para garantizar su protección y desarrollo.

¹⁷ Cfr. CAFFERATA, José Ignacio. *La Guarda de Menores*. Astrea, Buenos Aires, 1978. p.p. 28-29

¹⁸ SEMANARIO Judicial de la Federación. 7ª Epoca. Tercera Sala. Vol. 217-228. Cuarta Parte. Tesis 293,556. p. 133. Amparo directo 73/87 Salvador Cordero Torner y otra.. 6 de abril de 1987. Cinco votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1969, p. 26.

Resulta importante hacer notar que, en principio, la custodia o guarda de los hijos debe ejercerse por ambos padres, y por excepción podrá desmembrarse, es decir, será ejercida por uno solo de los padres, como en el caso del divorcio, o cuando los padres viven separados sin la existencia del vínculo matrimonial, supuesto en el cual, cuando no exista acuerdo de los padres, el juez resolverá lo conducente teniendo en cuenta en todo momento los intereses del menor, sin embargo, al padre que no tenga la custodia le asiste el derecho de visita, siempre que el mismo no sea causa de perturbación en las actividades o desarrollo del menor.

El Código Civil vigente en el Estado de México establece las reglas que deberán observarse para la guarda y custodia, cuando uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo de ella, y al efecto el artículo 4.228 establece:

Artículo 4.228. Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones:

I Los que ejerzan la patria potestad convendrán quien de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor;

II Si no llegan a ningún acuerdo:

a) Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor;

b) El juez, después de oír a los interesados, decidirá quien se hará cargo de los mayores de diez años pero menores de catorce;

c) Los mayores de catorce años elegirán cual de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si estos no eligen, el juez decidirá.

Como observación meramente teórica, la legislación civil vigente en el Estado de México, adopta el término de custodia y guarda, sin que ello signifique un supuesto distinto al que he hecho referencia, ya que tales términos deben entenderse como sinónimos, sin posibilidad de distinción.

B) DEBER DE OBEDIENCIA

Desde tiempos muy remotos del hombre los hijos siempre le han demostrado respeto y obediencia no solo a sus progenitores si que también a las personas mayores, ya que siempre en el núcleo familiar se ha tratado que no se pierda esa característica, siendo por ello que en nuestro Derecho se han tratado de rescatar dichas costumbres.

Asimismo, la calidad de obediencia no se desprende del ejercicio de la patria potestad, sino más bien de la calidad de hijo con respecto a sus padres o mayores y viceversa, cualesquiera que sea su edad o condición. La obediencia, la honra y respeto a los padres, son reglas reguladas por la moral, las cuales encuentran un apoyo en el Derecho, siempre y cuando dicha obediencia encierre cosas que se encuentren dentro de un ámbito lícito y honesto.

C) DERECHO DE CORRECCION, EJEMPLARIDAD

Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir a quien se encuentre sujeta a ella, tomando en cuenta que aquellos deben de observar una conducta que sirva como ejemplo al menor; esto no significa que quien ejerce la patria potestad esta autorizado a proferirle al menor maltrato tanto físico como psicológico. Esta facultad solamente puede ser ejercida cuando la conducta del menor lo requiera, estimando desde luego que el que ejerce la patria potestad debe de brindar protección y cuidado al menor, siempre basado en el amor reciproco, tal y

como lo establece nuestro Código Civil vigente en el Estado de México en su artículo 4.207 que a la letra dice:

Artículo 4.207. Los que ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos mesuradamente, educarlos convenientemente y la obligación de observar una conducta que les sirva de buen ejemplo.

Con respecto al derecho que tiene el menor de edad a recibir educación, la ley señala que quien tenga el ejercicio de patria potestad sobre un menor, debe de educarlo convenientemente, es decir, existe la obligación de proporcionar los medios necesarios al menor de edad para que este pueda adquirir algún oficio, arte o profesión que sea de su elección, desde luego de una forma honesta.

D) DEBER DE FIJACION AL DOMICILIO

El segundo deber es el que el menor no debe dejar la casa de quienes ejercen la patria potestad, sin el permiso de quien deba darlo o en su caso de la autoridad correspondiente. El menor debe de vivir en el lugar donde le designe quien se encuentra ejerciendo la patria potestad, que por lo regular es la casa habitación de este último; cabe mencionar que los menores de edad cuentan con domicilio legal.

Los padres o abuelos que ejercen la patria potestad sobre un menor de edad tienen el derecho y deber de protegerlos y custodiarlos, siendo por ello que el menor debe de vivir en el mismo lugar donde habitan sus padres o abuelos, y con respecto al domicilio legal de los menores, este queda establecido en el artículo 2.20 del Código Civil del Estado de México y el cual a la letra dice:

Artículo 2.20. Es domicilio legal:

I Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad y custodia esté sujeto;

II Del menor que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor;

III De los militares en servicio activo, el lugar del territorio del Estado, en que estén destacados;

IV De los servidores públicos, de cuerpos diplomáticos o consulares el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses. Los que por tiempo menor desempeñen alguna comisión, no adquirirán domicilio en el lugar donde la cumplen, sino que conservarán su domicilio anterior;

V De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, el lugar en que esta se ejecute.

E) DERECHO A TENER UN NOMBRE

El hijo tiene derecho a tener un nombre que lo caracterice y por lo consiguiente a utilizar los apellidos paternos de sus respectivos padres, lo cual se lleva acabo cuando estos se presentan en el Registro Civil a levantar el acta de nacimiento respectiva. El hecho que implica de dar a los hijos el apellido lleva implícito con ello el reconocimiento expreso y tácito que hacen los padres con respecto a sus hijos.

F) DEBER DE SUMINISTRAR ALIMENTOS

Quien ejerce la patria potestad sobre un menor de edad no emancipado se encuentra obligado a proporcionarle alimentos, según sean las necesidades del acreedor alimentista y las posibilidades económicas del deudor alimentario. Dicho

deber de suministrar alimentos es de carácter recíproco, es decir el sujeto pasivo también se encuentra obligado a suministrar alimentos al sujeto activo, cuando las necesidades de este así lo requiera. No obstante lo anterior, este deber se puede llevar a cabo a través del pago de una pensión alimenticia.

Cabe hacer referencia que dicho deber de suministrar alimentos comprende no solo el hecho de la comida, sino que también abarca lo referente al vestido, la habitación, la asistencia en caso de enfermedad, y los gastos necesarios para la educación del menor de edad, para que de esta manera se le pueda proporcionar un oficio arte o profesión que sea de su elección, siempre y cuando, como ya lo he venido mencionando, este sea honesto y adecuado para el menor.

A dicha obligación también se le puede considerar con el carácter de subsidiaria, ya que si bien los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, a falta o por imposibilidad de ellos, la obligación recae en los ascendientes más próximos, haciéndose extensiva tal obligación incluso a los parientes colaterales más próximos hasta el cuarto grado.

G) OBLIGACION A LA EDUCACION

Aun cuando esta obligación se encuentra implícita dentro del deber de proporcionar alimentos, es considerada como una de las finalidades del ejercicio de la Patria Potestad, que es lograr el pleno desarrollo personal y físico de los hijos. Suele confundirse esta obligación con el hecho de proporcionar instrucción a los hijos, pensando que se está cumpliendo con dicha obligación, pero debemos entender por educación como la influencia psíquica a fin de capacitar a los hijos no solo de una manera intelectual sino más bien de una forma espiritual y corporal de acuerdo a las características peculiares del menor, siendo por ello necesario señalar que dicha obligación se encuentra consagrada dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 3 el cual a la letra establece:

ARTÍCULO 3. Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado-federación, Estados, Distrito Federal y municipios impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentara en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia...

El maestro Antonio de Ibarrola señala:

“La patria potestad que impone el derecho de educar, impone también la obligación de hacerlo en forma serena, justa, verdadera y comprensiva. Si predicamos con el ejemplo, seremos no solo obedecidos, sino seguidos. La fuerza más poderosa para la formación de los valores morales es la religión, por las actitudes que despierta y los valores que establece”¹⁹

H) DERECHO Y DEBER DE REPRESENTACION DEL MENOR DE EDAD.

Un individuo se encuentra protegido desde el momento de su concepción hasta su fallecimiento, siendo por ello que desde que una persona es viable, la ley le atribuye ciertos derechos como lo son el de goce y de ejercicio. Entendiendo por el primero de ellos el atributo de la personalidad en virtud del cual una persona puede ser titular de derechos y obligaciones. Con respecto al segundo es la aptitud que requieren las personas para ejercitar por si mismas sus derechos y cumplir sus obligaciones; adquiriéndose derechos con la mayoría de edad o con la emancipación, perdiéndose junto con las facultades mentales, por locura etc.

¹⁹ Cfr. De Ibarrola, Antonio *Derecho de Familia*. Porrúa, México, 1993 p. 606

Por lo antes mencionado, quienes ejercen la patria potestad o quienes sean representantes de un menor de edad, serán los legítimos representantes de estos, ya que el menor se encuentra incapacitado para contraer obligaciones sin el consentimiento de quien deba otorgarlo, por ello el que esta sujeto a la patria potestad no podrá comparecer en juicio de cualquier tipo.

En el caso de que los que ejerzan la patria potestad tengan un interés opuesto a quien se encuentra sometido a ella, estos serán representados en juicio por un tutor, el cual será nombrado por el juez, correlativo a lo anterior, quien represente a un menor de edad en juicio, también se encuentra obligado a responder por los daños y perjuicios que se generen de dicha representación.

2.7. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD CON RESPECTO A LOS BIENES DEL MENOR

En este apartado me enfoco al ámbito económico que se suscita entre quien ejerce la patria potestad y quien se encuentra sujeta a ella, comprendiendo la administración de los bienes de los menores de edad que no sean emancipados. Ahora bien, al llegar a la mayoría de edad, el hijo puede disponer libremente de su persona y de sus bienes, tal y como lo establece el artículo 4.208 del Código civil para el Estado de México el cual a la letra establece:

Artículo 4.208. Los que ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen a los sujetos a ella y la obligación de realizar actos tendientes a conservar y mejorar su patrimonio.

Así entonces los bienes de un menor de edad se encuentran divididos en dos clases:

- 1.- Bienes que adquiere por su trabajo.
- 2.- Bienes adquiridos por cualquier otro concepto.

Entendiendo por los primeros aquellos bienes que le pertenecen al menor en propiedad, administración y usufructo al hijo, y por lo consiguiente el que ejerce la patria potestad no tiene ninguna ingerencia con respecto a dichos bienes, pudiéndolos enajenar el menor incluso de sus propios padres²⁰.

En el caso de que dicha patria potestad sea ejercida conjuntamente por ambos padres, estos decidirán quien se hará cargo de administrar los bienes de su menor hijo, pero quien lleve acabo dicha administración, consultará en todos los negocios a su pareja. Siendo por ello incuestionable que la labor encomendada de administrar los bienes estará encaminada a conservar, y en su caso, a mejorar el patrimonio de aquéllos.

En cambio, en el supuesto de los bienes que adquiere el menor de edad por otro concepto, pudiendo ser a través de herencia, legado o donación, pertenecen en propiedad al menor, pero su administración la llevará a cabo quien se encuentre ejerciendo la patria potestad, no teniendo éste facultad para actos de dominio, por ello no puede enajenar, gravar o vender los bienes del menor ya sean estos muebles o inmuebles, tal y como lo establece el artículo 4.217 del Código Civil vigente en la entidad.

Artículo 4.217. Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar los bienes que pertenezcan al menor, sino por causa de necesidad o de evidente beneficio para el menor, y previa la autorización del Juez competente.

Tampoco podrá celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de un año; hacer la remisión de deudas; ni dar fianza en representación de los hijos.

²⁰ Cfr. MONTERO Duhalt, Sara. *DERECHO DE FAMILIA*. Porrúa, México, 1992 p.429

Por cuanto hace a los bienes obtenidos por cualquier otro título distinto del trabajo, la propiedad y la mitad del usufructo, se encuentra reservada en forma exclusiva para el menor, pero la administración de dichos bienes y la otra mitad del usufructo, le corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad, a menos que, tales bienes se adquieran por el menor a través de donación o herencia, estando siempre a lo que se disponga para tales actos o en su defecto a la renuncia, por parte del administrador, que de la mitad del usufructo le corresponde, considerándose entonces como una donación.

El usufructo concedido a las personas que ejerzan la patria potestad se entiende siempre concedido para el cumplimiento de la obligación alimentaria y las impuestos a los usufructuarios, exceptuándolos de dar fianza por concedérseles crédito a los mismos, por razón de que se les considera como personas que les mueve el sentimiento y el interés de sus descendientes y no el suyo propio, salvo cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra, o estén concursados, contraigan ulteriores nupcias o cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los intereses de los hijos.

Los menores, sin embargo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 4. 216 del Código Civil vigente en el Estado de México, por disposición de la ley o voluntad de quien ejerce la Patria Potestad, pueden tener la administración de sus bienes, y se les considerará con respecto a la administración como emancipado, con las restricciones de ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes inmuebles.

Quiénes se encuentren en la administración de los bienes del menor, están impedidos para enajenar o gravar los bienes de aquellos, si no existe de por medio causa de necesidad o evidente beneficio para el menor, requiriéndose la autorización judicial para ello. Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir renta anticipada por más de un año, hacer remisión de deudas o dar fianza en representación de los hijos; por lo que el juez siempre tomará las

medidas que estime necesarias, en casos de enajenación, para garantizar que el producto de la venta se destine exclusivamente al objeto por el que se haya efectuado, y en caso de los remanentes se inviertan en forma efectiva a favor de los intereses del menor.

El usufructo concedido a la persona que ejerce la patria potestad se extingue porque el menor haya alcanzado la mayoría de edad o por renuncia del activo a los beneficios derivados del usufructo.

En los casos en que el menor haya cumplido catorce años, podrá solicitar a la autoridad judicial que tome las medidas necesarias para impedir que quien tiene la administración de sus bienes los derroche o disminuya por una mala administración, quedando facultados también para hacer tal solicitud las personas interesadas y el Ministerio Público en su caso; por lo tanto, el administrador se encuentra obligado a dar cuenta de su administración y a entregar los bienes sujetos a la misma, los propios menores una vez que se hayan emancipado o adquieran la mayoría de edad.

2.8. FORMAS DE EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

Una de las características que reviste la institución en estudio es la de temporalidad, es decir, que su ejercicio no está sujeto a una norma permanente e indefinida, por tanto, como una calificación meramente didáctica, por lo que he utilizado el término de extinción de la patria potestad, no en su estricto sentido, sino en el más amplio que denota un receso temporal o definitivo de su ejercicio, y a fin de distinguir el carácter temporal o definitivo del receso de su ejercicio, la patria potestad podrá terminarse, suspenderse o perderse.

2.9. CONCLUSION DE LA PATRIA POTESTAD

La figura jurídica de la Patria Potestad, tiene su origen en el Derecho de Familia, ya que es en ese ámbito donde se le proporciona todo lo necesario al menor de edad para que este pueda lograr un buen desarrollo tanto físico o biológico, psíquico y social, tal y como se ha hecho mención en puntos anteriores.

En consecuencia el ejercicio de la patria potestad encuentra su culminación cuando el menor alcanza la mayoría de edad marcada por la ley, encontrándose éste en aptitud de contraer derechos y obligaciones.

Otro supuesto es el que se presenta cuando el menor se emancipa al contraer matrimonio. Al efecto, nuestro Código Civil para el Estado de México en su artículo 4.223 establece los supuestos a través de los cuales se concluye el ejercicio de la patria potestad y los cuales son:

Artículo 4.223. La patria potestad se acaba:

- I Con la muerte del que la ejerce;
- II Con la emancipación derivada del matrimonio;
- II Por la mayoría de edad;
- IV Por la adopción simple.

Como lo establece el artículo antes descrito, las formas a través de las cuales se extingue el ejercicio de la patria potestad son los siguientes:

A) LA MUERTE DEL QUE LA EJERCE. En este supuesto tenemos que el factor natural que provoca la extinción del ejercicio de la Patria Potestad lo es el fallecimiento, ya sea de los sujetos activos o pasivos de dicha relación jurídica, en virtud de que por el deceso de los ascendientes que puedan ejercer la patria potestad

sobre un menor, por consecuencia concluye la misma, como ya a quedado plasmado con anterioridad, la ley es limitativa en este sentido ya que hace referencia de quienes ejercerán la patria potestad, siendo esta de una manera preferencial, en primer término por los padres, a falta de ellos por los abuelos maternos, en ausencia de éstos por los abuelos paternos, y a si no se cuenta con ningún pariente cercano, el juez decidirá siempre tomando en cuenta los intereses del menor.

Considero también, que la declaración judicial de presunción de muerte acarrea la extinción de los efectos de la patria potestad, pues la misma genera todas las consecuencias inmediatas de la muerte natural, pudiendo, incluso, denunciarse el juicio sucesorio a bienes del declarado fallecido, y solo que, excepcionalmente, el declarado muerto apareciera, el mismo podría encontrarse en aptitud de recuperar todos sus derechos de los cuales era titular para continuar disfrutando de ellos, incluyendo el ejercicio de la patria potestad, que aun y cuando pudiera parecer una causa de suspensión de la patria potestad, esta solo operaría en los casos de declaración de ausencia pero no de muerte.

B) CON LA EMANCIPACION DERIVADA DEL MATRIMONIO. Pudiéndose definir la emancipación “como la terminación de la patria potestad que conforme a la ley opera cuando un menor de dieciocho años contrae nupcias”²¹

Si la emancipación es la figura jurídica que se verifica por el matrimonio de un menor de dieciocho años, aunque con posterioridad se disuelva, entonces la fracción II del artículo 4.223 del Código Civil en vigor para el Estado de México establece a la emancipación derivada del matrimonio como una causa de terminación de la Patria Potestad, emplea una tautología, ya que bastaba con decir que la Patria Potestad se acaba por la emancipación, y omitir la frase “derivada del matrimonio”, en atención a que, si en nuestra sistema jurídico se reconoce como única forma de emancipación la

²¹ Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Voz: emancipación, Porrúa, México, 1999, p. 1248.

que se produce a través del matrimonio, resulta innecesario especificar la emancipación derivada del matrimonio.

Por lo consiguiente, cuando un menor de edad contrae matrimonio, implica que tendrá una vida autónoma, la cual tendrá finalidades propias, ya que el hijo formará una nueva familia, motivo por el cual debe cesar el estado de subordinación para con quien ejerce la patria potestad sobre su persona. No olvidando que los hijos deben respeto y consideración a sus padres, sin importando cual sea su situación jurídica o condición social.

C) POR LA MAYORIA DE EDAD. Como ya lo establecí con anterioridad, el ejercicio de la Patria Potestad es una función de carácter temporal, ya que dicho ejercicio será solamente hasta que el que se encuentra sujeto a ella alcanza la mayoría de edad, para así poder ser sujeto de derechos y obligaciones, entendiendo por mayoría de edad la que comienza a partir de los dieciocho años de edad, teniendo como efecto que el menor de edad pueda disponer de sus bienes, como de su persona.

D) POR LA ADOPCION SIMPLE. La legislación civil vigente en la entidad, ha incluido, indebidamente, dentro de las causas de terminación de la Patria Potestad, a la adopción simple, y en atención a que la terminación de la Patria Potestad implica la liberación de los derechos y obligaciones derivados de ella, en el caso de la adopción simple no se extingue dicha institución sino que únicamente se transmite al padre adoptante, como adecuadamente lo establece el artículo 4.189, el cual a la letra establece:

Artículo 4.189. Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad, que se transfiere al padre adoptivo.

Pero como ha quedado descrito en el artículo anterior dicha disposición no genera la terminación del ejercicio de la patria potestad, como erróneamente lo establece la fracción IV del artículo en comento.

2.10. SUSPENSION DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

La suspensión de la Patria Potestad, se puede considerar como una pérdida relativa de su ejercicio, ya que, por su naturaleza, siempre será con el carácter de temporal, y solamente subsistirá mientras exista el inconveniente que impide su libre ejercicio; como consecuencia, al desaparecer los inconvenientes que dan lugar a la suspensión deberá ser restituido el titular de la misma en el ejercicio de ésta, buscando siempre el bienestar de los menores.

Las causas que originan la suspensión del ejercicio de la Patria Potestad se encuentra establecida en el artículo 4.225 del Código Civil vigente en el Estado de México, el cual establece:

Artículo 4.225. La patria potestad se suspende:

- I Por declaración de estado de interdicción de quien la ejerce;
- II Por la declaración de ausencia;
- III Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;
- IV Por sustracción o retención indebida del menor por quien no tenga la custodia.

A) POR DECLARACION DE ESTADO DE INTERDICCION DE QUIEN LA EJERCE.

La persona que se encuentre legitimada para ejercer la Patria Potestad tiene que ser forzosamente una persona que se encuentre en pleno uso y ejercicio de sus derechos y obligaciones, para que pueda ser representante de otra y pueda velar por sus intereses, siempre tratando de conservar sus bienes y propiedades.

B) POR LA DECLARACION DE AUSENCIA. Por lo que respecta a la fracción segunda del artículo en comento referente a la declaración de ausencia, es obvio que si la persona que debe ejercer la Patria Potestad no se sabe donde se encuentra, se ignora su paradero o inclusive existe la incertidumbre si aun vive, no puede ejercer ninguno de sus derechos, incluyendo el del ejercicio de la patria potestad, sin dejar a un lado la posibilidad de que la ausencia puede estar determinada de cierta forma para aludir el cumplimiento de los deberes que se tienen con el que se encuentra sujeto a la Patria Potestad, encuadrándose de esta manera el supuesto de abandono y la sanción que recae a dicha conducta es la de pérdida de la Patria Potestad.

C) POR SENTENCIA CONDENATORIA QUE IMPONGA COMO PENA ESTA SUSPENSION. Es otra de las características por medio de la cual se puede suspender el ejercicio de la Patria Potestad, puesto que en un momento determinado la conducta del que ejerce la misma no sea adecuada o sea considerada por el juez como inconveniente a los intereses del menor que se encuentra sujeto a la Patria Potestad, siendo la sanción a este caso la suspensión del ejercicio de la Patria Potestad.

D) POR SUSTRACCION O RETENCION INDEBIDA DEL MENOR POR QUIEN NO TENGA LA CUSTODIA. Por lo que refiere la fracción cuarta del artículo en comento, puedo decir que la Patria Potestad se suspende también por sustracción o retención indebida del menor de quien no tenga la custodia, ya que si bien es cierto que para poder tener al menor se tiene que contar con una legitimación, ya sea a través de una orden judicial o de simple naturaleza, si no se cuenta con dicha legitimación se comete el delito de Sustracción de Hijo que se encuentra descrito dentro de nuestro Código Penal para el Estado de México en su artículo 263 y el cual establece:

Artículo 263. Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria

potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, se le impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.

Este delito se perseguirá por querrela.

2.11. PERDIDA DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Refiriéndome con esta denominación a la extinción del ejercicio de la patria potestad, fundándose principalmente en conductas inadecuadas realizadas por los padres o quien se encuentra ejerciendo la patria potestad y no sean acordes a las necesidades del menor que se encuentra sujeto a la misma. Como consecuencia de lo anterior el artículo 4.224 del Código Civil para el Estado de México, señala las causas por medio de las cuales se pierde el ejercicio de la Patria Potestad.

Artículo 4.224 La Patria Potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes casos:

I Cuando el que la ejerza es condenado por delito doloso o grave;

II Cuando por las costumbres depravadas de los que ejercen la Patria Potestad, malos tratos o abandono de sus deberes alimentarios o de guarda o custodia por más de dos meses y por ello se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aún cuando esos hechos no constituyan delito; (G.O. Edo. Méx 7-Sep-04)

III Cuando quienes ejerzan la Patria Potestad, obliguen a los menores de edad a realizar reiteradamente la mendicidad, trabajo forzado o cualquier otra forma de explotación. En este caso, los menores serán enviados a los albergues de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México y Municipales; (G.O. Edo. Méx 7-Sep-04)

IV Cuando quien ejerza la Patria Potestad, acepta ante la autoridad judicial la entrega del menor a las instituciones de asistencia pública o privada legalmente reconocidas,

en los términos previstos por el Código Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de México; (G.O. Edo. Méx 7-Sep-04)

V Cuando los menores se encuentran albergados y abandonados por sus familiares, sin causa justificada por más de dos meses, en las instalaciones de instituciones públicas o, privadas; (G.O. Edo. Méx 7-Sep-04)

VI Cuando el que la ejerza sea condenado a la pérdida de ese derecho; y (G.O. Edo. Méx 7-Sep-04)

VII Por la exposición que la madre o el padre hiciera de sus hijos. (G.O. Edo. Méx 7-Sep-04)

La pérdida de la Patria Potestad, como se describe en el artículo anterior, es la sanción legal que se genera como consecuencia, generalmente, del incumplimiento de las obligaciones derivadas de aquella.

Considerando como causas que dan lugar a la pérdida de la Patria Potestad el hecho de que quien la ejerza es condenado por delito doloso grave, y cuando por las costumbres depravadas de los que la ejerzan, malos tratos o abandono de sus deberes alimentarios o de guarda y custodia por más de dos meses, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aun y cuando esos hechos no constituyan delito.

La protección a la integridad física y psíquica del menor, se ha visto gradualmente mejorada, ya que en la actualidad se contemplan hipótesis cuyos elementos integradores se hacen más susceptibles de probarse, en atención a que basta con que los padres se coloquen en cualquiera de los supuestos previstos de incumplimiento o de mal ejemplo para la procedencia de la pérdida del ejercicio de la noble función.

Haciendo hincapié de que la pérdida del ejercicio de la Patria Potestad se debe principalmente a una conducta paterna inapropiada para un buen desarrollo físico,

psicológico y social del menor que se encuentra sujeto al ejercicio de la Patria Potestad, en consecuencia se tiene un gran incumplimiento o indebida satisfacción de los derechos y deberes por parte de quien ejerce la patria potestad.

CAPITULO TERCERO

LA TEORIA DEL DELITO EN MEXICO

3.1 DEFINICION DE TEORIA DEL DELITO

La Teoría General del Delito es la ciencia que se encarga de estudiar las características comunes que debe de contener un delito para poder ser considerado como tal, por consiguiente ser sancionado con una pena. Existiendo desde luego características comunes en los delitos, tales como la que tienen que ser una conducta típica, antijurídica, culpable y punible de igual forma características o peculiaridades que los distinguen por ejemplo la penalidad que se les puede dar considerando la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del delincuente, la cuantía etc.

De lo anterior se desprende que el primer problema al que se enfrenta la Teoría General del Delito es precisamente definir o conceptualizar a este, siendo por ello que a continuación, menciono como algunos tratadistas definen al delito. Tomando en cuenta que delito desde el punto de vista jurídico, va a ser toda conducta que el legislador va a sancionar con una pena, siendo esto consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*, si bien es cierto una conducta para que pueda ser reprochable como antijurídica tiene que estar contemplada dentro de un ordenamiento jurídico que describa dicha conducta, que como a lo largo de este capítulo lo menciono, esta puede ser de acción u omisión.

3.2 DEFINICION DE DELITO

Para que haya delito, es necesario, en primer término, que exista una voluntad humana la cual se manifieste de una forma externa es decir a través de una acción o por lo contrario en la omisión de una conducta.

Trata el profesor Ernesto Beling de definir el delito y nos dice que es “*la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad*”¹

Del concepto antes mencionado puedo decir que para que una conducta sea considerada como delito necesita reunir ciertos requisitos, los cuales a saber son: que dicha acción se encuentre descrita objetivamente dentro de una norma jurídica es decir que sea típica, contraria al derecho, esto es que exista Antijuricidad, que sea una actividad dolosa o culposa, es decir que exista culpa, que dicha acción se encuentre sancionada con una pena, o sea que tenga fijada dentro de la ley una penalidad y por consiguiente reúna las características o condiciones objetivas de Punibilidad.

El jurista Max Ernesto Mayer define al delito como “*acontecimiento típico, antijurídico e imputable*”²

Observando que Mayer emplea la palabra imputable en el amplio sentido de culpabilidad, dicha definición sugiere la necesidad de intercalar un nuevo carácter de las infracciones penales que es la imputabilidad, la cual más adelante se estudiará.

Nuestro Código Penal para el Estado de México en su artículo 6 define al delito como” El delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible”

El Diccionario Jurídico Mexicano define al delito como “La acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal”³

¹ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. *LECCIONES DE DERECHO PENAL*. Harla, México, 1997, p. 132.

² *Idem*,

³ Cfr. *DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Voz: delito, Porrúa, México, 1999, p.868.

Para Jiménez de Asúa “es un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”⁴

El jurista Mesa Velásquez acoge la definición de delito desde un punto de vista técnico jurídico definiéndolo como “acción típica, antijurídica, imputable y punible”⁵

Queda comprobado que para que una conducta sea considerada como un delito esta tiene que encontrarse dentro de un ordenamiento jurídico que la cree reprochable y por siguiente atenta contra algún bien jurídico tutelado por el Estado, un delito surge cuando un hombre realiza algún acto de oposición social, es decir un comportamiento que causan daño a la sociedad, siendo que el Estado se encuentre en la aptitud de reprocharle su forma de actuar y por lo consiguiente sea acreedor a una sanción. Existiendo una gran disyuntiva en el derecho actual, que pasa cuando una conducta determinada lesiona los intereses de otra y dicha conducta no se encuentra establecida dentro de un ordenamiento jurídico. Siendo esta una gran problemática a la que se enfrenta nuestro derecho en la actualidad.

3.3 CLASIFICACION DE LOS DELITOS

Dentro del estudio del delito es imprescindible saber cuales son las formas o modalidades a través de las cuales puede darse un delito, teniendo en cuenta que los delitos pueden ser de acción u omisión, entendiendo por los primeros a aquellos delitos en los que se requiere que el sujeto activo realice movimientos corporales para la ejecución del acto delictuoso y por los segundos el pasivismo de una persona cuando las circunstancias en las que se da un cierto hecho exige otra forma de comportamiento de su parte, teniendo como consecuencia que los delitos se puedan clasificar de la siguiente manera:

⁴ Cfr. LÓPEZ Betancourt, Eduardo *TEORIA DEL DELITO*. Porrúa, México, 2000, p. 65.

⁵ Cfr. REYES Echandia, Alfonso *TIPICIDAD*. Temis, Santa fe de Bogotá-Colombia, 1999, p. 12

- A) POR EL RESULTADO
- B) POR EL DAÑO QUE CAUSA
- C) POR EL ELEMENTO INTERNO
- D) POR SU DURACION
- E) POR LA CONDUCTA DEL AGENTE
- F) POR SU ESTRUCTURA
- G) POR SU FORMA DE PERSECUCION
- H) POR EL NUMERO DE ACTOS
- I) POR EL NUMERO DE SUJETOS
- J) EN FUNCION A SU MATERIA⁶

A) POR EL RESULTADO entendiéndose por tal al daño que se comete con la conducta que se realiza, no solamente de forma física sino también al daño moral que se llegare a ocasionar con la realización de dicha conducta, dividiéndolos en formales los cuales para configurarse no requieren de ningún resultado, formulándose como aquel que jurídicamente se consuma por el solo hecho de la acción o de la omisión del sujeto activo, sin que de ello se produzca un resultado material y en materiales los cuales requieren de un resultado externo que se considere como antijurídico, es decir que el delincuente obtenga el resultado que esperaba o se andaba buscando.

B) POR EL DAÑO QUE CAUSA, este puede ser de dos modalidades de lesión y de peligro, entendiéndose por el primero de ellos a aquel que se ven con mayor frecuencia dentro de las legislaciones penales, es decir de un determinado bien jurídico que se encuentra protegido o tutelado por la ley se ve afectado.

La lesión de un bien jurídico es un concepto normativo. Por tal no solo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tiene un sustrato material.

⁶ Cfr. JIMENEZ de Asúa, Luis, *PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO*. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 216

Los segundos son aquellos que no causan un daño efectivo y directo de los bienes jurídicamente protegidos, para que se lleven acabo basta que se haya puesto en peligro o riesgo tal derecho, entendiendo por peligro la posibilidad inmediata de la producción de un acontecimiento que pueda ser dañoso. El juicio de peligro es, un juicio *ex ante*, que se emite situándose el juzgador en el momento en que se realizo la acción.

C) POR EL ELEMENTO INTERNO, este se encuentra clasificado en dos modalidades las cuales a saber son: Dolosas, son cuando el delito que se comete produce un resultado típicamente antijurídico, con el conocimiento de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad, siendo por consiguiente cuando se da una manifestación humana y se crea un cambio en el mundo exterior con la voluntad del sujeto activo para producir dicho cambio consiguientemente se produce el resultado que se estaba buscando y Culposas, es cuando se produce un acto que pudo y debió ser previsto y por esa razón produce un acto dañoso.

D) POR SU DURACION, de esta modalidad se desprenden los delitos instantáneos siendo aquellos que se consuman en el momento en que se lleva cabo la acción del sujeto activo, situación que se ve en la mayoría de los delitos por que todos se llevan acabo con la realización de una conducta y se agotan cuando se lleva a cabo esta.

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación los define así: “son delitos instantáneos aquellos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetuarse por que consisten en actos que cuanto son ejecutados, cesan por sí mismos, sin poder prolongarse, como es el caso del homicidio, el incendio, las lesiones entre otros”. (Semanao Judicial de la Federación XXXI, P. 1709).”⁷

Los delitos permanentes o continuados implican una persistencia por parte del sujeto activo para que se puedan llevar acabo, durante la cual se mantiene la

⁷ Cfr. LÓPEZ Betancourt, Eduardo. *TEORIA DEL DELITO*. Porrúa, México, 2000, p. 290.

voluntad criminal es decir para que se llegue a obtener el resultado que se desea, tiene que transcurrir un determinado tiempo.

E) POR LA CONDUCTA DEL AGENTE, clasificándolos en delitos de acción y de omisión consistiendo los primeros en un acto material y positivo, dañoso o peligroso que viola una disposición que se encuentra dentro de la ley, bastando para su realización el movimiento del sujeto activo para su realización, los segundos son aquellos que consisten en la inacción o abstención del agente, cuando la ley impone la ejecución de un hecho determinado, es decir que el sujeto deje de hacer lo que se encuentra obligado a hacer.

Teniendo como consecuencia que en Código Penal vigente para el Estado de México se prevea esta situación, en su artículo 7 y el cual a la letra dice:

Artículo 7. Los delitos pueden ser realizados por acción y por omisión.

En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se estimará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se acredite que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de la ley, de un contrato o de su actuar presente.

F) POR SU ESTRUCTURA, los cuales se dividen en simples o complejos entendiéndose por los primeros a aquellos que dañan a un único bien jurídicamente tutelado o a un solo interés, los segundos son aquellos constituidos por la infracción de diversos bienes jurídicamente tutelados, ya sea mediante hechos diversos o en la realización de una misma conducta, y cada uno de estos hechos constituyen un delito por sí.

G) POR SU FORMA DE PERSECUCION teniendo dos modalidades las cuales a saber son:

DE OFICIO: Son aquellos delitos en los cuales no es necesario la denuncia del agraviado, si no cualquier persona puede efectuar, teniendo el Ministerio Público la obligación de perseguir el delito del cual se le a puesto en conocimiento.

DE QUERELLA: Son conocidos también con el nombre de a petición de parte ofendida, siendo aquellos delitos que para que puedan ser perseguidos por el Ministerio Público la parte ofendida o dañada debe poner en conocimiento a la autoridad. De esta forma el agredido puede ejercer una acción en contra de su agresor.

H) POR EL NUMERO DE ACTOS, pudiendo ser estos de dos formas los unisubsistentes y los plurisubsistentes, entendiendo por los primeros aquellos que basta un solo acto para que se cometa un solo delito, en cuanto a los plurisubsistentes necesariamente se requiere la concurrencia de dos o mas actos en la realización de el ilícito.

I) POR EL NUMERO DE SUJETOS, se refiere principalmente a el número de sujetos que intervienen para la realización de un delito, pudiendo ser de dos formas: unisubjetivos y plurisubjetivos, entendiendo por el primero de ellos cuando el tipo se colma con la participación de un solo sujeto y por los segundos cuando el tipo penal requiere para su realización la intervención de dos o más sujetos.

J) EN FUNCION A SU MATERIA. En este sentido los delitos se dividen para su estudio en:

COMUNES: Son aquellos delitos que solamente serán aplicables en una cierta circunscripción territorial, es decir en un los delitos que se encuentran vigentes en un Estado de la República Mexicana.

DE FUERO FEDERAL: Son aquellos delitos que tienen validez en toda la República Mexicana, sobre los cuales solo conocerán los Jueces Federales.

DE FUERO MILITAR: El cual solo será aplicable a los órganos militares, por lo consiguiente a los miembros que se encuentran bajo este régimen, pero nunca le será aplicable a una persona que tenga el carácter de civil.

Dentro de la legislación vigente del Estado de México, en su artículo octavo marca la clasificación de los delitos el cual a la letra dice:

Artículo 8. Los delitos pueden ser:

I Dolosos;

El delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico queriendo o aceptando la realización del hecho descrito por la ley.

II Culposos;

El delito es culposo cuando se produce un resultado típico que no se previó (sic), siendo previsible o confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observarse según las circunstancias y condiciones personales.

III Instantáneos;

Es instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

IV Permanentes;

Es permanente, cuando la consumación es prolongada en el tiempo.

V Continuados;

Es continuado, cuando existe unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo y se viola el mismo precepto legal.

3.4 ELEMENTOS DEL DELITO.

Son las circunstancias que se deben de dar cuando se externa la voluntad del hombre, tales circunstancias van a servir para saber si se cumplen las formalidades necesarias para poder tipificar un delito, es decir que dicha conducta cumpla con los elementos necesarios para poder considerado como tal y por consiguiente se pueda aplicar una sanción al sujeto que llevo acabo dicha conducta. Los delitos cuentan con elementos positivos para su tipificación al igual que con elementos negativos, los cuales a continuación estudio.

3.4.1 ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO

Dentro de estos elementos se tienen los siguientes:

- A) ANTIJURICIDAD
- B) TIPICIDAD
- C) CULPABILIDAD
- D) INPUTABILIDAD
- E) PUNIBILIDAD

A) ANTIJURICIDAD

Entendiendo por ésta a aquellas actividades que realiza el hombre y no se encuentran acorde o conforme a derecho, por lo anterior no basta que la conducta que se realiza encuadre dentro de un tipo penal, se necesita que dicha conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella que se encuentra definida por la ley. Concibiendo a la Antijuricidad como la esencia del delito con naturaleza intrínseca, es decir una conducta realizada tiene que ir en contra de lo que marca la ley, para que esta pueda ser considerada como delito.

El jurista Maggiore considera a la Antijuricidad como un aspecto del delito y no como un elemento, ya que no es posible desintegrarla del todo y ésta compenetra la esencia misma del delito.⁸

El término Antijuricidad expresa la contradicción entre una acción realizada y las exigencias que se nos marcan dentro de un ordenamiento legal. Deduciendo a la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico como Antijuricidad, teniendo como esencia de está la ofensa de un bien jurídico que se encuentra protegido por una norma jurídica, la cual se infringe con la realización de una acción u omisión del sujeto activo.

El jurista Porte Petit dice que una conducta es antijurídica cuando no se prueba una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo, el consentimiento del interesado).⁹

⁸ Cfr. LÓPEZ Betancourt, Eduardo. *TEORIA DEL DELITO*. Porrúa, México, 2000, p. 150.

⁹ Cfr. *DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Voz: antijuricidad, Porrúa, México. 1999. p. 868.

B) TIPLICIDAD

La expresión de tipo es usualmente usada por la doctrina para hacer alusión a la descripción de una conducta que se encuentra prohibida por una norma jurídico-penal, como consecuencia de lo anterior la tipicidad la conceptualizo como la característica de una acción realizada, la cual se adecua a una disposición legislativa, siendo por ello que en el derecho penal se dice que un comportamiento es típico cuando dicha acción realizada coincide con lo que se encuentra previsto en un tipo penal.

Es por ello que el hacer diario del ser humano se debe de encontrar dentro de las normas penales, ya que si se quebranta dicho estado de derecho y se daña un bien jurídico que se encuentre tutelado por una norma penal se estará en el supuesto de trasgresión a la misma, siendo por ello que el sujeto activo de dicha acción debe de ser sancionado con una pena, y que los legisladores se dieran a la tarea de realizar Códigos donde se contemplen y concretan dichas acciones que van en contra del derecho. Por tanto el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, en el cual descarta los detalles innecesarios para poder definir un hecho en concreto y este pueda ser catalogado en la ley como delito.

En algunos casos el tipo penal no presenta una mera descripción objetiva, teniendo como núcleo de la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal como puede ser el matar, apropiarse etc. Pero el tipo el cual es meramente descriptivo, presenta casi siempre preferencias y modalidades de las acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar a la acción y al medio. Siendo por ello que el tipo penal tiene en el derecho penal contemporáneo una gran importancia, ya que ello nos sirve de medio en la interpretación teleológica e incluso en el procedimiento analógico.

El vocablo tipicidad proviene del latín *typus* y este, a su vez, del griego *Turos* en su acepción trascendente para el derecho penal significa símbolo representativo de

una cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que suministra fisonomía propia. Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella”¹⁰

El jurista Pavón Vasconcelos define a la tipicidad como “la descripción concreta hecha por la ley de una conducta, a la que en ocasiones se suma un resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal”¹¹

Jiménez Huerta la considera como “una descripción de una conducta que, a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible”¹²

Francisco Blasco y Fernández de Moreda dice “La acción típica es solo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida”¹³

Entiendo por tipicidad a aquellas acciones que el legislador sanciona penalmente, ya que por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio *nullum crimen sine lege*. Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea puede llegar a la categoría de delito sí, al mismo tiempo no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.

En consecuencia la tipicidad es fundamento de ilicitud, en el sentido de que mientras que el legislador no describa una conducta como típica, no será posible

¹⁰ Cfr. REYES Echandía, Alfonso. *TIPICIDAD*. Themis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1999, p. 7.

¹¹ *Ibid.*, p.8

¹² *Ibidem*.

¹³ Cfr. LOPEZ Betancourt, Eduardo. *TEORIA DEL DELITO*. Porrúa, México, 2000, p. 117.

atribuirle una categoría delictuosa. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.

El tipo es por consecuencia la descripción o modelo de comportamiento que el legislador plasma de una norma positiva por que lo considera lesivo de intereses sociales los cuales son dignos de tutela penal. El tipo tiene una triple función:

- 1.- Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- 2.- Una función de garantía, en la medida de que solo los comportamientos subsumibles en el pueden ser sancionados penalmente.
- 3.- Una función motivadora general, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo pena el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida.

Algunas cuestiones generales que siempre se encuentran de un modo constante en la composición de los tipos penales son: el sujeto activo, la realización de una acción y el bien jurídico que se encuentra tutelado por una legislación.

Utilizando el concepto de bien jurídico en el derecho penal como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegidos en ellos.

C) CULPABILIDAD

El concepto de culpabilidad va a depender de las teorías que se adopten ya sea desde un punto de vista psicológico, normativo o finalista, así la primera teoría diría que la culpabilidad consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material, la segunda teoría se referiría a el nexo psicológico que se da

entre el sujeto activo del delito y la conducta o el resultado material el cual es reprochable, la tercera teoría afirmarí­a que la culpabilidad es la rreprochabilidad de la conducta, sin considerar al dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta.

La culpabilidad es una categorí­a cuya funci3n consiste, precisamente en acoger aquellos elementos, que sin pertenecer al tipo del injusto, determinan la imposici3n de una pena.

El jurista Maggiore define a la culpabilidad como “la desobediencia consciente y voluntaria y de la que no est1a obligado a responder - a alguna ley”¹⁴

El jurista Zaffaroni “la culpabilidad es la rreprochabilidad de un injusto a un autor, lo que solo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposici3n interna a la norma violada, disposici3n que es fundamento de la culpabilidad”.

Para poder afirmar la culpabilidad de una persona, es necesario que se haya llevado acabo un acto en concreto, es decir que se den una serie de requisitos sin los cuales no se podrí­a hablar de culpabilidad. La comunicaci3n entre el individuo y los mandatos de una norma solo pueden darse, si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, es decir conoce su contenido o se encuentra en una situaci3n a la que puede regirse, sin grandes esfuerzos por ella. Bas1ndose por consiguiente la culpabilidad en que el autor de la infracci3n, del tipo del injusto cuente con las facultades psíquicas y fí­sicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos que se encuentran dentro de un ordenamiento jurí­dico. Teniendo por consecuencia que los elementos para que una persona pueda ser culpable por una conducta que ha exteriorizado son los siguientes:

¹⁴ *Ibid*, p. 213.

A) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Son aquellos supuestos los cuales se refieren a la madurez psíquica de las personas y consiguientemente a la capacidad que tienen los sujetos para motivarse, cuando se encuentra dentro de una situación en concreto. Siendo evidente que si carece de la capacidad psíquica suficiente, para poder ser motivado no puede haber culpabilidad.

B) El conocimiento de la Antijuricidad del hecho cometido. Refiriéndose tal requisito a que la norma penal solo pueden motivar a los individuos, en la medida en que estos tengan conocimiento de cuales son las conductas que se encuentran prohibidas dentro de un ordenamiento legal. Por que si el sujeto no es sabedor de que su actuar se contrapone a una norma legal, no tiene ninguna razón para abstenerse de realizar dicha conducta. Existiendo a este respecto un principio general del derecho el cual se refiere a que el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad a aquel que ha cometido una conducta contraria a derecho. “La ignorancia de la ley no exime responsabilidad”

C) La exigibilidad de un comportamiento distinto. Todas las normas jurídicas tienen implícita una exigencia, es decir un determinado comportamiento por parte de las personas en un hecho concreto, ya que se considera culpable a aquel que hallándose en las condiciones requeridas para obedecer una ley, las quebranta consciente y voluntariamente.

Desde el punto de vista de la teoría psicológica, existen dos tipos de culpabilidad las cuales a saber son:

1. El dolo y
2. La culpa

El dolo tiene varias acepciones dentro del derecho, unos la entienden simplemente como la conciencia y voluntad de realizar una conducta determinada del

sujeto activo del delito. Derivándose del concepto anterior que para la comisión de una conducta dolosa por parte del sujeto activo se den dos elementos uno de forma intelectual y otro de forma volitiva, entendiendo por el primero de ellos a que cuando el sujeto activo del delito lleve acabo la acción en concreto, este debe de saber que es lo que esta haciendo y por consiguiente conozca la ilicitud de su actuar.

El segundo elemento se refiere que para actuar dolosamente no basta con el conocimiento que tenga el sujeto activo del delito de los elementos objetivos del tipo penal, si no que es necesario, además el querer realizar una cierta conducta, la cual es contraria a la ley.

En consecuencia el dolo denota, la volición, que se encuentra apoyada en el conocimiento correspondiente, que preside la realización de la conducta descrita en los tipos de delito que requieren esa referencia psicológica del sujeto al hecho en concreto.

El dolo existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.¹⁵

El jurista Francesco Carrara define al dolo como “la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley”¹⁶

Siendo por consiguiente que la conducta dolosa es aquella que se encuentra encaminada a la provocación de resultados típicos. Exigiendo el dolo desde luego el conocimiento de las circunstancias del hecho ya existentes, la prevención del

¹⁵ Cfr. Jiménez de Asúa Luis. *LECCIONES DE DERECHO PENAL*. Harla, México, p.243.

¹⁶ Cfr. Carrara, Francesco. *DERECHO PENAL* Harla, México, p. 108.

resultado y la prevención del curso de la acción. Lo anterior significa que en el dolo del autor quedarán abarcados todos aquellos resultados derivados de la voluntad final de la acción. Entendiendo esta última como voluntad de realización.

El jurista Jiménez de Asúa define el dolo como “Es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”.¹⁷

De todo lo vertido se deriva que el dolo se encuentra conformado de dos elementos para que pueda darse: el conocimiento, conceptualizándolo como al presupuesto, de la voluntad, ya que no se puede querer algo de lo que se desconoce, es decir no se puede concebir una voluntad vacía de contenido, referente el segundo elemento del dolo es la voluntad este es el punto más controvertido siendo este considerado como el querer realizar un resultado típico y antijurídico, es decir la consecución de un resultado que posteriormente pueda verificarse, lo cual determinara la existencia de un dolo directo.

La culpa es la segunda forma de culpabilidad, entendiéndose a la culpa desde un punto de vista más clásico y general no es más que la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto y por falta de previsión en el agente produce un efecto dañoso, desde luego dicha concepción se basa de la teoría de la voluntad, existiendo desde luego la culpa cuando reproduce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, si no también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo.

¹⁷ Cfr. López Betancourt, Eduardo. *TEORIA DEL DELITO*. Porrúa. México, 2000, p. 218.

El jurista Mezger manifiesta que la culpabilidad debe de entenderse desde dos puntos de vista: como el conjunto de aquellos presupuestos de la pena “que fundamenta, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de su conducta antijurídica”, y también y en todo caso como “un juicio valorativo” sobre la situación fáctica a que tal fenómeno se refiere; pero como tal juicio es de reproche, en últimas “culpabilidad es reprochabilidad”¹⁸

En otra obra Mezger define a la culpabilidad como “el conjunto de aquellos, presupuestos de la pena que fundamentan, frente al autor la reprochabilidad personal de la acción antijurídica”¹⁹

El jurista Cuello Calón define a la culpabilidad “Existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley”²⁰

Por consiguiente, para que exista la culpa, es necesario que se den una serie de actos los cuales a saber son:

1. La ausencia de la intención delictiva.
2. La presencia de un daño igual al que pudiera resultar de un delito intencional.
3. La relación de causalidad entre el daño resultante y la actividad que se realiza.
4. Que el daño sea producto de la omisión de una voluntad, necesaria para preservar un deber de cuidado, indispensable para evitar el mal.

Por lo consiguiente la culpabilidad se basa principalmente en que el autor de la infracción penal, del tipo del injusto o sea del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus

¹⁸ Cfr. Reyes Echandía, Alfonso. *CULPABILIDAD*. Themis, Santa Fe de Bogota-Colombia, 1999, p. 8.

¹⁹ Cfr. *DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Voz: culpabilidad Porrúa, México. 1999. p. 795.

²⁰ Cfr. López Betancourt, Eduardo. *TEORIA DEL DELITO*. Porrúa., México, 2000. p. 232.

actos por los mandatos normativos. Es decir, que se encuentre con capacidad de querer y entender su proceder. Pues si bien es cierto quien carece de dicha capacidad, ya sea por no tener la madurez suficiente o por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable, y por consecuencia no puede ser declarado culpable o responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos o antijurídicos.

D) IMPUTABILIDAD, del latín *imputare*, poner a cuenta de otro, atribuir.

El concepto tradicional de imputabilidad se basa en aquellas ideas de la filosofía escolástica que considera al hombre imputable como un ser absolutamente libre, capaz de elegir entre varios haceres posibles y de actuar de un modo distinto a como realmente actuó. Es decir imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, es decir para hacerlo responsable de él, puesto de que tal hecho es culpable, siendo pues que la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona, en consecuencia la responsabilidad de esta resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable aquella persona que tiene la capacidad para sufrir las consecuencias del delito.

De lo anterior, se desprende que la imputabilidad es la capacidad condicionada por la madurez y salud mental, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a dicha comprensión.

El padre Jerónimo Montes define a la imputabilidad como “el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecuto, como a su causa eficiente y libre” ²¹

²¹ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. *LECCIONES DE DERECHO PENAL*. Harla, México, 1997. p. 217.

Imputar como escribió el jurista Carrara significa poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien. La imputabilidad es el juicio que se forma de un hecho futuro previsto como meramente posible ²²

La imputabilidad comprende para el jurista Florian “el conjunto de condiciones merced a las cuales un hecho puede ser atribuído a un hombre como su causa; la aptitud del individuo para responder, frente a la ley penal, de un hecho incriminado como delito, una aptitud considerada en forma indeterminada y en abstracto” ²³

El Diccionario Jurídico Mexicano define a la imputabilidad como “la capacidad, condicionada por madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión” ²⁴

La imputabilidad tiene su sostén en el libre albedrío y la responsabilidad moral de cada individuo, para saber cual es su proceder en una determinada situación, si en consecuencia que el objeto de la imputación es siempre una conducta típica y antijurídica. Aquella no comienza hasta que se encuentra por acreditada o por comprobadas la tipicidad y la Antijuricidad, siendo el primer supuesto de la culpabilidad la imputabilidad del autor.

E) PUNIBILIDAD

La Punibilidad es un elemento secundario de delito y el cual consiste en el merecimiento de una pena en función o razón de la comisión de un delito. Ciertamente es que quien actúa en contra de las normas establecidas se hace acreedor a una sanción o pena, la función de las condiciones objetivas de la Punibilidad es la de acondicionar la existencia de un delito el cual ya debe de encontrarse estructurado, es decir son

²² Cfr. Carranca y Trujillo, Raúl. *LAS CAUSAS QUE EXCLUYEN LA INCRIMINACIÓN* U.A.E.M., México, 1944, p.76.

²³ *Idem.*

²⁴ Cfr. López Betancourt, Eduardo. *TEORIA DEL DELITO*. Porrúa, México, 2000. p. 181.

aquellos requisitos establecidos en algunos tipos penales, los cuales si no representan no es factible que se configure el delito y por lo consiguiente hace imposible que al sujeto activo le sea impuesta una pena por la acción que ha realizado.

Para el jurista Pavón Vasconcelos afirma que la punibilidad es “la amenaza de pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social”²⁵

Entendiendo como pena a aquel castigo que es impuesto por una autoridad legitima a aquella persona que a cometido un delito o ha actuado en contra de las normas jurídicas preestablecidas, siendo de esta manera que se trata de imponer coactivamente la no realización de lo que se encuentra establecido en los ordenamientos jurídicos.

3.4.2 ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO

A) AUSENCIA DE ACCION

Sólo puede hablarse de la ausencia de acción cuando los movimientos corporales realizados u omitidos, se efectúan en ausencia de la conciencia, de tal forma que se actúa simplemente de manera mecánica o totalmente determinado por fuerza exteriores. Ésta puede presentarse de las siguientes maneras:

Sueño y sonambulismo: excluyendo la embriaguez del sueño y el estado crepuscular hipnótico, donde se encuentran elementos de volición.

Sugestión e hipnosis, entendida esta como un conjunto de situaciones especiales del sistema nervioso, producidas por maniobras artificiales, en las que se puede dar la sugestión intra o posthipnótica.

²⁵ *Ibid.*, p. 263.

Inconsciencia en alto grado: (actos reflejos) producidos por situaciones fisiológicas o el estado de sideración emotiva.

Fuerza irresistible: Cuando el sujeto se mueve obligado por una fuerza exterior, superior e irresistible que puede provenir de una energía humana (vis absoluta) o subhumana (vis maior).

B) AUSENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD (causas de justificación)

Las acciones que se realizan amparadas por una causa de justificación se adecuan a las previsiones legales tanto del tipo que prevé el delito cometido al amparo de una causa justificante, como a los requisitos que prevén el fundamento de dichas causas.

Las causas de justificación tienen una naturaleza objetiva por descansar en circunstancias ajenas al sujeto que comete el delito, con lo que, al faltar el elemento esencial de violación de la norma se excluye el disvalor que resulta de la misma. Las causas de justificación hallan su fundamento en la supremacía del interés por el que se actúa (en el ejercicio de un derecho), que se protege (en estado de necesidad) o defiende (con la legítima defensa) o del deber que se cumple (en el cumplimiento de un deber), y operan actualmente en un sistema de regla-excepción, que consiste en que en el mismo cuerpo de abstracciones legales que establecen los delitos, se prevé la regla que encuentra su excepción, estableciendo las circunstancias en las cuales una acción será considerada legítima.

C) AUSENCIA DE TIPICIDAD

La atipicidad es cuando en la acción falta alguno de los elementos descritos en la ley, y puede darse por falta de:

1. Calidad en el sujeto activo
2. Calidad en el sujeto pasivo
3. Elemento valorativo en el objeto del delito
4. Referencias temporales o espaciales
5. Medio previsto
6. Elementos subjetivos del injusto

Lo que trae por consecuencia la imposibilidad de que la acción se adecue a todos los elementos que el legislador ha empleado para hipotetizar el delito.

Ausencia de tipo.-Se da cuando el legislador no prevé acción alguna en el tipo penal que pretende aplicarse y sólo hace alusión a ella, o simplemente la menciona sin describirla, por lo que, en consecuencia, la acción no podrá adecuarse a un tipo que en rigor no existe.

D) AUSENCIA DE IMPUTABILIDAD

Para poder hacer un juicio de reproche sobre una persona que ha cometido una acción antijurídica y típica, es necesario atribuírselo mediante el análisis de su posibilidad de comprenderla. En esto se han detenido los teóricos para establecer si el sujeto tiene libre albedrío y por lo tanto hay que distinguir entre imputables e inimputables, o si, por el contrario, todos estamos determinados y somos en todo caso socialmente responsables. Este es el problema de la imputabilidad, la cual es innegable cuando se ha esclarecido que hay factores de la conciencia y la inconsciencia que intervienen en la comisión de un delito.

E) INCULPABILIDAD

Al estar fundada la culpabilidad en la posibilidad de hacer un reproche al autor de una acción antijurídica y típica, siendo imputable, cuando dicha acción está irregularmente

motivada, porque el sujeto estaba en el invencible error de actuar conforme a Derecho, o por hallarse en una especial situación de necesidad o por la presencia de algún otro motivo suficiente para poder exigírsele una acción conforme al ordenamiento jurídico; por faltar en el agente el conocimiento o la voluntad que serían el motivo del juicio en que consiste la culpabilidad, faltará este elemento y no será por lo tanto, inculpinable, ya sea que se encuentre en error ya sea de hecho o de derecho, eximentes putativa, obediencia jerárquica, violencia moral, estado de necesidad, no exigibilidad de otra conducta o caso fortuito.²⁶

3.5 CAUSAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

Las causas excluyentes de responsabilidad son aquellas circunstancias que sedan en el momento de que se lleva acabo un ilícito y eximen al sujeto activo del delito de la responsabilidad penal que debiera imponérsele. Siendo por este motivo que el Código Penal vigente en la entidad prevé esta situación y en sus artículos 15, 16 y 17 menciona un listado de las cusas que excluyen a una persona en la comisión de un y el cual a saber es:

Artículo 15. Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:

I La ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible;

II Cuando falte alguno de los elementos del cuerpo del delito de que se trate;

III Las causas permisivas, como:

²⁶ Cfr. <http://www.derecho.unam.mx/papime/TeoriadelDelitoVol.II/cinco.htm>

a) Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- 1 Que se trate de un delito perseguible por querrela;
- 2 Que el titular del bien tenga capacidad de disponer libremente del mismo; y
- 3 Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de la voluntad

b) Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido de la persona a quien se defiende.

La defensa legítima, salvo prueba en contrario, es el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trata de penetrar o haya penetrado sin derecho al lugar del agente, al de su familia, o sus dependencias o a los cualquier personas que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos, respecto del que exista la misma obligación; o lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

c) Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo; y

IV Las causas de inculpabilidad:

a) Al momento de realizar el hecho típico el agente padezca un trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a no ser que el agente hubiese provocado

dolosamente o por culpa grave su propio trastorno. En ese caso responderá por el hecho cometido.

b) Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

1 Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;

2 Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca el alcance de la ley, o por que crea que está justificada su conducta.

c) Atenta a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;

Que el resultado típico reproduzca por caso fortuito y el activo haya ejecutado un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

Artículo 16. Es inimputable el sujeto activo cuando padezca:

I Alienación u otro trastorno similar permanente

II Trastorno mental transitorio producido en forma accidental o involuntaria; y

III Sordo mudéz, careciendo totalmente de instrucción.

Estos padecimientos tienen que tener como consecuencia la ausencia de la capacidad de comprender la antijuricidad o la ilicitud de su acción y omisión, antes o durante de la comisión del ilícito.

Artículo 17. Las causas excluyentes del delito y de la responsabilidad se harán valer de oficio por el Ministerio Público o por el órgano jurisdiccional.

Por consiguiente no existe causa alguna para que le sea imputable un acto ilícito a una persona, cuando esta no actúa por voluntad propia, si no más bien se encuentra bajo el influjo de otra o de igual forma cuando no se reúnan los requisitos esenciales para que dicha conducta sea considerada como delito o no reencuentre dicha conducta dentro un ordenamiento jurídico tutelado, desde luego existen diferentes vertientes por medio de las cuales se puede eximir de la responsabilidad a una persona cuando a exteriorizado una conducta las cuales pueden ser que esté haya actuado con el consentimiento de la persona de quien se ha agrediendo el bien jurídicamente tutelado o que con anterioridad al hecho haya existido un acuerdo o se tenga consentimiento ya sea de forma expresa o tácita, cuando el delito del que se trate sea perseguido a petición de parte y sea necesario la presentación de querrela por la parte ofendida y esta se abstenga de presentarla, otra forma de excluir la responsabilidad es cuando se actúa en defensa propia de una agresión ya sea esta de una forma real o de una forma inminente y se tenga la racionalidad de los medios que se emplean para dicha protección o se obre por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real o inminente no ocasionado dolosamente por el agente.

El artículo 15 del Código Penal vigente en el Estado de México establece las causas que se deben de dar para que una persona no sea considerada culpable de un ilícito, el cual es que la persona activa del mismo se encuentre bajo un trastorno mental transitorio que le impida comprender los alcances que puede tener su actitud, siempre y cuando dicho trastorno no sea provocado de una manera dolosa por el sujeto activo del delito, porque si es así entonces éste responderá de la acción que cometió o por que dicho sujeto crea que su actitud se encuentra justificada o simplemente no conozca los alcances de la ley o dicho acto se consecuencia de un caso fortuito.

El artículo 16 del mismo ordenamiento hace mención de que una persona es considerada como inimputable cuando padece alineación o un trastorno similar,

cuando padece un trastorno mental transitorio claro siempre y cuando no sea ocasionado por el mismo agente o exista sordomudez por parte del sujeto activo del delito y esté no cuente con ningún tipo de instrucción.

Por último, el artículo 17 de ordenamiento antes citado, señala que las causas excluyentes de responsabilidad que se han mencionado con anterioridad se harán valer de una manera oficiosa mediante el ministerio público o de igual forma a través del órgano jurisdiccional que se encuentre conociendo del asunto.²⁷

El jurista Jiménez de Asúa realizó una clasificación de los motivos por los cuales se puede dar la inimputabilidad, siendo este el siguiente:

1. La falta de desarrollo mental.
2. La minoría de edad. La cual en los diversos ordenamientos jurídicos la contempla como eximente, pero varía el plazo de extinción, es decir, varía la edad, pero respecto a los menores de edad se puede decir que son totalmente capaces y no se les puede considerar como inimputables, es decir como si fueron enajenados mentales, lo que sucede es que estos se encuentran sujetos a un régimen diverso, al igual que los militares.
3. Trastorno mental transitorio. Se considera a tal como una perturbación de las facultades mentales pasajera, es decir que tiene una corta duración y esto hace que desde un punto legal sea considerado diferente a la enajenación.
4. Falta de salud mental.- Como ya se mencionó, es cuando un sujeto al momento de cometer una acción que le sea reprochable por un ordenamiento jurídico se encuentre bajo un trastorno mental o cuente con un desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter de ilicitud que tiene su proceder.

²⁷ *Ibidem*, p.196

5. Miedo grave.- Considerando a esta como una circunstancia interna subjetiva en la que el individuo se encuentra marginado por la misma, y no le permite actuar de una manera racional y por lo mismo actúa de manera distinta.

3.6 EXCUSAS ABSOLUTORIAS DEL DELITO

La penalidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer, una pena a pesar de que se de una acción que sea típica, antijurídica y culpable. A las excusas absolutorias se les conoce también como aspecto negativo de Punibilidad, ya que al autor de un hecho delictuoso no se le puede imponer ningún tipo de pena, como ya se a dicho a pesar de que seden los elementos necesarios para que se tenga por configurado un delito.

Se trata, normalmente, de causas vinculadas a la persona del autor del delito y por lo tanto solo afectan a éste y no a los demás participantes del delito. Ofreciendo los autores diferentes acepciones al respecto:

Para el jurista Mayer las excusas absolutorias son “Causas que dejan subsistir el carácter delictivo del acto y no hace más que excluir la pena.”²⁸

El jurista Augusto Köhler las define diciendo “que son circunstancias en que, a pesar de subsistir la antijuricidad y culpabilidad, queda excluida, desde el primer momento, la posibilidad de imponer una pena al autor”²⁹

En mi opinión, son causas de impunidad o excusas absolutorias, aquellas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública, es decir su fundamento se encuentra en

²⁸ Cfr. CARRANCA y Trujillo, Raúl. *LAS CAUSAS QUE EXCLUYEN LA INCRIMINACIÓN* U.A.E.M., México, 1944, p. 80.

²⁹ Cfr. JIMÉNEZ de Asúa, Luis. *LECCIONES DE DERECHO PENAL*. Harla, México, 1997. p. 290.

la utilitatis causa o causa de utilidad social de remitir la pena, en vista de las consecuencias indeseables que acarrearía su aplicación.

De lo anterior se desprende que las excusas absolutorias circunstancias que se encuentran especificadas o establecidas en la ley y por las cuales no se sanciona al sujeto activo de un delito.

En derecho penal entiendo por excusas absolutorias, a las causales de impunidad en cuya virtud, no obstante de concurrir todos los elementos del delito, el derecho deja de antemano de hacer regir, por razones variadas de utilidad pública, la conminación penal respecto de determinadas personas. Trátese pues de casos excepcionales en los que se excluye la punición, por causas personales, sin que con ello desaparezca la infracción propiamente dicha.

Los juristas Carranca y Trujillo dividen a las excusas absolutorias desde un punto de vista subjetivo o escasa temibilidad que el sujeto revela y dice que son:

1. Excusas en razón de los móviles afectivos revelados. Refiriéndose a estos cuando el móvil que orilla a delinquir a una persona es respetable y noble, siendo el caso del encubrimiento de personas cuando se trata de parientes o los que estén ligados con el delincuente por sentimientos afectivos.
2. Excusas en razón de la copropiedad familiar. Este se a querido en motivos de intimidad o en una supuesta copropiedad familiar.
3. Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela. Estas tienen su sustento en el hecho de que quienes ejercen la patria potestad pueden corregir y castigar a sus hijos de una manera mesurada y de que a ellos les incumbe la educación conveniente de los hijos.

4. Excusas en razón de la maternidad consiente. Refiriéndose a que no es punible el aborto cuando este es causado por la imprudencia de la mujer embarazada o cuando este embarazo es resultado de una violación o cuando por causa del embarazo la vida de la madre corra peligro de muerte.

5. Excusas en razón del interés social preponderante. Se refiere a que debido al interés social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una acción pública, es punible el no procurar impedir por todos los medios lícitos que estén al alcance del sujeto, la consumación de los delitos que sepan va a cometerse o que se estén cometiendo.

6. Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada.³⁰

3.7 CAUSAS DE EXTINCION DEL DELITO

En ciertos casos, el Estado se desarma de su ejercicio de ejecución, al renunciar a la persecución de un delito o al anular y cancelar la pena impuesta. Siendo por ello que para que se pueda extinguir la responsabilidad penal de un sujeto deben darse una ciertas hipótesis, las cuales se especifican enseguida:

1. La muerte del reo.

2. El cumplimiento de la condena impuesta. Esta con toda claridad extingue la pena al quedar satisfecha.

3. Sentencia absolutoria firme. Se deriva de el artículo 23 Constitucional, la cual impide que se juzgue a un sujeto dos veces por un mismo delito, extinguiendo con claridad la acción penal.

³⁰ Cfr. LOPEZ Betancourt, Eduardo *TEORIA DEL DELITO*, Porrúa, México, 2000, p. 268.

4. El sobreseimiento. El cual pone fin al ejercicio de una acción, en virtud de que sus efectos son los mismos que los de una sentencia absolutoria, la cual una vez ejecutoriada posee la firmeza de cosa juzgada.

5. La amnistía. La cual es una de las facultades del Congreso de la Unión, y se encuentra dentro de nuestra Carta Magna en su artículo 73 en su fracción XXII, y la cual a la letra establece:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXII Para conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la federación.

Esta figura jurídica también se encuentra establecida dentro del Código Penal vigente en la entidad dentro en su artículo 89 y el cual a la letra establece:

Artículo 89. La amnistía extingue la pretensión punitiva y todas las consecuencias jurídicas del delito, como si este no se hubiera cometido, sin perjuicio de la reparación del daño.

Según nuestra legislación, extingue la acción y las sanciones impuestas, salvo la reparación del daño en los términos de la ley que se dictare concediéndola, y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones se extinguen con todos sus efectos y con respecto a todos los responsables del delito.

6. El perdón del ofendido. Este tipo de perdón procede solamente para aquellos delitos que se persiguen por querrela o sea a petición de parte y extingue por regla general la pretensión punitiva. Esta situación la encontramos dentro del Código Penal vigente en el Estado de México en su artículo 91 y el cual a la letra dice:

Artículo 91. El perdón desofendido extingue la pretensión punitiva y la pena en su caso, respecto de los delitos que se persiguen por querrela necesaria. Otorgando el perdón y no habiendo oposición a él, no podrá revocarse.

El perdón puede ser otorgado por el ofendido o por su representante legal, si aquél fuese menor de edad o estuviera incapacitado; pero el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público en este último caso, deberán a su prudente arbitrio, conceder o no eficacia al otorgado por el representante y en caso de no aceptarlo, seguir el procedimiento.

El perdón concedido a uno de los inculcados se extenderá a todos los demás. Igualmente se extenderá al encubridor.

El perdón podrá ser otorgado en cualquiera de las etapas del procedimiento penal. Si la sentencia ha causado ejecutoria, el ofendido podrá otorgarlo ante el tribunal de alzada, para los efectos de lo dispuesto en la fracción III del artículo 306 del Código de Procedimientos Penales para el estado de México.

7. El indulto. Esta figura jurídica se encuentra regulada dentro de nuestra Carta Magna, en su artículo 89, específicamente en su fracción XIV, y el cual a la letra dice:

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

XIV Conceder, Conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos del orden común en el Distrito Federal;

El indulto solo puede concederse cuando sea impuesta una sanción por sentencia condenatoria irrevocable. Es decir, es la remisión o atenuación de una pena ya pronunciada en contra de una persona que a sido encontrada culpable en un procedimiento, es un acto de perdón que aplica gracia en lugar de derecho, perdona la culpabilidad del hecho, más no la peligrosidad como expectativa de futuro.

8. La prescripción. Es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos. En tendiendo a la prescripción como un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones que se tengan establecidas en la ley. El Código Penal del Estado de México en sus artículos 94 y 95 nos marca las reglas generales de la prescripción y las cuales a saber son:

Artículo 94. La prescripción extingue la pretensión punitiva y las penas.

Artículo 95. La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley.

La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue en su defensa el inculpado. El Ministerio Público y el órgano jurisdiccional la harán valer de oficio, sea cual fuere el estado del proceso.

CAPITULO CUARTO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE SUSTRACCION DE HIJO

4.1 ANTECEDENTES HISTORICOS

4.1.1 ESPAÑA

El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.

Este país dentro de su legislación penal contempla el delito de sustracción de menores en su artículo 225 bis y el cual a la letra dice:

Artículo 225 bis.

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

a) El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

1. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

2. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

1. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.¹

4.1.2 PERU

En otra arista del discurso, se tiene que el delito de SUSTRACCIÓN DE MENOR, se encuentra regulado y sancionado en el artículo 147^o del Código Penal peruano, el mismo que *ad litteram* señala lo siguiente:

¹ Cfr. http://noticias.juridicas.com/base_datos/penal/109-2002.hotmil

"Artículo 147".- *El que, mediando relación parental, sustrae a un menor de edad o rehúsa entregarlo a quien ejerce la patria potestad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años*

La misma pena se aplicará al padre o la madre u otros ascendientes, aún cuando aquellos no hayan sido excluidos judicialmente de la patria potestad."

De dicho texto normativo se desprende que el bien jurídico tutelado en el ilícito que nos ocupa, es el relacionado con la seguridad y libertad personal del menor que queda desprotegido de sus padres, o de quien ejerce su patria potestad²

Para el profesor Alonso Peña Cabrera Freyre, el bien jurídico tutelado en este tipo penal, sería la esfera de custodia y/o guarda, que ejercen todos aquellos que legalmente se les reconoce la patria potestad sobre un menor; así también la libertad y seguridad del menor que puede verse también afectados mediando la perpetración de este injusto penal.³

Ergo, el bien jurídico protegido que se pretende tutelar con la tipificación de las conductas punibles descritas, lo constituye la patria potestad, entendida como el deber y derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y los bienes de sus hijos menores de edad. Y que la realización de alguna de las conductas pone en peligro o lesionan la patria potestad debidamente reconocida y conceptualizada en nuestro sistema jurídico, como categoría de importancia en el derecho de familia⁴.

Como se infiere del artículo 147^o del Código Punitivo, lo que la norma busca proteger y cautelar como bien jurídico, es el correcto ejercicio de la patria potestad, la misma que no debe verse afectada por injerencias o conductas de terceros, que según el precepto acotado, necesariamente deben de guardar una relación parental con el menor agraviado. De dicha afirmación podemos concluir, que lo protegido por

² Cfr. Haro Lazaro, Cesar. *TRATADO DE DERECHOPENAL PARTE ESPECIAL*. importadores S.A., 1999, p.p. 252-253.

³ Cfr. Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. *DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL*. IDEMSA. noviembre de 2008, p. 411.

⁴ Cfr. Salinas Siccha, Ramiro. *DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL*. Grijiley. mayo de 2007, p.384.

la norma, sería el libre ejercicio de la patria potestad –con todos sus atributos-, por parte de quienes la ley les confiere tal condición.

4.1.3 CONVENCION DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES

Por otra parte, en la "Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", aprobada por ley 23.857, se establece la edad de dieciséis años para que dicha Convención sea aplicable. A partir de esa edad se entiende que un joven "ya posee una voluntad propia, que difícilmente pueda ser ignorada por padres, parientes o autoridades administrativas o judiciales". Puede observarse la diferencia de los parámetros seguidos para evaluar cuándo un menor de edad no alcanza el discernimiento adecuado para llevar adelante determinados actos.

Una persona menor de diez años de edad, para el ordenamiento jurídico, no tiene la capacidad necesaria como para poder distinguir lo lícito de lo ilícito, y en el caso del tipo penal que nos ocupa, debemos asumir que antes de dicha edad es total el sometimiento de la voluntad del menor.

El objeto del Convenio es asegurar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los países contratantes y que los derechos de custodia y de visita vigentes en dichos países sean respetados en los demás Estados contratantes.

Es decir, tiende a restablecer la situación anterior al traslado o retención ilícita mediante la restitución inmediata del menor a su residencia habitual, impidiendo que los individuos unilateralmente puedan cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que los favorezca.

La finalidad primordial del Convenio es el "interés superior del niño", el cual en el marco de ese instrumento consiste en la pronta restitución del menor a su residencia habitual.

Este principio solo puede ser desvirtuado por la aplicación de alguna de las excepciones previstas, que deben ser interpretadas restrictivamente.

a) no ejercicio efectivo del derecho de custodia por parte del solicitante de la restitución en el momento del traslado o retención ilícitas,

b) consentimiento o aceptación del traslado o retención por parte de quien en el momento de producirse estaba al cuidado del niño,

c) cuando exista grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera lo ponga en una situación intolerable,

d) cuando el menor que haya logrado una edad y grado de madurez apropiado para tener en cuenta su opinión se oponga a su restitución.

En todos estos casos la Autoridad Central del Estado de refugio deberá tener en cuenta la información que sobre la situación social del menor aporte la Autoridad Central del lugar de residencia habitual del niño.

El bien jurídico aquí tutelado es el de la libertad en aquel sentido genérico del plagio no porque sea necesario la reducción del menor a un estado de servidumbre, sino porque el menor de diez años efectivamente se encuentra en una situación de

dependencia casi total de otra voluntad y la ley castiga al que usurpa esa otra voluntad".⁵

4.2 CONCEPTO DEL DELITO DE SUSTRACCION DE HIJO

El delito de sustracción de hijo se encuentra contemplado dentro del Código Penal para el Estado de México, específicamente en el artículo 263 el cual a la letra establece:

“Artículo 263 Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerzan la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, se le impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.

Este delito se perseguirá por querrela.”⁶

Teniendo de esta manera el tipo penal que debe de llevarse acabo para que se tenga por configurado el delito en comento, de igual forma se establece la sanción a la que se hará acreedor aquella persona que realice o lleve acabo la conducta establecida en el mismo, otro elemento esencial que se menciona para que pueda configurarse este delito es la querrela, elemento esencial del cual hablaré más adelante.

4.3 BIEN JURIDICO TUTELADO

Para poder hablar del bien jurídico tutelado en el delito de sustracción de hijo, es importante saber o conocer que es el bien jurídico tutelado, entendiendo por este el bienestar físico, psicológico del menor de edad, entendiendo por tal el derecho que le

⁵ Cfr. http://www.apadeshi.org.ar/convencion_de_la_haya_retencion.htm

⁶ Cfr. Código Penal del Estado de México, Sista, México 2010 p. 99.

asiste al menor a tener un adecuado desarrollo integral, de un sano esparcimiento, el cual se vera reflejado en su vida adulta ante la sociedad.

La constitución mexicana consigna bienes jurídicos que el legislador considero que deberían de ser protegidos, teniendo como ejemplo los artículos 14 y 16 de nuestra carta magna.

El legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología determina cuales son los objetos a proteger. Pudiendo determinar los siguientes: la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etcétera.

La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de la sanción a una determinada acción y la cual puede ser de manera civil o penal, estableciendo de esta manera el legislador que cuando una persona comete un acto ilícito que viola los bienes jurídicos de otra, le será aplicada una sanción. En consecuencia de lo anterior el legislador tiene la potestad de jerarquizar los bienes jurídicos, determinando cuales tienen más valor sobre otros, cuales prevalecen en caso de confrontación.

Tomando en consideración todo lo vertido con anterioridad puedo determinar que el bien jurídico tutelado en el delito de sustracción de hijo es derecho a la libertad y la seguridad jurídica del menor de edad, preservando el vínculo familiar.

4.4 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA RELACION DELICTIVA

Por tal se conoce al titular del derecho o del interés lesionado o puesto en peligro por el delito o aquella persona que lesiona un derecho protegido por la ley Tomando en consideración que como la ley no tutela solo intereses personales, sino colectivos, pueden ser sujetos pasivos o activos:

1.- LAS PERSONAS FÍSICAS: Sin limitaciones, después de su nacimiento.

2.- LA PERSONAS MORALES O JURÍDICAS: Sobre quien puede recaer igualmente, la conducta delictiva, lesionando bienes jurídicos tales como el patrimonio (robo, fraude etcétera)

3.-EL ESTADO: Como poder jurídico penal y en tal virtud puede ser ofendido o víctima de la conducta delictiva (Delitos contra la seguridad exterior de la Nación, delitos patrimoniales que afecten delitos propios)

4.- LA SOCIEDAD EN GENERAL: Como los delitos contra la economía pública o contra la moral (corrupción de menores, lenocinio).

Atendiendo al sujeto pasivo, los delitos se clasifican en:

A) PERSONALES: Son aquellos en que la lesión recae sobre una persona física
y

B) IMPERSONALES: Es cuando dicha lesión recae sobre una persona moral, el estado o en la sociedad en general

4.4.1 SUJETO ACTIVO

Teniendo como resultado que el hombre es el sujeto activo del delito por la única razón que es el único que se encuentra provisto de capacidad y voluntad para la realización de una determinada acción o acto, ya sea de manera consciente o inconsciente, ya sea de acción o por omisión y esta infrinja el ordenamiento jurídico penal.

En el delito que me ocupa, el sujeto activo según sea el caso puede ser el padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad, implicando también a cualquier

familiar que llegase a participar en el apoderamiento del menor y no se encuentre debidamente legitimado para ejercer sobre el menor la patria potestad o en su defecto la guarda y custodia.

De acuerdo a la descripción típica del delito, sería sujeto activo aquél que ostenta una relación parental con el menor incluyendo a los padres. Con la dación de la Ley N° 28760 del 14 de junio de 2006, puede ser autor de esta figura delictiva, inclusive el padre, la madre u otros ascendientes, que legalmente ejerzan la patria potestad, siendo que dicho derecho subjetivo, puede en algunos casos ser recortado, limitado a espacios de tiempo, fijados en una resolución jurisdiccional (tenencia). A través de la incorporación efectuada por la Ley N° 28760, se pretende regular aquellas situaciones en las cuales el progenitor a quien se le ha conferido mediante una resolución judicial, un determinado régimen de visitas u otro derecho familiar que le permita frecuentar al menor; haga uso abusivo de tal derecho; y con ello pretenda sustraer al menor, sobrepasando o excediendo de las facultades que una resolución judicial le ha asignado; y ello en razón a que si bien la patria potestad a su favor no se encuentra excluida, pero sí recortada.

4.4.2 SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo del presente ilícito, solo podrá ser un menor de edad que según nuestro Código del Niño y del adolescente, son aquellas personas menores de 18 años de edad. Siendo que otro aspecto que debe tenerse en cuenta es que debe mediar relación de parentesco con el sujeto agente del delito, en razón a que de no existir tal condición no se configuraría el ilícito penal en cuestión. Asimismo, debe

acotarse que existe una posición dominante en admitir a los padres que ejercen la patria potestad, también como sujetos pasivos del delito.⁷

SUSTRACCION DE MENORES, COPARTICIPACION EN EL DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).- El artículo 21 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla se refiere a los “responsables de los delitos² que comprende a los autores y a los cómplices; esto es, sólo admite dos categorías, pues cuanto a la de encubridores, el texto vigente de esta legislación los ubica en su artículo 209, no como grado de participación, sino como delito específico. Luego, tratándose del delito de sustracción de menores, previsto en el artículo 283 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, en que se requiere que un sujeto calificado, ya sea el padre o la madre de aquellos, se apodere de los mismos, quitándolos de la custodia que corresponde al otro, admite la coautoría material, en un tercero ajeno al parentesco, si quien, en forma voluntaria y consciente, participa en la comisión de él junto con el sujeto activo calificado, ya sea en la concepción, esto es, en la ideación del evento criminoso, la preparación o induciendo o compeliendo a otros a cometerlo, o bien, auxiliando o cooperando en cualquier forma en su ejecución con los agentes delictivos, aun posterior a ella por concierto previo. Esto es así por que en la coparticipación, tratándose de un delito que sólo admite sujeto calificado, no solo se comprende a los autores materiales, sino también a aquellos que figuren como actores intelectuales o cómplices, pues entre ambos existe un propósito común, consciente, que sea ejecutado en forma voluntaria y que, precisamente une al codelincuente con el hecho delictuoso, con independencia de su calidad; no considerando así, llevaría a la dificultad, en la práctica, de no reprimir la acción delictuosa, ya que estaría siempre supeditada a un proceso de encubrimiento, de acuerdo con la legislación penal local, lo que desde luego dejaría a un lado a quienes, de acuerdo con la estructura del referido artículo 21, debieran estar incluidos dentro del concepto “”Son responsables de la comisión de un delito...””, texto que implica un

⁷ Cfr. Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. *Op. Cit.* p. 411

término plural, para quienes intervengan en la concepción, preparación o ejecución de los delitos.

Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VI, diciembre de 1997 tesis: IV 4º.8 Página 699. Materia Penal. Cuarto tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo en revisión 550/97. Moisés Espinoza López. 3 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente Diógenes Cruz Figueroa. Secretario Arnoldo Guillermo Sánchez de la Cerda.

4.5 EL OBJETO DEL DELITO DE SUSTRACCION DE HIJO

La doctrina distingue dos formas de objeto:

1.- EL OBJETO JURIDICO.- Entendiendo por este el bien jurídico tutelado, a través de la ley penal mediante la amenaza de sanción. Pudiéndose Decir que no existe delito sin objeto jurídico ya que este el que constituye su esencia.

2.- EL OBJETO MATERIAL.- Es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva.

Concluyendo, los sujetos activos del delito serán primordialmente constituidos por el padre o la madre que se apodere del menor de edad, aun estando legitimados para ejercer sobre los mismos la guarda o custodia, por lo que respecta al sujeto pasivo del delito a tratar se basa o recae en los menores de edad que sean sustraídos, pero sin dejar fuera a todas aquellas personas que de alguna u otra manera se involucren en la realización del ilícito.

4.6 EL APODERAMIENTO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL TIPO

De la propia naturaleza jurídica del delito de sustracción de hijo, elemento principal para que se llegue a tipificar es precisamente el apoderamiento que se tiene que

hacer del hijo menor de edad ya sea por parte del padre, la madre o familiares que participen en dicho apoderamiento, entendiéndose por tal el tener físicamente al menor no dejando que tenga contacto con el otro padre quien se encuentra ejerciendo la patria potestad, custodia, privándolo de esta manera del derecho de visita y convivencia que le asiste.

En el particular es una forma más compleja ya que quien realiza el apoderamiento del hijo menor de edad es realizado por persona que se encuentra legitimado para ejercer la patria potestad o la guarda y custodia del mismo, ya que durante el transcurso del tiempo se ha dado el supuesto de que dicho apoderamiento es realizado por persona legitimada no se le puede fincar responsabilidad alguna, motivo por el cual considero que se deja en total estado de indefensión al otro padre o madre ya que como lo mencione con anterioridad no puede ejercer acción penal alguna.

Teniendo como consecuencia el REHUSAMIENTO A LA ENTREGA, consiste en el hecho de retener indebidamente al menor, negándose a entregarlo a sus padres o a quien ejerce legalmente su patria potestad. La jurisprudencia peruana, en la sentencia expedida en el expediente N° 3808-1998 Corte Superior de Justicia de Lima, ha señalado que: *la conducta de la encausada, consistente en la negativa a entregar al menor que fuera dejado por la madre en su vivienda, constituye acto típicamente relevante del delito contra la patria potestad – sustracción de menor.*

Del discurriendo efectuado, tenemos entonces que la sustracción que efectúa el agente como pariente del menor debe realizarse sin que exista justificación legal, propiamente sin disposición judicial para la tenencia del menor. Perfeccionándose cuando el sujeto activo que necesariamente debe ser pariente del sujeto pasivo, traslada a este del lugar donde se encuentra bajo la patria potestad de sus padres a otro lugar diferente o distinto, entendiéndose por sustraer como toda acción destinada a apartar o separar a un menor de quien ejerce la patria potestad o la guarda y

custodia, realizada mediante el traslado del menor a un lugar distinto de aquel en el que se encuentra bajo el amparo de los que ejercen la patria potestad, siendo indiferente si la sustracción se realiza con anuencia o no del menor⁸, y sin tomar en cuenta el tiempo que dure la sustracción, este puede ser breve o extenso, lo importante es verificar si se apartó al sujeto pasivo de aquellas personas que ejercen la patria potestad⁹

Como se vislumbra de lo anotado respecto al delito de SUSTRACCION DE MENOR, se requiere para su configuración típica que se SUSTRAIGA a un menor de quien ejerce legítimamente la patria potestad, siendo necesario para detentar ello una resolución judicial; y si en caso contrario no existiese dicho documento jurisdiccional, pero existen desavenencias o desacuerdos entre los padres, que ambos padres EJERCEN LA PATRIA POTESTAD, no pudiendo ninguno de los dos progenitores cometer tal ilícito penal, por la sencilla razón de que el tipo penal en comento, exige que se sustraiga al menor de quien ejerce la patria potestad, y en consecuencia sería un absurdo lógico-jurídico el afirmar que uno de los padres ostentando la patria potestad podría sustraer a la menor, dado a que no calza en la descripción típica del delito. No debiendo dejarse de lado que el tipo penal, como ya se ha comentado, se realiza también con la negativa del sujeto agente en entregar a un menor de edad a quien tiene la patria potestad.

Reforzando dicho argumento, nuestra jurisprudencia nacional diáfananamente ha señalado que *comete delito de atentado contra la patria potestad, el inculpado que desconociendo la sentencia que asigna la patria potestad de su hijo a su ex cónyuge, sustrae al menor y lo lleva donde el reside*¹⁰

⁸ Cfr. BRAMOT ARIAS, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL*. San Marcos, 1997, p.172.

⁹ Cfr. VILLA STEIN, Javier. *DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL*. San Marcos, 1997, p. 382.

¹⁰ Cfr. EJECUTORIA SUPERIOR DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE SAN MARTIN, del 04 de diciembre de 1998. EXPEDIENTE N° 97-0062.

CAPITULO QUINTO

LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE SUSTRACCION DE HIJO CUANDO SEA COMETIDO POR PARTE LEGITIMADA

5.1 ANALISIS DEL DELITO DE SUSTRACCION DE HIJO

Como he estudiado a lo largo del presente trabajo el bien jurídico tutelado en el delito de sustracción de hijo lo es la seguridad jurídica de los padres sobre los hijos a través de la figura jurídica de la Patria Potestad y sobre todo el desarrollo armónico tanto físico como psicológico del menor de edad. En el particular la que le asiste a ambos padres ya que los dos se encuentran ejerciendo dicha figura sobre su menor(es) hijo(s), entendiéndose como tal al cuidado, protección de los padres con sus hijos a través de la guarda o custodia, así como la responsabilidad existente para estos con los menor(es), teniéndose un derecho-deber y al momento de quebrantarse dicha armonía es cuando nosotros podemos poner en movimiento al órgano jurisdiccional realizando la denuncia respectiva.

Puedo entender por sustracción, el acto que realiza un progenitor para separar o alejar al menor del otro padre de propia autoridad y de manera arbitraria sin que le asista derecho alguno para realizar dicha acción, dándose el rehusamiento de este de hacer la entrega del menor a su entorno habitual, teniendo plena conciencia del acto que se realiza, pero al ser omiso el delito de sustracción de hijo contemplado en el artículo 263 del Código Penal vigente para el Estado de México y no contemplar el supuesto de que quien se apodere del menor sea precisamente uno de los padres y se encuentre ejerciendo la Patria Potestad sobre su hijo menor de edad, impidiendo de esta manera el derecho de visita y convivencia que le asiste al otro progenitor para con su hijo(s). Resulta que no existe sanción alguna que sea aplicable a dicho proceder.

El Estado al encontrarse con casos en concreto como el antes mencionado no sabe como actuar, ni la forma de garantizar el fin ultimo de dicho organismo que es el garantizar tanto a los progenitores como al menor un bienestar emocional y psicológico.

Es preciso mencionar que la suscrita he tenido la oportunidad de observar casos prácticos referentes al delito de sustracción de hijo cometido por alguno de sus progenitores y al momento de que el padre que es privado de la tenencia del menor por el otro padre y quiere iniciar una acción penal en contra del que sustrajo al menor esto no es posible por el hecho de que ambos progenitores se encuentran ejerciendo la Patria Potestad sobre dicho menor no existiendo resolución alguna de carácter civil que haya regulado dicha situación ya sea suspendiendo o perdiendo en definitiva dicho derecho, dejando de esta manera en total estado de indefensión al progenitor que tenia la Guarda y Custodia. Teniendo que de dicha situación que no es el único derecho que se le esta vulnerando ya que le asiste el derecho de visita y convivencia.

Por que como ya he hecho hincapié que es lo que pasa cuando alguno de los padres sustrae al menor de edad del hogar del otro; es decir ambos padres se encuentran ejerciendo sobre dicho menor la Patria Potestad, pero uno de ellos de propio derecho decide sacar al menor de su vida cotidiana por el solo hecho de realizar un tipo de revanchismo para con el otro padre, pudiendo ser no solamente de su lugar habitual de vivir, si no que se han visto casos en concreto de que llega a ser incluso de país y al momento de que el otro padre se percata de dicha situación y quiere realizar alguna acción legal en contra de su conyugue al querer denunciarlo por el Delito de Sustracción de Hijo, dicho delito no se encuentra tipificado dentro del ordenamiento jurídico de nuestra entidad, ya que como lo mencione anteriormente ambos padres se encuentran ejerciendo la Patria potestad del menor en el momento en que se lleva acabo dicha separación, en consecuencia de lo vertido con anterioridad, el padre que es privado o separado de su menor de edad se encuentra totalmente en estado de indefensión ya que no puede ejercer acción penal en contra

del otro padre y para el caso de que quisiera realizar cualquier acción civil en su contra sabemos a ciencia cierta que este tipo de procedimientos se resuelven dentro de un determinado tiempo y quizás al momento de que se tenga una resolución favorable dicho padre no tendría la oportunidad de restituir a su hijo a su vida posterior ya que en la mayoría de los casos no saben cual fue el paradero final de dicho menor y de esta forma se le estaría coartando el derecho que le asiste de visitar y convivir con su hijo, siendo el fin primordial de dicho delito la protección de los derechos que le asisten al menor de edad, proporcionándole un ambiente adecuado para su desarrollo independientemente de la relación que llegase a existir entre los padres ya sea de amistad o enemistad. Ya que en una situación de estas es cuando ambos padres deben de demostrar realmente cuanto es lo que quieren a sus hijos proporcionándoles dicho desarrollo integral.

Ahora bien en una relación de concubinato se da la misma situación anterior ya que a pesar de que los padres no se encuentran casados civilmente ambos ejercen los mismos derechos ante los hijos pero sin olvidar que también tiene las mismas obligaciones para con sus hijos.

El delito de sustracción de menores constituye un tipo penal insuficiente en el ámbito de la prestación de garantías a la protección del bien jurídico "patria potestad", el cual corresponde a los dos progenitores.

La posible atipicidad de las conductas referidas a la sustracción y/o retención de los hijos por parte de uno de los cónyuges en los supuestos de separación o divorcio debe abrir el debate acerca de si no sería necesaria la inserción al Código Penal del delito de sustracción de menores como tipo delictivo con esta sustantividad propia.

5.2 TIPIFICACION DEL DELITO DE SUSTRACCION DE HIJO DENTRO DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE MEXICO.

El delito de sustracción de hijo se encuentra establecido dentro del Código Penal para el Estado de México, específicamente en el artículo 263 el cual a la letra establece:

“Artículo 263 Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerzan la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, se le impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.

Este delito se perseguirá por querrela.”¹

Teniendo de esta manera el tipo penal que debe de llevarse acabo para que se tenga por configurado el delito en comento, de igual forma se establece la sanción a la que se hará acreedor aquella persona que realice o lleve acabo la conducta establecida en el mismo, otro elemento esencial que se menciona para que pueda configurarse este delito es la querrela, elemento esencial del cual hablaré más adelante.

5.3 CONCEPTOS DE QUERELLA

El jurista CARNELUTTI: Que una ofensa no sea punible sino a querrela de parte significa que depende en primer lugar del juicio del ofendido su castigo no en el sentido de que tal juicio sea suficiente sino en el que es necesario; no obstante la querrela, un hecho puede no ser castigado, pero sin ella no puede ser castigado.

¹ Cfr. Código Penal del Estado de México, Sista, México 2010, p. 99

El jurista Florian: La querrela es la exposición que la parte lesionada por el delito hace a los órganos adecuados para que se inicie la acción penal.

Lo más acertado es considerar la querrela como una condición de procesabilidad, pues se afirma la existencia del delito con independencia de ella; la querrela no es una condición de derecho sustantivo, sino una institución que tiene existencia en el ámbito del proceso: es decir, una institución procesal.

El jurista MANZINI.- El derecho de querrela, bajo el aspecto substancial, es un poder de disposición de la punibilidad del hecho que se reconoce en la libertad privada. Bajo el aspecto formal, es un poder de disposición que se reconoce a esa misma voluntad sobre el procedimiento penal, pero no absolutamente un derecho al procedimiento penal, puesto que la querrela no determina necesariamente una acción penal.

El jurista LEONE: Desde el punto de vista substancial, se considera como la manifestación de voluntad del sujeto pasivo del delito de pedir el castigo del delito; de manera que se ha observado exactamente que se vincula a un derecho de perdón.

El jurista MEZA VELAZQUEZ: La querrela es un presupuesto o condición indispensables para el ejercicio válido de la acción penal en los delitos no perseguibles de oficio. De ahí que los expositores la denominen "Condición de procesabilidad". Es una condición de excepción, por cuanto la regla general es que los delitos se investiguen oficiosamente.²

Entendiendo como querrela como aquel medio por medio del cual se puede inicial una Averiguación Previa (carpeta), que al igual que la denuncia es una participación de hecho que puede constituir delito, formulada ante el órgano de acusación, por persona determinada e identificada, pero a diferencia de la simple

² *Ibid.*, p.44

denuncia, debe de tratarse de un supuesto delito perseguible a petición del ofendido y debe de ser hecha precisamente por éste o por su representante legal. Fuera de estos dos medios legítimos de iniciar la Averiguación Previa (carpeta de investigación) en el proceso. Permitiendo citar las siguientes tesis jurisprudenciales al respecto:

QUERELLA NECESARIA.- Cuando la ley exige la querella para la persecución de un delito, basa para que aquella exista, que el ofendido ocurra ante la autoridad competente, puntualizando los hechos en que hace consistir el delito.

Quinta Época.

Tomo XLVII, Pág. 4273. Reina Roberto y Coags.

Tomo XLVII, Pág. 5316. López Portillo.

Tomo LI, Pág. 1456. Noceti Guardiola Alejandro.

Tomo LII, Pág. 2245. Toxqui Aurelio.

Tomo LIX, Pág. 1097. Cisneros Alfredo.

QUERELLA.- No es indispensable que se haga en forma expresa la manifestación de querella, bastando que se exteriorice la voluntad de poner en actividad a la autoridad, para la persecución de un hecho que se estime delictuoso.

Sexta Época, segunda parte: Vol. XIV, Pág. 187. A. D. 1739-55. José Leonides Delgadillo. 5 Votos.

QUERELLA NECESARIA.- Para los efectos procesales, basta la simple manifestación de voluntad de la persona ofendida por el delito, de que se persiga al responsable, aun cuando aquel emplee términos equívocos, para que tenga por satisfecho el requisito de querella necesaria.

Sexta Época, segunda parte: Vol. XXII, Pág. 154. A. D. 3805/58. Leobardo Serrano Mar. Unanimidad de 4 Votos.

QUERRELLA NECESARIA, LA PUEDE FORMULAR EL APODERADO.- Si se otorga un poder general para todos los negocios que se ofrecieren, civiles, administrativos o judiciales, es indudable que se autoriza al mandatario para presentar querrella, tanto respecto de los delitos para los que la ley exige ese requisito para su persecución, en la época del otorgamiento del poder, como respecto de otros delitos que en el futuro lo exigieren; pues ninguna disposición legal ni la naturaleza misma del contrato del mandato, impiden una autorización en tales términos.

Quinta Época: Tomo XLIX, Pág. 1288. Valdez Anzorena Antonio.

5.4 LA QUERRELLA COMO ELEMENTO DE PROCESABILIDAD

Al igual que el elemento anterior la querrella es un elemento esencial en el delito que nos ocupa, ya que como es bien sabido los delitos se persiguen de dos formas de oficio o querrella.

Querrella del latín querrella, acusación ante el juez o tribunal competente, con que se ejecutan en forma solemne y como parte en el proceso la acción penal contra los responsables de un delito³

Teniendo como consecuencia que para la iniciación de un procedimiento penal, y consecuentemente para que pueda darse válidamente el proceso, en el plano doctrinal y en el estrictamente legal se ha señalado la necesidad ineludible de ciertos elementos que den vida; ello implicaría la consideración investigativa de los presupuestos procesales, de las condiciones objetivas de punibilidad, de las cuestiones prejudiciales y de los requisitos de procesabilidad. Existiendo algunas infracciones que requieren para su persecución el cumplimiento de algún requisito de

³ Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Voz: querrella, Porrúa, México, 1999, p. 2647.

procesabilidad o que quede superados algún obstáculo procesal que impida la iniciación del procedimiento o la prosecución del mismo

De tal manera que el delito de sustracción de hijo es un delito que se persigue por querrela, es decir a petición de parte es indispensable que se ponga en conocimiento a la autoridad competente de que se ha llevado acabo este delito en nuestro perjuicio para que se tomen las medidas pertinentes, ya que sin este actuar no se puede ejercer ningún tipo de acción penal en contra de quien lo ha cometido

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indica que no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal.

5.5 LA COMISION DEL DELITO POR PARTE LEGITIMADA

Como lo he venido mencionado a lo largo de este último capítulo mi propuesta va encaminada principalmente a que se de el delito de sustracción de hijo de una forma equiparada en virtud de que la mayoría de las ocasiones o en estos últimos años se ha dado con gran frecuencia que son los mismos padres de los menores de edad y quienes además se encuentran facultados para ejercer sobre el menor de edad la patria potestad o la guarda y custodia quienes se encargan de restringir el derecho a el otro padre o madre del derecho que le asiste de visitar y convivir con su menor hijo, dándose una situación a tales extremos de que incluso se llegan a cambiar de residencia solo por el hecho de que no es su deseo que se lleve acabo dicha convivencia con el otro padre.

La suscrita considero que tal situaciones solo en perjuicio de los menores de edad ya que lejos de que se vele por sus interés, son utilizados como una arma de ventaja con respecto al otro conyugue o concubino, finalizando la gran mayoría de

las ocasiones en un enorme trauma para los menores ya que son ellos los que menos culpa tiene en las diferencias de pareja que se llegaren a suscitar entre sus progenitores quienes no se dan cuenta que la gran mayoría de las ocasiones son los pequeños los que cargan con los errores de los adultos.

5.6 LA RESTITUCION DEL MENOR DE EDAD A SU DOMICILIO HABITUAL

Entendiendo como tal a la reparación del daño, ya que al momento que se lleva acabo la sustracción de hijo por parte legitimada y tipificarse el delito de sustracción de hijo en su contra, este tiene que restituir al menor de edad al lugar donde habitaba habitualmente es decir con el padre que se encontraba a su cargo, permitiendo desde luego el derecho de visita y convivencia con el otro, lo cual permitiría un mejor desarrollo integral del menor, lo cual debe de ser el fin ultimo del Estado quien es precisamente el encargo de velar por el bienestar no solo de la sociedad en general, sino en el caso en particular del adecuado desarrollo del menor.

5.7 TIPIFICACION DEL DELITO DE SUSTRACCION DE HIJO POR PARTE LEGITIMADA

La suscrita a todo lo largo de cuerpo del presente trabajo he sostenido que la tipificación del delito de sustracción de hijo que se encuentra descrito dentro de la legislación Penal vigente para el Estado de México, específicamente dentro del artículo 263 es omisa al no tomar en cuenta qué es lo sucede cuando dicho delito es cometido por algunos de los padres que se encuentran legitimados para ejercer la Patria Potestad o del ejercicio de la Guarda y Custodia y se apodera solo para sí de sus menor(es) hijo(s) sin permitir al otro padre o madre se acerque a estos, coartando así su derecho que le asiste de visitar y convivir con sus hijos, siempre y cuando este cumpla con sus obligaciones para con los mismos.

Aunado a lo anterior se ha visto a lo largo de nuestra historia que no solo no se puede ejercer acción penal en contra del padre o la madre que se apodere de su hijo por voluntad propia ya que se encuentra legitimado para ejercer alguna de las figuras jurídicas mencionadas con antelación, sino que además en nuestro país es cada vez más reiterada por parte de los padres utilizar a los hijos como un instrumento de revancha contra el otro, sin ponerse a pensar que por el coraje o resentimiento contraído en contra de su pareja solo causan daños en los menores quienes son los más afectados al ver la desintegración de su familia y no saber como actuar ante tal situación, provocando esta situación irremediamente la desintegración de la Familia que en la actualidad cada vez más va en decadencia.

Motivo por el cual la suscrita considero que el delito de sustracción de hijo debe de tipificarse de la siguiente forma dentro del Código Penal para el Estado de México:

“Artículo 263 Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual ejerzan o no la patria potestad o la guarda y custodia, y priven del derecho de visita y convivencia a quien legítimamente le asista, se le impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.

Este delito se perseguirá de oficio.”

De esta manera se protegen tanto los derechos de ambos padres o familiares que se encuentren a cargo de los menores y sobre todo se tiene una certeza jurídica de que se velara por el bienestar tanto físico como psicológico de los mismos ya que con las diferentes problemáticas existentes entre los padres el más perjudicado estos últimos.

5.8 TESIS JURISPRUDENCIALES, CONVENIOS REALIZADOS SOBRE EL DELITO DE SUSTRACCION DE HIJO

Dentro de las siguientes tesis jurisprudenciales como convenios realizados para la protección de los derechos de los niños puedo encontrar las relacionadas tanto con los derechos y obligaciones que se derivan del ejercicio de la Patria Potestad por parte de los padres con respecto a sus hijos; así como de los derechos y obligaciones que se tiene de los hijos es decir de manera reciproca y la mejor forma posible que se puede llevar acabo la relación entre padre e hijo cuando existe discrepancias o desacuerdos por parte de los primeros y obtener de esta manera una forma más llevadera de dicha situación para que el menor de edad quien es el menos responsable de dicha situación salga lo más afectado posible y tenga un desarrollo adecuado dentro de la sociedad y llegar a ser un buen miembro de la misma.

5.8.1 LEY 24.270 IMPEDIMENTO DE CONTACTO

Obtenida de la Cámara Nacional de Apelación en lo Criminal y Correccional.
000003164 IMPEDIMENTO DE CONTACTO. Padre no conveniente. Art. 1 de la ley 24.270. Requisitos para su configuración.

“...Desinterés del menor de contactarse con su padre no conveniente. La obligación de permitir el contacto y comunicación paterno-filial es un deber legal que emana de disposiciones contenidas en el Código Civil y de la ley 24.270, independientemente de la existencia de un acuerdo o de una sentencia que fijen un régimen de visitas, para que su incumplimiento pueda configurar alguna de las conductas tipificadas penalmente. Este tipo de delito solo se puede configurar cuando el autor del impedimento del contacto entre padre e hijo obra de modo arbitrario y abusivo, sin derecho ni razón justificable alguno. El desinterés de la menor de conectarse con su padre es irrelevante para excluir la comisión del delito por el sujeto activo. Por tanto, se debe confirmarse el procesamiento del intruso en orden al delito

previsto en el artículo 1 de la Ley 24.270. Navarro, González Palazzo, Filozof.(Sec.: Collados Storni).

21737_5 MARINO, José Fabio. 23/06/03 c.21.737. C.D.N.Crim. y Correc. Sala V⁴

000007301 IMPEDIMENTO DE CONTACTO. Convención de los Derechos del Niño, Interés superior del niño. Citación del menor a prestar declaración.

La ley 24.270 “Se encuentra dirigida a recomponer la relación paterno-filial, esto es, a que el menor restablezca el contacto con su padre no conviviente, teniendo como fundamento la Convención de los Derechos del Niño, especialmente en su artículo 9 en el que establece que” Los Estados partes velaran por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, respetaran el derecho del niño que este separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de un modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño...”. Al interrumpirse el vínculo paterno filial se cercenó el derecho del padre y con esta conducta se conculcó el derecho superior que es el un menor en mantener contacto con su progenitor, resultando el progenitor no conviviente y el menor, partes damnificadas. La citación cursada al menor a presentar declaración testimonial, resulta procedente, puesto que la conducta investigada no solo damnifica en cuanto le impide mantener contacto con su progenitor sino que también afecta el interés del padre, quien se encuentra en igual rango de parentesco con la imputada. En consecuencia, corresponde confirmar el auto a través del cual se rechazó el planteo de nulidad. Bunge Campos, Escobar. (Secc.: Paisan). 27762_6 MANSUR, Claudia. 29/12/05 c.27.762. C. N.Crim. y Correc. Sala VI⁵

⁴ Cfr. http://www.afamse.org.ar/Jurisprudencia_Ley_24270.pdf

⁵ *Op. Cit.* p. 9-10

5.8.2 CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE DECISIONES EN MATERIA DE CUSTODIA DE MENORES Y RESTABLECIMIENTO DE DICHA CUSTODIA, DE 20/5/80. (BOE 1-9-1984).

Este Convenio, conocido como Convenio de Luxemburgo, permite que una sentencia dictada en un Estado parte, pueda ser reconocida y ejecutada, en el Estado donde un niño ha sido trasladado ilícitamente, o en el que se niega el desarrollo del derecho de visita. Frente a un exequátur normal, este Convenio permite que el reconocimiento y ejecución se lleven a cabo con mayor rapidez y sin las formalidades que se exigen en el procedimiento general.⁶

5.8.3 SUSTRACCION DE MENORES POR PARTE DE UNO DE LOS PADRES

Ante el fenómeno de la ruptura de parejas surge la preocupación por las decisiones de sus progenitores, debido a las consecuencias que tienen para los hijos menores. El incremento de relaciones y matrimonios mixtos, los movimientos migratorios, los avances en las comunicaciones, el desarrollo económico y la liberalización de la institución familiar clásica han ampliado el abanico de patrones familiares que favorecen la posibilidad de que se produzca la "sustracción de menores" por parte de uno de los progenitores. Así, nuestra sociedad venía contemplando la impunidad del progenitor que, por decisión unilateral, trasladaba a un hijo menor a un país extranjero, separándolo del otro progenitor.

Ante la emergencia, la Comisión Parlamentaria del MERCOSUR adoptó un "Programa Nacional sobre Prevención, Sustracción y Restitución de Menores" con los siguientes objetivos:

⁶Cfr. http://www.tuabogadodefensor.com/01ecd193e40c12147/01ecd193e40c1424d/index1_sustrmenor.htm

- Crear una red para proteger a los menores y prevenir la sustracción de los mismos por parte de alguno de sus padres, tutores, guardadores y/o familiares directos.
- Investigar el estado de la cuestión en cada país y realizar actividades de promoción de sus actividades y objetivos.
- Denunciar toda sustracción de menores por alguno de sus progenitores.
- Brindar asistencia jurídica con equipos legales expertos en la materia y apoyo psicológico y / o terapéutico a las personas afectadas.
- Capacitar y asesorar a los jueces, asesores de menores, consejeros de familia, personal interdisciplinario interviniente en estos casos, entre otras asistencias para ayudar a la revinculación social y la reconstrucción de lazos familiares de los menores restituidos.

Por otra parte La Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, dada en Montevideo el 15 de julio de 1989, ratificada por la Argentina el 15 de febrero del 2001 tiene por finalidad: "...asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares." estableciendo como competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores en el art. 6 a): "... las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención".

En la conducta descrita, sujeto activo puede ser cualquiera y el sujeto pasivo debe ser un menor de diez años, sin distinción de sexo. Molinario piensa que la sustracción cometida por los padres constituye este delito; en cambio Soler cree que

no podrá aplicarse la disposición del artículo 146 al padre que sustrae y retiene para sí a un menor, arrebatándoselo al cónyuge que legalmente lo tenía, siempre que no pueda afirmarse que se ha hecho desaparecer al menor. Decide a Soler a pensar así el hecho que la figura en análisis para nuestra ley, es algo muy distinto de la pura ofensa a derechos familiares, y consiste en hacer desaparecer al menor, en robarlo a los padres. La disposición de la ley argentina está inspirada en la figura del robo de niños tan severamente penada por las antiguas leyes españolas; consiste en el robo, en la sustracción del niño, para quedarse con él o para hacerle perder las acciones de su origen, la posesión de su real y efectiva existencia. En pocas palabras en hacer desaparecer al menor.

La pena con que el hecho es amenazado en el artículo 146 en el Código Penal argentino es un índice significativo de la señalada ascendencia legislativa. Este criterio que parece el correcto en la interpretación de nuestro texto legal ha sido seguido por la Cámara del Crimen de la Capital al entender que el padre que sustrae a su hijo del poder de la madre, con quien éste se hallaba desde la separación de hecho de ambos cónyuges, no comete el delito de sustracción de menores, sin perjuicio de que el incumplimiento de resoluciones del juez civil pueda constituir otro delito (Fallos: T. 2, pág. 419); como no lo configura, tampoco, el hecho de sustraer a un menor de la tenencia del padre para entregarlo a la madre de quién está separado (*Fallos: T. IV, pág. 232*).

Ha sido motivo de debate si la sustracción llevada a cabo por los propios padres, que han sido legítimamente privados de la patria potestad o de su ejercicio constituye este delito. En Alemania, la opinión dominante se pronuncia afirmativamente. En España, Cuello Calón participa de este punto de vista y opina respecto de los medios empleados que éstos son indiferentes. La sustracción puede ser llevada a cabo mediante violencia o valiéndose de fraude o engaño y aun con el aparente

asentimiento del menor, puesto que en su caso, tratándose de un menor de diez años, el consentimiento carece de efectos jurídicos.

En tanto que Quintano Ripollés piensa que la regla debe ser la negativa, pero que, cuando median móviles bastardos como los de venganza o codicia, nada impediría acudir a la ordinaria calificación de sustracción, por vulnerarse ya no un simple mandato de la autoridad, sino la libertad ajena, del menor, del titular o de ambos a la vez.⁷

Las acciones de sustraer, retener u ocultar que determina la figura, no son independientes, pues es innegable que aluden a autores que continúan, mediante la retención y ocultamiento del menor, con la acción de despojo.

Retener y ocultar giran alrededor de la sustracción, que es donde reside la esencia del delito, por tanto caerá en éste, quien sustrae y lo prolongue mediante la retención y el ocultamiento, como aquéllos que retienen y ocultan con conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído.

Éstas no se plantean como acciones idénticas, ni se remiten a una misma hipótesis criminal, se introducen como características diferentes que asume la conducta, aunque puedan constituir etapas por las que atraviese la misma. Si bien la sustracción principia con el desapoderamiento del titular de la tenencia del menor, se prolonga tornando permanente el delito con la retención u ocultación, y justamente con esta última el delito se agota, más allá de su anterior consumación, pues en dicha etapa el autor ha logrado la finalidad, cual es usurpar la voluntad del tenedor.

⁷ Cfr. <http://www.monografias.com/trabajos37/sustraccion-menores/sustraccion-menores2.shtml>

Los bienes jurídicos tutelados de esta figura están siendo contemplados penalmente por el legislador siempre y cuando aparezcan como delitos de alto contenido de derecho natural por sobre las conductas de derecho positivo, es decir en ámbito de la coyuntura. Por eso es que éstos últimos, parecen ceder en el orden de precedencia en el Código Penal por un reconocimiento de inferioridad de valores frente a delitos de mayor trascendencia mediática que ocupan un lugar de preeminencia. Es, por ahora el lugar al que recurren quienes nos representan al momento de legislar para la coyuntura.

Por ello estimo que el legislador, al tipificar este delito, no tuvo en cuenta la cantidad de casos donde uno de los padres resulta sujeto activo de la conducta en cuestión. Esta circunstancia privilegió la protección del bien jurídico despersonalizándolo para motivar la intervención estatal, ocasionando con ello la consiguiente generación de problemas de atipicidad y para estos casos, en la dosimetría de la pena.

La evolución del derecho, que es naturalmente dinámico, particularmente el derecho internacional, ha de implicar una sensible modificación del panorama jurídico en base al cual debe decidirse acerca de esta problemática.

La posible atipicidad de las conductas referidas a la sustracción y/o retención de los hijos por parte de uno de los cónyuges en los supuestos de separación o divorcio debe abrir el debate acerca de si no sería necesaria la inserción al Código Penal del delito de sustracción de menores como tipo delictivo con esta sustantividad propia.⁸

⁸ Cfr. <http://www.sabetodo.com/contenidos/EEVEVFuVyZcvLWZXTH.php>

5.9 DATOS ESTADISTICOS RESPECTO AL DELITO DE SUSTRACCION DE HIJO DENTRO DEL ESTADO DE MEXICO.

La suscrita me di a la tarea de buscar cual es el grado de incidencia con la que se presenta el delito en estudio, encontrándome que es muy poca o casi nula, ya que al momento de ingresar a las paginas electrónicas tanto de la Instituto INEGI, de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México; así como del Desarrollo Integral de la Familia para el Estado de México DIF, es notoriamente impactante que el Delito de Sustracción de Hijo se denuncia de manera muy escueta e incluso nula en la mayoría de los municipios que integran el Estado de México; y que inclusive es muy difícil que se emita una resolución al respecto, ya que la mayoría de las ocasiones que se ha llegado a denunciar dicho delito no se ha llegado a ninguna resolución en concreto quedando por ende inconclusos dichos trámites, ya que como se demuestra con la estadística que presento a continuación, son muchos los trámites que se dan dentro de nuestra entidad Federativa, tanto del fuero común como del fuero federal.

Año	Fuero común	Fuero federal
1997	1 490 923	73 913
1998	1 375 635	74 866
1999	1 390 467	76 169
2000	1 338 473	81 781
2001	1 438 335	74 113
2002	1 442 226	73 803
2003	1 436 669	81 230
2004	1 424 321	81 539
2005	1 415 681	89 530
2006	1 471 101	109 629
2007	1 586 363	137 289
2008	1 627 371	136 091

2009 ^a	1 665 792	130 946
2010 ^b	822 378	69 884

NOTA: Se refiere a las denuncias de hechos presentadas ante el Ministerio Público a partir de las cuales se inician las averiguaciones previas. En una denuncia de hechos puede involucrarse más de un delito, así como una o más personas responsables.

^a Las cifras del fuero común de 2009 se encuentran en proceso de validación por parte de las Procuradurías Generales de Justicia de las entidades.

^b Para 2010 las cifras se refieren al periodo enero-junio.

Incidencia Delictiva SUSTRACCION DE HIJO 2010

Tasa Estatal del Delito: 0.1

TASA

1 ACAMBAY	0.0
2 ACOLMAN	0.1
3 ACULCO	0.0
4 ALMOLOYA DE ALQUISIRAS	0.0
5 ALMOLOYA DE JUAREZ	0.0
6 ALMOLOYA DEL RIO	0.0
7 AMANALCO	0.0
8 AMATEPEC	0.0
9 AMECAMECA	0.0
10 APAXCO	0.0
11 ATENCO	0.0
12 ATIZAPAN	0.0
13 ATIZAPAN DE ZARAGOZA	0.0
14 ATLACOMULCO	0.1
15 ATLAUTLA	0.0
16 AXAPUSCO	0.0
17 AYAPANGO	0.0
18 CALIMAYA	0.0
19 CAPULHUAC	0.0
20 CHALCO	0.0
21 CHAPA DE MOTA	0.0
22 CHAPULTEPEC	0.0

23	CHIAUTLA	0.0
24	CHICOLOAPAN	0.0
25	CHICONCUAC	0.0
26	CHIMALHUACAN	0.0
27	COACALCO DE BERRIOZABAL	0.0
28	COATEPEC HARINAS	0.0
29	COCOTITLAN	0.0
30	COYOTEPEC	0.0
31	CUAUTITLAN	0.0
32	CUAUTITLAN IZCALLI	0.2
33	DONATO GUERRA	0.0
34	ECATEPEC DE MORELOS	0.1
35	ECATZINGO	0.0
36	EL ORO	0.0
37	HUEHUETOCA	0.0
38	HUEYPOXTLA	0.0
39	HUIXQUILUCAN	0.0
40	ISIDRO FABELA	0.0
41	IXTAPALUCA	0.4
42	IXTAPAN DE LA SAL	0.0
43	IXTAPAN DEL ORO	0.0
44	IXTLAHUACA	0.0
45	JALTENCO	0.0
46	JILOTEPEC	0.0
47	JILOTZINGO	0.0
48	JIQUIPILCO	0.0
49	JOCOTITLAN	0.0
50	JOQUICINGO	0.0
51	JUCHITEPEC	0.0
52	LA PAZ	0.4
53	LERMA	0.0
54	LUVIANOS	0.0
55	MALINALCO	0.0
56	MELCHOR OCAMPO	0.0
57	METEPEC	0.0
58	MEXICALTZINGO	0.0
59	MORELOS	0.0
60	NAUCALPAN DE JUAREZ	0.1
61	NEXTLALPAN	0.0
62	NEZAHUALCOYOTL	0.0
63	NICOLAS ROMERO	0.0

64	NOPALTEPEC	0.0
65	OCOYOACAC	0.0
66	OCUILAN	0.0
67	OTUMBA	0.0
68	OTZOLOAPAN	0.0
69	OTZOLOTEPEC	0.0
70	OZUMBA	0.0
71	PAPALOTLA	0.0
72	POLOTITLAN	0.0
73	RAYON	0.0
74	SAN ANTONIO LA ISLA	0.0
75	SAN FELIPE DEL PROGRESO	0.0
76	SAN JOSE DEL RINCON	0.0
77	SAN MARTIN DE LAS PIRAMIDES	0.0
78	SAN MATEO ATENCO	0.0
79	SAN SIMON DE GUERRERO	0.0
80	SANTO TOMAS	0.0
81	SOYANIKUILPAN DE JUAREZ	0.0
82	SULTEPEC	0.0
83	TECAMAC	0.5
84	TEJUPILCO	0.0
85	TEMAMATLA	0.0
86	TEMASCALAPA	0.0
87	TEMASCALCINGO	0.0
88	TEMASCALTEPEC	0.0
89	TEMOAYA	0.0
90	TENANCINGO	0.0
91	TENANGO DEL AIRE	0.0
92	TENANGO DEL VALLE	0.0
93	TEOLOYUCAN	0.1
94	TEOTIHUACAN	0.0
95	TEPETLAOXTOC	0.0
96	TEPETLIXPA	0.0
97	TEPOTZOTLAN	0.0
98	TEQUIXQUIAC	0.0
99	TEXCALTITLAN	0.0
100	TEXCALYACAC	0.0
101	TEXCOCO	0.0
102	TEZOYUCA	0.0
103	TIANGUISTENCO	0.0
104	TIMILPAN	0.0

105 TLALMANALCO	0.0
106 TLALNEPANTLA DE BAZ	0.0
107 TLATLAYA	0.0
108 TOLUCA	0.0
109 TONANITLA	0.0
110 TONATICO	0.0
111 TULTEPEC	0.0
112 TULTITLAN	0.0
113 VALLE DE BRAVO	0.0
114 VALLE DE CHALCO SOLIDARIDAD	0.0
115 VILLA DE ALLENDE	0.0
116 VILLA DEL CARBON	0.0
117 VILLA GUERRERO	0.0
118 VILLA VICTORIA	0.0
119 XALATLACO	0.0
120 XONACATLAN	0.0
121 ZACAZONAPAN	0.0
122 ZACUALPAN	0.0
123 ZINACANTEPEC	0.0
124 ZUMPAHUACAN	0.0
125 ZUMPANGO	1.3

Como puede apreciarse de las cifras anteriores la tasa Estatal referente al delito en estudio es nulo, ya que de las cifras anteriores no es un hecho cierto que todos hayan llegado a una resolución favorable para aquel que haya realizado la querrela correspondiente cuando se haya cometido en su agravio dicho delito, siendo por ello que sea tan importante la tipificación del delito de sustracción de hijo por parte legitimada, para poder así proteger los derechos de ambos padres y sobre todo brindar un desarrollo integral a los menores de edad.

5.10 EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA GACETA QUE EMITE EL GOBIERNO DEL ESTADO DE MEXICO DE FECHA 3 DE SEPTIEMBRE DE 1999.

Dicho ordenamiento legal hace referencia al tema materia de mi trabajo de investigación de una manera muy somera en su párrafo veintiséis, el cual me permito transcribir:

Otro aspecto importante se encuentra en la tipificación de sustracción de hijo, considerándose como tal el apoderamiento que el padre o la madre realiza de su propio hijo menor de edad, respecto del cual no ejerza la patria potestad a la custodia privando de ese derecho a quien legítimamente la tenga, esta conducta en la práctica se presenta con mayor incidencia cuando existen problemas familiares entre el padre o la madre del menor, particularmente, cuando ha existido una resolución judicial que ha privado de la patria potestad o la custodia a sus descendientes y en un acto de inobservancia hacia la resolución se apoderan de su menor hijo, circunstancia que justifica esta figura porque normalmente las medidas de apremio para lograr el cumplimiento de las resoluciones judiciales resultan en a mayoría de las ocasiones, ineficaces para disuadir tal conducta, por lo que la conminación penal se imponía.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El primer capítulo de mi tesis se enfoca primordialmente al estudio de derecho de familia ya que nos permite conocer todo lo relativo a esta figura jurídica y la gran importancia que tiene para que se de un buen funcionamiento de la sociedad.

SEGUNDA.- Así mismo se tocó los puntos relativos a la gran diversidad tanto de derechos como obligaciones que se derivan entre los integrantes de una familia, tomándola a esta como la célula principal de la sociedad.

TERCERA.- Una figura jurídica que tiene gran relevancia dentro del Derecho de Familia lo es la Patria Potestad, ya que es esta quien se encarga de regular o fijar el parentesco existente entre los integrantes del núcleo familiar, a través de la figura jurídica de la filiación.

CUARTA.- El Estado es quien se va a encargar de vigilar la formación de los menores dentro del núcleo familiar para que esta se la más idónea y sobre todo satisfaga las necesidades de los menores ya sea en la vertiente personal o patrimonial.

QUINTA.- Estableciendo el Código Civil vigente en el Estado de México cuales son los supuestos en que puede darse la extinción, conclusión, suspensión o pérdida de la Patria Potestad en los artículos 4.223, 4.224 y 4.225.

SEXTA.- Una vez establecidas las normas bajo las cuales se debe de dar la relación entre los miembros de una familia y de esta con el resto de la sociedad, es primordial analizar cuales son las conductas que rompen con las normas establecidas dentro del núcleo familiar.

SEPTIMA.- Siendo de gran importancia analizar lo relativo a la Teoría del Delito, así como la definición de delito, la forma en que puede ser clasificado, la materia, las personas que se involucran, los actos que se comenten etcétera.

OCTAVA.- Una vez analizado cuales son los actos que pueden ser tipificados como delitos es de suma importancia la realización del análisis del delito de sustracción del hijo contemplado en el artículo 263 del Código Penal del estado de México.

NOVENA.- Siendo por ello que se toman los antecedentes del delito en comento para tener un panorama más amplio y de esta manera contar con una mejor conceptualización del mismo.

DECIMA.- Siendo de suma importancia saber cuales son los elementos y acciones que son realizadas por un sujeto activo para que se de la tipificación de dicho delito.

DECIMA PRIMERA.- Estableciendo de esta manera un análisis más profundo del delito de sustracción de hijo cuando es realizado por alguna de las partes legitimadas o tiene a su favor la figura jurídica conocida como guarda y custodia, privando al otro del derecho de visita y convivencia.

DECIMA SEGUNDA.- En mi consideración el Delito de Sustracción de Hijo es omisa ya que deja en total estado de indefensión al padre que no cuenta con la Guarda y Custodia respecto de su menor hijo ya que de propia autoridad y sin ningún mandamiento legítimo se apodera de este, obstaculizando de esta manera el derecho de visita y convivencia que le asiste al otro padre.

DECIMA TERCERA.- En consecuencia de lo anterior se esta privando de dicho derecho a quien legítimamente cuenta con el derecho de visita y convivencia, siendo por ello que debe de equipararse el delito de Sustracción de Hijo cuando no se lleve

acabo lo establecido con anterioridad y máximo cuando se cambie la residencia del menor de manera unilateral.

PROPUESTA

Como lo he mencionado en el cuerpo del presente trabajo es importante realizar un análisis lógico jurídico del Delito de Sustracción de Hijo, contemplado en el artículo 263 del Código Penal para el Estado de México, ya que en el mismo a mi consideración es omiso en el sentido de que solamente se considera como ilícito este delito cuando se realiza el apoderamiento respecto del hijo del cual no se ejerce la Patria Potestad o la Custodia, ya sea por parte del padre o la madre e incluso los familiares que llegasen a participar en dicho apoderamiento, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, dicha descripción es omisa pues únicamente prevé tal supuesto, pero que pasa cuando el apoderamiento del menor es realizado por persona que se encuentra debidamente legitimada, es decir ya sea ejerciendo sobre el menor la Patria Potestad, la Guarda o Custodia, es en esta situación cuando se deja en total estado de indefensión al padre o madre que no cuenta con dicha prerrogativa pero que se encuentra ejerciendo la Patria Potestad sobre el mismo, cuando el que tiene en su poder al menor priva del Derecho que le asiste al otro del Derecho de Visita y Convivencia que le asiste por el hecho de seguir ejerciendo sobre el menor la Patria Potestad.

Retomando la situación anterior, hoy en día la mayoría de las ocasiones en un afán de hacer imposible dicho Derecho de Visita y Convivencia con alguno de los padres, lo cual considero una actitud totalmente egoísta por parte de los padres, se da el supuesto de que el que tiene al menor bajo su cuidado opta por extraerlo del lugar de residencia y en algunos casos extremos cambiar de país, sin dar aviso alguno al otro y este no cuenta con algún delito en particular que vele por sus intereses ya que como lo he mencionado el Delito de sustracción de Hijo se tipifica siempre y cuando el apoderamiento sea realizado por persona que no cuente con legitimación alguna sobre el menor, es por ello que la suscrita considero que dicho delito debe de ser equiparable cuando es cometido por persona legitimada y de esta manera se estarían salvaguardando no solo los derechos de los padres o familiares

según se a el caso, sino que se garantizaría un mejor desarrollo de los menores de edad, proporcionándoles de esta manera un ambiente idóneo para su crecimiento no solo como persona sino como individuos de una sociedad.

Motivo por el cual, la suscrita consideró que el delito de sustracción de hijo debe de tipificarse de la siguiente forma dentro del Código Penal para el Estado de México:

“Artículo 263 Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual ejerzan o no la patria potestad o la guarda y custodia, y priven del derecho de visita y convivencia a quien legítimamente le asista, se le impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.

Este delito se perseguirá de oficio.”

FUENTES DE INFORMACION

a) BIBLIOGRAFICAS

ALVAREZ, José María. *Instituciones de Derecho de Castilla y de Indias*. Volumen I, UNAM, 1982. 288 pp.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía BUENROSTRO BAEZ, *Derecho de Familia y Sucesiones*. Editorial Harla, México 1990.

BELLUSCIO, Cesar Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. Ediciones de Palma, 5a. ed., Buenos Aires, 1988. 461 pp.

BONNECASE, Julien. *La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia*. [Trad. Lic. José M. Cajica Jr.], Volumen II, Editorial Cajica, Puebla, México, 1945, 359 pp.

BONET Ramón, Francisco. *Compendio de Derecho Civil*. Madrid 1960. Citado por D' Antonio, Daniel Hugo. *Patria Potestad*. Editorial Astrea, Buenos Aires 1979.

BRAMOT ARIAS, Luis Alberto & GARCIA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 4ª Edición Aumentada y Actualizada. Editorial San Marcos. 1997, 715 pp.

CAFFERATA, José Ignacio. *La Guarda de Menores*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1978, 127 pp.

CARRARA, Francesco. Biblioteca Clásicos del Derecho. *Derecho Penal*. Volumen 3. Editorial Harla, 230 pp.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Las Causas que Excluyen la Incriminación* (Derecho Mexicano y Derecho Extranjero). Editorial U.A.E.M., México, 1944, 402 pp.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*. Editorial Porrúa, 3a. ed., México 1994, 526 pp.

D' ANTONIO, Daniel Hugo. *Patria Potestad*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, 208 pp.

DE IBARROLA, Antonio. *Derecho de Familia*. 4a. Edición, Editorial Porrúa, México. 1993, 608 pp.

DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción-Personas-Familia*. Volumen Primero, Editorial Porrúa, 17a. ed., México 1992, 404 pp.

DICCIONARIO DE DERECHO. DE PINA, Rafael. Editorial Porrúa S.A., México, 1965, 329 pp.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto De Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. Editorial Porrúa, 13a. ed., México 1999, Cuatro Tomos.

EJECUTORIA SUPERIOR DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE SAN MARTIN, del 04 de diciembre de 1998. EXPEDIENTE N° 97-0062.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEO AMERICANA, Editorial Espasa-Calpesa. Editores Tomo XXIII. Madrid. 1644 pp.

FLORIS MARGADANT S., Guillermo F. *Derecho Romano*. Editorial Esfinge, 14a. ed., México, 1986, 530 pp.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil, Primer Curso, Parte General. Personas, Familia*. Editorial Porrúa, 7a. ed., México, 1975, 404 pp.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, S.A. MEXICO 1993.

HARO LAZARO, Cesar. *Tratado de Derecho Penal Parte Especial tomo I. Afa*. Editores importadores SA. Edición 1999, 345 pp.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS UNAM, *Derechos de la Niñez*. México, 1990, 291 pp.

J. NODARSE. José. *Elementos de Sociología*. 3ª edición, Editorial Harla, 256 pp.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del Delito*. Editorial Porrúa, 8ª. Ed., México 2000, 313pp.

MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa, 5a. ed., México 1992, 429 pp.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial tomo I*. Idemsa. Edición noviembre de 2008, 411 pp.

PLANIOL, Marcel Y Georges RIPERT. *Derecho Civil*. [Trad. Leonel Pereznieta y Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V.], Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 8. Editorial Harla, México 1997. 1563 pp.

REYES ECHANDIA, Alfonso. *Culpabilidad*. Editorial Themis 2ª reimpresión, 5a. ed., Santa Fe de Bogota-Colombia, 1999, 229 pp.

REYES Echandia, Alfonso. *Tipicidad*. Editorial Themis 2ª reimpresión, 6a. ed., Santa Fe de Bogota-Colombia, 1999, 299 pp.

RECASENS, Siches Luis. *ETAPAS EN EL DESARROLLO DE UNA FAMILIA* Editorial Porrúa 5ª edición, Editorial Porrúa, México 1994, 340 pp.

SALINAS Siccha, Ramiro. *DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL*. Editorial Grijley. Segunda Edición mayo de 2007, 456 pp.

SOTO Alvarez, Clemente. *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*. Editorial Limusa México, 2a. ed., México, 1981, 390 pp.

VILLA STEIN, Javier. *DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL I-A*. Editorial San Marcos. Edición 1997, 522 pp.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, 360 pp.

b) LEGISLATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México, 2010.

Código Penal vigente en el Estado de México. Editorial Sista, México 2010.

Código Civil Vigente en el Estado de México. Editorial Sista, México 2010.

Código de Procedimientos Civiles Vigente en el Estado de México. Editorial Sista, México 2010.

c) INFORMATICAS

<http://www.innatia.com/s/c-organizacion-familiar/a-definicion-de-familia.html>

<http://www.derecho.unam.mx/papime/TeoriadelDelitoVol.II/cinco.htm>

http://noticias.juridicas.com/base_datos/penal/109-2002.htm

http://www.apadeshi.org.ar/convencion_de_la_haya_retencion.htm

www.presidencia.gob.mx