



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MÉXICO**

---

---

**INSTITUTO PATRIA BOSQUES**

**UNAM 8820-09**

**“PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 173  
DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO  
FEDERAL SOBRE LA RETENCIÓN Y  
SUSTRACCIÓN DE MENORES POR QUIENES  
EJERCEN LA PATRIA POTESTAD”**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:**

**LICENCIADA EN DERECHO**

**P R E S E N T A:**

**ADRIANA ISABEL SÁNCHEZ MARTÍNEZ.**

**ASESOR: LICENCIADA ARACELI NICOLÁS GONZÁLEZ**

**MÉXICO**

**2016**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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



# INSTITUTO PATRIA BOSQUES

## UNAM 8820

### AUTORIZACIÓN DE IMPRESIÓN DE TESIS

**C. DIRECTOR GENERAL DE INCORPORACIÓN Y REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS, UNAM.  
PRESENTE.**

Me permito informar a usted que la tesis titulada:

"PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE LA RETENCIÓN Y SUSTRACCIÓN DE MENORES POR QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD"

Elaborada por:

- |    |         |          |                |           |
|----|---------|----------|----------------|-----------|
| 1. | SÁNCHEZ | MARTÍNEZ | ADRIANA ISABEL | 303746489 |
| 2. |         |          |                |           |
| 3. |         |          |                |           |

Apellido Paterno                      Apellido Materno                      Nombre (s)                      Num. expediente

alumna (s) de la carrera de LICENCIATURA EN DERECHO

reúne los requisitos académicos para su impresión.



11 de MAYO del 2016

LIC. ARACELI NICOLÁS GONZÁLEZ  
Nombre y firma del  
Asesor de la Tesis

INSTITUTO PATRIA BOSQUES  
LICENCIATURA EN  
DERECHO  
Clave de Incorporación  
UNAM 8820-09  
Acuerdo CIRE 30/97 del  
18/03/1997.

\_\_\_\_\_  
sello de la  
institución

LIC. PATRICIA VARGAS MÉNDEZ  
Nombre y firma del  
Director Técnico de la carrera

## **AGRADECIMIENTOS**

Esta tesis representa un parte aguas entre una etapa muy enriquecedora y el camino que el tiempo me obliga a seguir. En toda la experiencia universitaria y la conclusión del trabajo de tesis, ha habido personas que merecen las gracias porque sin su valiosa aportación no hubiera sido este trabajo y también hay quienes las merecen por haber plasmado su huella en mi camino.

### **A DIOS:**

Ser maravilloso que me dio la fuerza, la fe, vida y salud para permitirme terminar este trabajo que me parecía imposible, gracias padre por no dejarme caer ni vencer ante tanta adversidad, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente; por haberme dado la enorme dicha y bendición de tener a los mejores padres del mundo y por haber puesto en mi camino a todas aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo este periodo.

Gracias infinitas padre mío.

### **A MARIO REY SÁNCHEZ ESPINOSA:**

Mi padre, porque eres mi guía, mi ejemplo a seguir como madre que ahora soy, por estar siempre para mí pese a tantos errores que he cometido, por enseñarme a ser perseverante y paciente a ponerme pasos fijos para alcanzar mis metas, por enseñarme que nunca es tarde para aprender algo, que siempre es bueno seguir aprendiendo , por creer en mí y aunque tardé en finalizar gracias por darme la oportunidad de realizarme en esta profesión, por darme siempre sabios consejos en el momento exacto para no dejarme caer y enfrentar los momentos difíciles, eres la mejor persona del mundo te amo con todo mi ser y te agradezco infinitamente por todo lo que has hecho por mí y ahora por mis hijas que tengo la seguridad que te aman con todo su corazón.

Gracias, papá.

### **A MARÍA DE LOURDES MARTÍNEZ VILLAGÓMEZ:**

Mi mamá, te agradezco con el corazón por haberme dado la vida, por siempre estar ahí para levantarme de tantos momentos difíciles, en verdad que eres un ángel que me ha cuidado siempre, eres una gran amiga, ejemplo de mujer

perseverante y siempre dispuesta a dar todo por los demás, me has enseñado a pelear contra adversidad que es una condición dolorosa pero pasajera, me has hecho comprender que nunca estaré sola pues siempre contare con tu apoyo y amor, ahora eres el ejemplo de madre a seguir y espero poder estar a tu altura y ser la madre perfecta para mis hijas como tú lo eres para mí. Te amo mamá.

Gracias, mamita.

#### **A CAROLINA Y SOFÍA MUÑIZ SÁNCHEZ:**

Hijas todo este esfuerzo es para ustedes, las amo con todo mi ser y con todo mi corazón, ha sido difícil y a veces creí imposible continuar pero ustedes dos son mi sostén esa fuerza y coraje para seguir adelante y no dejarme vencer por nada. Espero que el día que puedan leer estas líneas se sientan orgullosas de la madre que tienen, ya que todo lo que hago es por ustedes y su bienestar . las amo mis vidas.

#### **A CARLOS, NANCY Y CHRISTIAN SÁNCHEZ MARTÍNEZ:**

Mis hermanos, Carlos; gracias por estar conmigo tanta en las buenas como en las malas, eres un gran ser humano que tengo la seguridad de que llegarás muy lejos, me siento muy orgullosa de ti y de cada paso que das, eres gran ejemplo de perseverancia y de lucha pues has conseguido lo que te has propuesto, siempre estaré para ti para lo que necesites, te amo. Nancy; hermanita loquita estoy completamente en deuda contigo porque no solo has sido una excelente hermana sino ahora también una excelente tía y sabes que todo el amor que les das a mis hijas sé que dios te lo recompensara de la mejor manera, gracias por todo el apoyo incondicional que me has dado, te amo. Christian el más pequeño quizá de edad pero tienes un corazón que vale oro, eres noble y también muy perseverante y dedicado que es lo que más admiro de ti, dios te bendiga siempre hermano, te amo. Y a los tres les agradezco por estar a mi lado y ahora al lado de Sofía y de Caro por quererlas, por apoyarme en todos los momentos difíciles y por estar en los más importantes, ya que con su amor y apoyo siempre he salido adelante. Los amo mucho.

Gracias, hermanos.

### **A RODOLFO MARTÍNEZ SERRANO Y TERESA VILLAGÓMEZ RODRÍGUEZ:**

Mis abuelitos, aunque físicamente ya no están presentes en mi corazón y en mi mente siempre estarán vivos, tengo la certeza que desde el lugar donde están guían y cuidan mis pasos y ahora los de mis nenas. Los amo y los extraño.

Gracias, mi mami y mi papi.

### **A MARIANO SÁNCHEZ ALVARADO Y OLIVA ESPINOSA RUEDA:**

Mis abuelitos los amo y les agradezco infinitamente porque gracias a su ejemplo y apoyo pude tener como padre a un hombre ejemplar. Físicamente abuelito no te conocí pero tu ejemplo sigue vivo en el hombre que es mi padre. Como padre y como persona fuiste un ángel siempre llenado de amor a tus hijos, ahora gracias eso existe en el mundo un hombre amoroso y que es un gran ejemplo. Abuelita a ti agradezco los cuidados de pequeña y el apoyo que me brindaste.

Gracias, abuelitos.

### **A TRINIDAD SÁNCHEZ ESPINOSA:**

Mi tío, te agradezco por todo el cariño que siempre me has brindado, por la comprensión el apoyo y por darme consejos para mi bienestar, te agradezco por ser siempre un apoyo desinteresado, por mostrarme tanto tus fortalezas como debilidades. Te quiero mucho.

Gracias, tío.

### **AL LICENCIADO NOÉ MORALES VÁZQUEZ.**

Gracias por todo el apoyo que en su momento me brindó para poder realizar esta tesis, por compartir sus experiencias y conocimientos, sé que tarde pero el trabajo está finalizado.

Gracias, Lic. Noé.

### **A TODOS MIS PROFESORES.**

Gracias por haberme brindado un poco de su tiempo y de sus conocimientos, para que gracias a ellos pueda verme reflejada como una excelente profesionista.

Gracias Licenciada Patricia Vargas Méndez por apoyarme en este trabajo.

Gracias.

### **AL INSTITUTO PATRIA BOSQUES:**

Le agradezco por haberme abierto las puertas y permitirme ser orgullosamente egresada de tan noble institución.

Gracias.

### **A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO:**

Le agradezco por dar la oportunidad de prepararnos profesionalmente a un sin número de mexicanos, los cuales esperamos hacer de nuestro país un lugar mejor.

**“PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE LA RETENCIÓN Y SUSTRACCIÓN DE MENORES POR QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD”**

**ÍNDICE**

**INTRODUCCIÓN.....I**

**CAPÍTULO 1**

**“SÍNTESIS HISTÓRICA DE LA FIGURA DE LA PATRIA POTESTAD”.**

**1.1 LA PATRIA POTESTAD EN ROMA.....1**

    1.1.1 LA POTESTAD PATERNAL.....3

    1.1.2 DERECHOS SOBRE LOS HIJOS.....5

    1.1.3 EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN ROMA.....7

**1.2 ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA PATRIA POTESTAD EN MÉXICO.....8**

    1.2.1 EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE GARCÍA GOYENA.....8

    1.2.2 CÓDIGO CIVIL DE 1870.....11

    1.2.3 CÓDIGO CIVIL 1884.....13

    1.2.4 LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.....15

    1.2.5 CÓDIGO CIVIL DE 1928.....18

**CAPÍTULO 2**

**“GENERALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD”.**

**2.1 LA PATRIA POTESTAD.....25**

    2.1.1 CONCEPTO.....25

    2.1.2 CONCEPTO DE MENOR.....26

    2.1.3 SUJETOS LEGITIMADOS PARA EJERCER LA PATRIA POTESTAD.....29

<b>2.2 EL PARENTESCO</b> .....	30
2.2.1 TIPOS, GRADOS Y LÍNEAS DE PARENTESCO.....	32
<b>2.3 LA GUARDA Y CUSTODIA SOBRE MENORES Y SUS EFECTOS JURÍDICOS</b> .....	36
2.3.1 CONCEPTO.....	36
2.3.2 SUJETOS LEGITIMADOS PARA EJERCER LA GUARDA Y CUSTODIA.....	46
2.3.3 RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS.....	47
<b>2.4 AUTORIDAD COMPETENTE QUE DETERMINA LAS LIMITACIONES Y PÉRDIDA DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD</b> .....	50
<b>2.5 EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LA PERSONA DE LOS HIJOS</b> .....	64
<b>2.6 PÉRDIDA, SUSPENSIÓN, LIMITACIÓN Y TERMINACIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD</b> .....	71
<b>2.7 MEDIDAS DE APREMIO QUE IMPONE LA AUTORIDAD JUDICIAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES RESPECTO DE LA PATRIA POTESTAD</b> .....	79

### **CAPÍTULO 3**

#### **“CONDUCTAS DELICTIVAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES RESPECTO DE LA PATRIA POTESTAD”.**

<b>3.1 DESOBEDIENCIA DE PADRES O TUTORES</b> .....	84
<b>3.2 PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD</b> .....	86
3.2.1 CONCEPTO DE LIBERTAD.....	87
3.2.2 LIBERTAD JURÍDICA.....	88
<b>3.3 RETENCIÓN Y SUSTRACCIÓN DEL MENOR EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD</b> .....	92
3.3.1 CONCEPTO DE RETENCIÓN.....	92
3.3.2 CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN.....	93
3.3.3 SUJETOS.....	93
3.3.3.1 SUJETO ACTIVO.....	93
3.3.3.2 SUJETO PASIVO.....	94

## CAPÍTULO 4

### **“ANÁLISIS DE LOS CONFLICTOS SURGIDOS EN LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD EN SU MODALIDAD DE SUSTRACCIÓN O RETENCIÓN DEL MENOR RESPECTO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL ARTICULO 366 QUATER DEL CÓDIGO PENAL DE 1931 Y EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL”.**

<b>4.1 LA SUSTRACCIÓN Y RETENCIÓN DEL MENOR COMETIDA POR LOS PADRES EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD PREVISTA EN EL ARTICULO 366 QUATER DEL CÓDIGO PENAL DE 1931.....</b>	<b>95</b>
4.1.1 CUANDO AMBOS PADRES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD SIN LIMITACIONES.....	96
4.1.2 CUANDO EXISTE GUARDA Y CUSTODIA DEFINITIVA PARA ALGUNO DE LOS PADRES.....	98
4.1.3 CUANDO ALGUNO DE LOS PADRES TIENE DERECHO A CONVIVIR Y VISITAR AL MENOR.....	99
4.1.4 CUANDO ALGUNO DE LOS PADRES PIERDE LA PATRIA POTESTAD MEDIANTE RESOLUCIÓN JUDICIAL.....	100
<b>4.2 LA SUSTRACCIÓN Y RETENCIÓN DEL MENOR COMETIDA EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....</b>	<b>100</b>
4.2.1 CUANDO ALGUNO DE LOS PADRES NO EJERCE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS.....	102
4.2.2 CUANDO EXISTE GUARDA Y CUSTODIA DEFINITIVA PARA ALGUNO DE LOS PADRES.....	102
<b>4.3 ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LAS HIPÓTESIS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 366 QUATER DEL CÓDIGO PENAL DE 1931 Y EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....</b>	<b>103</b>
<b>4.4 PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....</b>	<b>106</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>109</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>115</b>

## INTRODUCCIÓN.

Dentro de nuestra sociedad la familia juega un papel importante debido a que resulta ser la columna principal de la misma, la familia se encuentra constituida por un grupo de personas unidas por un vínculo jurídico que surge al descender unas de otras y cuya finalidad principal es la protección de los miembros de ésta. Dentro de la familia surge la institución de la patria potestad, la cual tiene su origen en el Derecho Romano ya la familia debía ser encabezada por el *pater familias*, quien tenía el derecho para decidir lo que más convenía a la misma; a través del tiempo la familia se ha visto alterada por fenómenos sociales que radican principalmente en conflictos entre la pareja, por diversas causas ya sea económicas, sentimentales o de otra índole, lo que lleva a una situación de peligro para el sano desarrollo de la misma pero principalmente de los menores en caso de haberlos.

Es por ello que a través de los tiempos se han creado leyes a efecto de establecer un sano desarrollo de la familia, ejemplo de estas son; el proyecto del Código Civil Español de García Goyena, el Código Civil de 1870, el Código Civil de 1884, la ley de Relaciones Familiares de 1917 y el Código Civil de 1928, las cuales principalmente aportaron lineamientos y requisitos para que el juzgador cuente con mayores elementos para decidir lo que más conviene a los intereses de la familia y sobre todo a los menores, indicándonos con toda objetividad cuales son los derechos de los padres y de los menores, pero es bien cierto que la facultad que tienen los padres sobre sus hijos debe proteger los intereses de los mismos en lo relativo a la institución de la Patria Potestad, estableciéndose reglas para determinar a quién corresponde el ejercicio de esta Institución, en los casos en que los padres del menor estuvieran separados, estableciendo así la guarda y custodia del menor y el derecho de convivencia de los menores con sus padres, derecho que no podrá impedirse sino por causa justa y mediante declaración judicial.

## II

El menor desde el punto de vista biológico es la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado una madurez plena y desde el punto de vista jurídico es la persona que por carencia de plenitud biológica, y por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta cumplir la mayoría de edad, restringiendo la ley, su ejercicio de los derechos que le corresponden, lo que implica que no pueda decidir sobre lo que quiere, en donde o con quien quiere estar o tomar decisiones trascendentes en relación a su persona o sus bienes y por tanto es uno de los individuos que más atención necesita por parte del seno familiar y del Estado. En México son menores los que no han cumplido 18 años de edad, tal como lo dispone el artículo 34 de la Constitución Federal.

La patria potestad implica derechos de los padres hacia los hijos, tales como el de convivir con los mismos, lo cual es consecuencia natural de la función de la patria potestad, y el de tener a sus hijos bajo su guarda y custodia, lo anterior deriva en el hecho de que no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y quienes ejercen la patria potestad. La patria potestad es pues, el derecho que los padres ejercen sobre sus hijos con la finalidad de protegerlos, educarlos, instruirlos y cuidar sus intereses patrimoniales.

Dentro del Derecho Penal también existen normas relativas a la familia que sancionan conductas realizadas por los padres en agravio de los hijos, tal y como lo es el delito de **la retención y sustracción de menor**.

El objetivo de la investigación es analizar las hipótesis que a través de los años han tipificado la retención y sustracción de menores, siendo este delito prácticamente nuevo ya que en 1996 se adicionó el artículo 366 Quater al Código Penal de 1931, relativo al tema que nos ocupa, el cual durante su vigencia no sufrió modificación alguna, y su redacción se encontraba confusa en el primer párrafo, posteriormente con la abrogación del Código Penal de 1931 y entrada en vigor del nuevo Código Penal para el Distrito Federal del 12 de noviembre del

### III

2002, se tipifica nuevamente la retención y sustracción de menor, siendo ésta hipótesis omisa en algunos aspectos.

Debido a que aun con las reformas que ha sufrido el artículo 173 del Código Penal para el Distrito Federal, existen lagunas que aún no se han corregido por eso la propuesta de reforma del artículo relativo a la retención y sustracción de menores.

## CAPÍTULO 1

### “SÍNTESIS HISTÓRICA DE LA FIGURA DE LA PATRIA POTESTAD”.

#### 1.1 LA PATRIA POTESTAD EN ROMA.

La familia romana estaba constituida por un grupo de personas que vivían sometidas al poder doméstico de un solo jefe de casa.

“Las personas consideradas dentro de la familia se dividían en dos clases:

- a) *SUI IURIS*: las cuales eran las personas con toda autoridad y quienes ejercían plenos derechos sobre los demás miembros de la familia por lo que el pater familias o jefe de familia era considerado como *sui iuris*. El término *sui iuris* implica el derecho de tener patrimonio, de adquirir bienes, y también de ejercer derechos sobre las personas que le servían.”<sup>1</sup>

“Entre las facultades que se concedían al pater familias encontramos:

- 1.- autoridad de amo sobre el esclavo: *Domenica Potestad*;
- 2.- la patria potestad o autoridad paternal y;
- 3.- la autoridad sobre la mujer, *la manus*.

El otro grupo de personas que formaban la familia eran los:

- b) *ALIENI IURIS*: quienes eran los sometidos a la autoridad de otro.

---

<sup>1</sup> ÁLVAREZ, José María, “Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982. Pág. 119.

La constitución de la familia romana tiene como base principal el parentesco, el cual es considerado como el vínculo jurídico que liga entre sí a las personas que descienden de una misma estirpe.”<sup>2</sup>

Los romanos distinguieron el parentesco civil, (agnatio) y el parentesco natural, (cognatio).

La "agnación" es el vínculo que une a los parientes por línea masculina, es decir, comprende a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo pater familias.

La "cognación" es el vínculo de sangre que une a las personas descendientes unas de otras (línea recta) o que descienden de un mismo autor común (línea colateral), sin distinción de sexo.

La familia "agnatia" tenía funciones principalmente políticas y económicas; y la familia "cognada" tenía funciones éticas.

En un principio el derecho romano solo reconocía el parentesco civil (agnatio), ya que entre cognados no existía ningún lazo jurídico. Sin embargo, dicho parentesco fue tomado en cuenta por el derecho civil en materia de impedimentos matrimoniales. Posteriormente el derecho honorario y la legislación imperial prestaron mayor atención al parentesco de sangre.

El parentesco se limita por la proximidad de las personas con respecto al tronco, y la ley lo regula por la línea y el grado. La línea se considera como la serie de personas que proceden de otra. Dicha línea puede ser recta o colateral.

---

<sup>2</sup> Ibídem Pág.120.

a) La línea recta se constituye entre las personas que descienden unas de otras, puede ser ascendente (padre, abuelo, bisabuelo etc.) y descendente (hijo, nieto, bisnieto etc.).

b) La línea colateral está formada por la serie de personas que descienden de un tronco común, pero sin descender unas de las otras (hermanos, tíos, sobrinos, primos etc.).

El lazo de afinidad se establece entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral, del otro cónyuge.

Respecto de los grados de parentesco puede haber tantos como generaciones. En la línea recta, cada generación es un grado.

### 1.1.1 LA POTESTAD PATERNAL.

La institución de la patria potestad, como hemos visto, se origina en el derecho romano, y el mismo nombre denuncia su origen y su carácter. Ahora bien, la familia romana está caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal: la soberanía del padre o del abuelo paterno, quienes eran dueños absolutos de las personas colocadas bajo su autoridad, por lo tanto el jefe de familia arreglaba a su manera la composición de la familia, pudiendo excluir a sus descendientes por la emancipación, y por la adopción, hacer ingresar algún extraño a la familia.

“El poder de la potestad paternal se extiende sobre todas las adquisiciones del padre o del abuelo paterno y las de los miembros de la familia, ya que se concentran en un patrimonio único, sobre el cual solo él ejerce los derechos de propietario.”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Ibídem. Pág. 121.

“Dentro de las instituciones de Justiniano se establece literalmente que: "bajo nuestra potestad se hallan nuestros hijos a quienes procreamos en justas nupcias", entendiéndose que las nupcias o matrimonio consisten en la unión del hombre y de la mujer, llevando consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible. El derecho de potestad que se tenía sobre los hijos, era propio de los ciudadanos romanos, por lo que Justiniano al respecto estableció: el que nace de ti y de tu esposa, se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto o tu nieta, y de la misma manera tu bisnieto o bisnieta, y así los demás. Mas el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su padre.”<sup>4</sup>

Esta organización tiene como base la preeminencia del padre en donde la madre no juega ningún papel en la familia, es decir la mujer carecía de cualquier autoridad.

“La obligación de los parientes de protegerse mutuamente es uno de los corolarios del principio de familia. La idea de la autoridad suprema reina en todo el derecho privado antiguo, el jefe de familia goza de un poder casi ilimitado sobre los familiares, ya que ningún tercero, tiene derecho a intervenir en los asuntos domésticos, los disentimientos interiores no pueden debatirse fuera del hogar, el padre es el Juez de la morada romana, y si no restablecía la concordia lo único que podía hacer era acusarse a sí mismo por no haber sabido conservar su autoridad, manteniendo desde el principio la autoridad moral necesaria.”<sup>5</sup>

Por lo que debe advertirse que la palabra "potestas" no se identifica con el poder que la naturaleza concede, ni con el sentimiento general de los hombres, la mayor parte de los pueblos otorgan al padre la facultad para la educación del hijo, en bien de toda la familia, pues la potestad paterna, consistía en que el hijo era considerado como una cosa que estaba dentro del dominio quirritario del jefe de familia. Equiparándose su condición, a la del esclavo.

---

<sup>4</sup> ORTOLAN, M., “Instituciones de Justiniano”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1989, Pág. 42.

<sup>5</sup> *Ibíd.* Pág. 43.

Así pues, entendemos que la patria potestad es el poder que tiene el jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil, siendo la patria potestad una institución del derecho civil, que sólo puede ejercerla el ciudadano romano sobre su descendiente, cuya finalidad no es la protección del hijo, sino el Interés del jefe de familia.

### 1.1.2 DERECHOS SOBRE LOS HIJOS.

“La patria potestad de los romanos como consecuencia del dominio quirritario, era de derecho civil, ya que no tenía los límites que la razón y el consentimiento general de los pueblos suelen prefijarse, pues ni competía a ambos padres, ni reconocía por objeto principal la educación de los hijos, ni terminaba cuando éstos podían llegar a constituir otras familias. Por tal motivo, el padre en su calidad de juez domestico tenía el derecho de vida y muerte sobre su hijo, toda vez que podía venderlo, entregar al hijo por un delito, hacer propias todas sus adquisiciones y extender sobre sus nietos el mismo poder ilimitado.”<sup>6</sup>

La autoridad paternal no consiste sólo en el revestimiento de una facultad encargada del ejercicio de un mando, sino en una fuerza similar al imperio, que vigorosa y severamente se exterioriza como un dominio que abarca la protección y la tutela de la familia en forma excepcional y que, obligándola a estarle sometida, establecía un sistema monárquico en la relación familiar.

“El pater familias era considerado como un magistrado doméstico, tenía poderes de vida y de muerte sobre las personas que le estaban sometidas, teniendo también facultades para imponer a los hijos las penas más rigurosas, y a la vez, estaba en condiciones de emanciparlos y de abandonarlos”.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> VENTURA SILVA, Sabino, "Derecho Romano", Curso de Derecho Privado, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1988. Pág. 165.

<sup>7</sup> *Ibidem*. Pág. 166.

En el aspecto patrimonial, el hijo estaba en una condición similar a la del esclavo, pues carecía de facultades para tener bienes propios, ya que el patrimonio le correspondía exclusivamente al pater familias. En el momento que llegare a obtener cualquier bien, automáticamente pasaba al patrimonio paterno, a éste respecto Gayo consideró que si los hijos habían contribuido a aumentar el caudal de los bienes del padre, podían tener una especie de copropiedad, la cual estaría latente durante la vida del pater y sólo podría manifestarse a la muerte del pater por medio del derecho hereditario.

A fines del siglo II A. de C. los poderes del pater familias se redujeron a un sencillo derecho de corrección. No se podía castigar con la muerte, sino mediante acusación ante el magistrado seguido de juicio y concluyendo con una sentencia.

Constantino estableció que el que hubiese mandado matar a su hijo sería castigado como parricida; así también el pater podía mancipar a su hijo o darlo a un tercero, de donde nacía la llamada *mancipium*. De ésta forma el hijo tenía una condición semejante a la de un esclavo, aunque ésta situación sólo era temporal.

La venta del hijo sólo se permitía cuando el padre estaba en situación miserable y el que adquiría al *alieni iuris* se comprometía a liberarlo al cabo de un tiempo, si no cumplía con lo establecido, el censor podía anular el *mancipium*, quedando el hijo bajo la autoridad paternal original.

“En la época de Caracalla, la venta de los hijos se declaró ilícita, sólo se permitía en caso de necesidad para procurarse alimentos. Posteriormente, Diocleciano prohibió la enajenación de los hijos de cualquier manera, ya sea por venta, donación o empeño; pero Constantino renovó la práctica de enajenación de los hijos cuando el pater familias era un indigente y abrumado por la necesidad, podía vender al hijo recién nacido, con el derecho exclusivo de volver a incorporarlo hogar”.

8

---

<sup>8</sup> PETIT, Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Editorial Porrúa, México, 1977. Pág. 237.

Algunos autores señalan que en las legislaciones de derecho escrito, con antecedentes romanos, la patria potestad tiene un carácter favorable al padre. En el orden de los atributos otorgados por el derecho de la patria potestad, se enumeran los siguientes derechos y obligaciones:

- a) El derecho y las obligaciones correlativas de la educación y del mantenimiento.
- b) El derecho de corrección y el disfrute legal de los bienes de los hijos.
- c) El derecho de tutela legal.
- d) La administración legal.
- e) El derecho de consentir el matrimonio, así como la adopción.
- f) El derecho de emancipar al hijo y.
- g) El derecho del padre o madre supérstite para designar un tutor testamentario.

### 1.1.3 EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN ROMA.

“Ahora veamos de qué manera se extinguía la patria potestad ejercida por el *pater familias*:

1.- Por la muerte del *pater* o por su *capitis deminutio*-máxima o media. Aquel que por algún crimen ha sido deportado a una isla pierde los derechos de ciudad, es decir, su nombre es borrado del numero de los ciudadanos romanos, cesando su derecho a ejercer la patria potestad sobre los que estaban bajo su poder.

2.- Por la muerte del hijo o por su *capitis deminutio*-máxima o media. Con igual razón el hijo que se halla bajo la patria potestad, cesa de estar sometido a ella cuando es deportado. Pero si obtuvieran la clemencia del príncipe, recobran su antiguo estado.

3.- Otra causa de extinción era, cuando se hacía esclavo de la pena, el pater familias deja de tener a sus hijos bajo su potestad. Se hacen esclavos de la pena los condenados a las minas y los expuestos a las fieras.

4.- El hijo de familia que es soldado, senador o cónsul, permanece bajo la potestad de su padre, pues ni la milicia, ni la dignidad consular libra a un hijo de la potestad de su padre. Pero según la constitución de aquel entonces, la elevada dignidad de patricio, inmediatamente después que sean expedidas las patentes imperiales, liberta al hijo de la potestad de su padre.

5.- Por la emancipación. Este acto se hacía según las antiguas formalidades de la ley que se celebraban por medio de ventas ficticias.

6.- por la entrada del hijo al sacerdocio.

7.- por la exposición del hijo y la prostitución de la hija.

8.- Por la celebración de un matrimonio incestuoso por parte del padre.”<sup>9</sup>

## **1.2 ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA PATRIA POTESTAD EN MÉXICO.**

### **1.2.1 EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE GARCÍA GOYENA.**

El proyecto del Código de García Goyena concluido en 1851, procede de una multiplicidad de fuentes, siendo el Código Francés como inspiración principal, así como el Digesto, las Partidas, el Código Sardo, el Código de Justiniano, el Código Austriaco, las Leyes del Toro, entre otras, y éste proyecto es un antecedente importante en la elaboración del Código de 1870 en México.

---

<sup>9</sup> Ibídem. Pág. 238.

Dentro del Título VII del Proyecto del Código Civil Español de García Goyena, se contempla lo relativo a la patria potestad en relación a la figura del hijo y de sus bienes, y en el caso que nos ocupa enfocaremos principalmente nuestra atención a los efectos sobre la persona del hijo.

El tema relativo a la patria potestad en dicho proyecto, tiene como fuente principal lo establecido en el Código Napoleónico y comienza disponiendo que los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a los padres, es de hacer notar que en varios Códigos de la época, sean el Francés, el Sardo, Napolitano, Holandés y Prusiano al referirse a la patria potestad comienzan con frases semejantes, ya que ante todo debe imperar el respeto de los hijos hacia los padres, sea cual sea la disputa o contienda, ya que dicho respeto es un derecho natural acaecido por el hecho de haber dado la vida al hijo.

También establecía que la mayoría de edad empieza a los 20 años cumplidos, por lo que los menores de edad sea cual fuere su sexo debían encontrarse bajo la patria potestad del padre. Por tal motivo el hijo no podría dejar la casa paterna sin permiso de su padre mientras estuviera bajo su patria potestad.

Respecto a la educación de los hijos, el padre era quien tenía que dirigir la educación de los hijos, además de que éste debía ser su legítimo representante en los Juicios.

Se establecía el poder de castigar moderadamente a los hijos y de castigarlos terriblemente con el encierro el cual tenía que solicitarse ante un Juez; pero si el padre se volvía a casar, el juez no podía expedir de plano y por la simple petición del padre la orden de encierro, sino que el padre debería manifestar las causas de disgusto que el hijo le haya dado. Por otra parte el padre podía levantar en cualquier momento dicho castigo.

Brevemente, y para efectos de complementar el tema de la patria potestad en el proyecto del Código de Goyena, citaremos lo relativo a la administración de los bienes de los hijos, lo cual se funda principalmente en la incapacidad real del hijo pequeño para la administración de los bienes; la incapacidad real o legal del hijo que está a punto de alcanzar la mayor edad; la conveniencia bastante justificada de que el hijo que tiene bienes propios contribuya con el fruto de ellos a sus propios gastos. Por lo que se establece que el padre es el administrador legal de los bienes de sus hijos menores.

Los bienes que el hijo adquiere con el caudal del padre, mientras esté bajo la patria potestad, pertenecen al padre en propiedad, salvo la facultad que tiene el padre, en todo caso, de hacer al hijo alguna donación de estos bienes, cabe resaltar que este capítulo tiene sus raíces en el derecho romano.

“En el Capítulo III se establecen los modos de terminarse la patria potestad, pero bajo este título comprende también los casos de pérdida de patria potestad y suspensión de la misma.

La patria potestad se acaba solo por cuatro causas:

- 1.-Por la mayoría de edad del hijo.
- 2.-Por la muerte del padre o del hijo.
- 3.-Por la emancipación, y,
- 4.-Por la adopción.”<sup>10</sup>

“La patria potestad se pierde por:

- 1) Condena privativa de la patria potestad, siendo una de las causas tratar mal y corromper a los hijos, y,

---

<sup>10</sup> LEON, Gabriel, "Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la Legislación Mexicana", Escuela Libre De Derecho, México, 1989. Pág. 83.

2) Por declaración de divorcio en la que tenga lugar la pérdida de la patria potestad.

La patria potestad se suspende por:

- 1.-Ausencia del padre.
- 2.-Incapacidad del padre.
- 3.-Sentencia que declare la suspensión de la patria potestad.”<sup>11</sup>

Cabe aclarar, que la madre podía tener la patria potestad sobre los hijos, pero sólo cuando el padre por cualquier motivo, haya dejado de ejercerla. Asimismo la madre no pierde la patria potestad por segundas nupcias, pero si el derecho de administrar los bienes y sólo recupera ese derecho cuando enviude.

Resulta importante resaltar que ésta legislación española, inspiró en parte, la redacción de nuestro primer Código Civil, por lo que respecta a la patria potestad.

### 1.2.2 CÓDIGO CIVIL DE 1870.

El 13 de diciembre de 1870, por el decreto número 6855, se publica el Código Civil, que expresamente deroga toda legislación anterior. La importancia del conocimiento de esta fuente del Código Civil, es por el valor de las disposiciones que en él se establecen, ya que un gran número de artículos están reproducidos literalmente en el Código de 1928.

En relación al tema que nos ocupa, los redactores del Código Civil de 1870, realizaron algunas innovaciones respecto a la patria potestad. Consistiendo principalmente en conceder la patria potestad a la mujer, es de advertirse que estos

---

<sup>11</sup> Ibídem. Pág. 89.

autores aclaran que no se trata de una innovación absoluta, sino de una innovación relativa a las antiguas legislaciones mexicanas.

En la exposición de motivos de dicho código se establece que el Código de las Partidas y los posteriores de España, siguiendo literalmente las leyes romanas, privaron a la madre de la patria potestad que el Fuero Juzgo le concedió. Hoy casi todos los códigos reconocen ese derecho, porque la sociedad moderna ha dispuesto que las mujeres suban día con día a la escala social. Así pues, la condición de la mujer era considerada como cosa y esclava que sólo servía, y en los tiempos anteriores al cristianismo, sólo servía para los brutales placeres del hombre que nunca la consideraba digna de su estimación. La moral cristiana, dulcificando las costumbres y estableciendo el noble principio de la fraternidad, levanto a la mujer que en la edad media era sólo una diosa cuyo culto se reducía al amor y a los torneos.

Dentro del tema que nos ocupa, se establece que los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponda ejercerla según la ley.

La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos, asimismo la patria potestad podía ejercerla el padre, la madre, abuelo paterno, abuelo materno, abuela paterna y abuela materna. Se establece también que mientras estuviere el hijo bajo la patria potestad, no podrá dejar la casa del que la ejerce, sin permiso de éste o por decreto de la autoridad pública competente y el que ejerce la patria potestad, es legítimo representante de los que están sometidos a ella.

La patria potestad se acaba por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga, por emancipación y por la mayor edad del hijo, cabe aclarar que el código de 1870 refiere que la mayoría de edad comienza a los 21 años de edad.

Por otro lado se establece que la mujer tiene la libre administración de los bienes del hijo, ya que anteriormente estaba obligada a seguir el consejo de un consultor nombrado por el padre. Asimismo la madre o abuela que pasa a segundas nupcias, pierde el derecho de ejercer la patria potestad sobre sus hijos o nietos.

### 1.2.3 CÓDIGO CIVIL DE 1884.

Como podemos observar, salvo algunas modificaciones, el Código Civil de 1884, es una reproducción casi literal del de 1870, y siendo así, las disposiciones del Código Civil de 1884 citadas como antecedente de las del Código en vigor, identifican la fuente directa o inmediata, pero no revelan la fuente auténtica, la fuente original, es decir, la mayor parte de los artículos del de 1928 deriva del Código de 1870 recibidos a través del Código Civil de 1884.

El Código Civil de 1884 en el capítulo relativo a los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos, no modificó absolutamente en nada el texto correspondiente a la ley de 1870. Este Código establecía que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos y de los naturales legitimados o reconocidos. Asimismo la patria potestad se ejercería en el siguiente orden: el padre, la madre, el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna y la abuela materna; y solo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente, entrará en el ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido.

Por otro lado, quien se encuentre ejerciendo la patria potestad sobre el menor, le es obligatorio educarle convenientemente y el padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente.

Este código regula la patria potestad, dentro del libro primero, De las personas; título octavo, De la patria potestad, capítulo I, De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos (artículos 363 a 373); capítulo II, De los efectos

de la patria potestad respecto de los bienes del hijo (artículos 374 a 387); capítulo III, De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad (artículos 388 a 402).

Por lo que se refiere a los bienes de los hijos, los divide en seis clases (el Código Civil de 1870 los dividía en cinco clases), pues agrega como una segunda clase los bienes que proceden de herencia o legado del padre (artículo 375, fracción II).

Se reducen a tres las causales para suspender la patria potestad (el Código Civil de 1870 consideraba cuatro causas de suspensión), pues excluye el caso del hijo pródigo administrador de bienes (artículo 391).

Respecto de la terminación de la patria potestad sólo se establecía en los siguientes casos:

- 1) Por muerte del que la ejerce.
- 2) Por emancipación, en virtud de la mayoría de edad del hijo.

Asimismo refiere que la madre, abuelos y abuelas pueden renunciar su derecho a la patria potestad o al ejercicio de ésta, la cual en ambos casos recaerá sobre el ascendiente a quien corresponda según la ley. Si no lo hay, se proveerá de tutor al menor conforme a derecho. Por otro lado, la madre o abuela viuda que vive en mancebía o da a luz a un hijo ilegítimo, pierde el derecho a ejercer la patria potestad sobre su hijo legítimo.

Es importante resaltar que el Código Civil de 1884 establecía que la mayor edad comienza a los 21 años cumplidos.

El Código Civil de 1884 mantiene aun fuertemente el régimen patriarcal de la familia, ya que si bien es cierto que otorgaba el derecho a la madre y a los abuelos

para ejercer la patria potestad, también lo es que este derecho podía perderse fácilmente.

#### 1.2.4 LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

El 9 de abril de 1917, Don Venustiano Carranza expide la Ley sobre Relaciones Familiares, la cual instituye modificaciones en lo que se refiere a la patria potestad, pese a tener como bases los Códigos Civiles de 1870 y 1884, toda vez que en estos dos Códigos se establecía que la patria potestad se ejercería sobre los hijos legítimos y sobre los hijos naturales legitimados y reconocidos, la ley de relaciones familiares establece que se ejercerá también sobre la persona de los hijos naturales legitimados, legítimos o no y de los hijos adoptivos. Desde nuestro punto de vista, se promueve con esta regulación la autonomía del derecho de familia, como una rama más del derecho, surgida del derecho civil, con cualidades y objetivos que la presentan como un área del derecho que reclama un trato diferente.

Regula las formalidades del matrimonio, requisitos para contraerlo (capítulos I y II); el parentesco, sus líneas y grados (capítulo III); los derechos y obligaciones derivados del matrimonio (capítulo IV); los alimentos (capítulo V); el divorcio (capítulo VI); los matrimonios nulos e ilícitos (capítulo VII); la paternidad y filiación de los hijos legítimos (capítulo VIII); las pruebas de la filiación (capítulo IX); la legitimación (capítulo X); los hijos naturales (capítulo XI); el reconocimiento de hijos naturales (capítulo XII); la adopción (capítulo XIII); la menor edad (capítulo XIV); la patria potestad, sus efectos respecto de los bienes del hijo; modos de acabarse y suspenderse (capítulo XV, XVI y XVII); el contrato de matrimonio con relación a los bienes (capítulo XVIII); las donaciones antenuptiales (capítulo XIX); la tutela (capítulo XX); el estado de interdicción (capítulo XXI); la tutela testamentaria, legítima y dativa (capítulos XXII, XXIII, XXIV, XXV y XXVI); las personas inhábiles para la tutela y de su excusa (capítulos XXVII y XXVIII); las garantías que prestan los tutores (capítulo XXIX); el desempeño, cuentas y extinción de la tutela (capítulos XXX, XXXI y XXXII); la entrega de bienes (capítulo XXXIII); el curador (capítulo XXXIV); la emancipación

(capítulo XXXV); la mayor edad (capítulo XXXVI); la ausencia (capítulos del XXXVII al XLIII); y disposiciones varias.

Como se aprecia, dedica a la patria potestad los capítulos XV, XVI y XVII:

Capítulo XV. De la patria potestad (artículos 238 a 246).

Capítulo XVI. De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo (artículos 247 a 258).

Capítulo XVII. De los medios de acabarse y suspenderse la patria potestad (artículos 259 a 269).

La patria potestad podría ser ejercida por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos, abuelo y abuela maternos, solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en la ley.

El hijo sometido a la patria potestad, no podría dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad judicial competente.

En el Capítulo XVII alusivo a los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, establece que:

Se acaba por:

- 1) Por la muerte del que ejerce la patria potestad, si no hay otra persona en quien recaiga.
- 2) Por la mayoría de edad del hijo, por la emancipación, la patria potestad se extingüía.

Dentro del mismo Capítulo se menciona que la patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho, también se establece que los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce o modificar su ejercicio, si se ejerce con excesiva severidad, si no se educa o se imponen actos inmorales o se les da ejemplos o consejos corruptores.

Las causas por las cuales la patria potestad puede suspenderse son:

- 1) Incapacidad declarada judicialmente.
- 2) Por ausencia declarada.
- 3) Por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión.

Respecto de la renuncia a la patria potestad, la Ley de Relaciones Familiares deja a un lado a la madre, enfatizando solo sobre que los abuelos y abuelas, pueden renunciar a éste derecho o a su ejercicio; la cual, en ambos casos, recaerá en el ascendiente o ascendientes a que corresponda según la ley. Si no los hubiere se proveerá a la tutela del menor conforme a derecho, y el ascendiente que renuncie a la patria potestad no podrá recobrarla.

La madre o abuela viuda que ejerza la patria potestad, perderá el derecho a ella si vive fuera de las buenas costumbres, es decir en amasiato, o da a luz un hijo ilegítimo, antes de que recaiga en ella ese derecho. Asimismo, la madre o abuela que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad. Si no hubiere persona en quien recaiga la patria potestad se proveerá a la tutela conforme a la ley, y la tutela en ningún caso podrá recaer en el segundo marido. Pero la madre o abuela que volviera a enviudar podrá recobrar los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.

La Ley de Relaciones Familiares disponía que la mayoría de edad comience a los 21 años cumplidos.

Es notorio que la Ley de Relaciones Familiares no produjo grandes cambios en las legislaciones anteriores, pero es considerada como una fuente de nuestro Código Civil actual.

Por primera vez, se establece que la patria potestad se ejerce también sobre la persona y los bienes de los hijos adoptivos. Pues los códigos civiles de 1870 y 1884 no regularon la adopción (artículo 240).

#### 1.2.5 CÓDIGO CIVIL DE 1928.

La evolución del derecho mexicano en especial el Código Civil vigente de 1928 admitió las reformas e innovaciones de una variedad de fuentes, principalmente del proyecto del Código de García Goyena, del Código de 1884 que es una reproducción casi literal del Código de 1870 y de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

El tema que nos ocupa no sufrió una gran transformación, pero sí tiene como innovación importante el hecho de que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, en consecuencia la mujer no queda sometida por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles, cabe resaltar ésta situación ya que la mujer sea madre o abuela del menor, que pase a segundas nupcias no pierde por éste hecho la patria potestad, cuestión que en las leyes anteriores era terminante para la pérdida de éste derecho.

Este código regula la patria potestad dentro del libro primero, De las personas; título octavo, De la patria potestad, con tres capítulos: capítulo I. De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos (artículos del 411 al 424); capítulo II. De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo (artículos del 425

al 442), y capítulo III. De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad (artículo del 443 al 448).

Por otro lado se establece que la mayoría de edad comienza a los 21 años cumplidos.

Asimismo refiere que la responsabilidad de ambos padres en lo conducente al manejo del hogar, la formación y educación de los hijos y en general se equiparan ambos cónyuges en todo lo relativo al trabajo o actividad que desempeñan dentro de su hogar, que serán aquellos que no dañen la moral de la familia o la estructura de ésta; en caso de separación de los padres naturales, ambos padres deberán determinar quién ejercerá la guarda y custodia de los menores, y en su caso si ambos continuaran ejerciendo la patria potestad, y cuando no se pongan de acuerdo respecto de la custodia el Juez determinará que progenitor será quien la ejerza.

Nuestro actual Código Civil, es producto de las necesidades económicas, jurídicas y sociales de otras épocas, en el tiempo de su elaboración cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que, aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas económicas y sociales.

Es por ello que surge la necesidad de reformarlo constantemente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular en perjuicio de la colectividad e introduciendo nuevas disposiciones.

Como ejemplo de las necesidades surgidas, es importante resaltar que mediante la reforma del artículo 34 de nuestra Carta Magna de octubre de 1969, relativa a cuál es la edad para obtener la ciudadanía, de la exposición de motivos se desprende, que la aptitud de los jóvenes a partir de los 18 años para ejercer la ciudadanía, está basada por un lado, en la opinión generalizada de los psicólogos los cuales establecen que es a partir de esa edad que se adquieren las nociones de

personalidad y su concomitante responsabilidad y se asume un papel activo en la vida tomando decisiones autónomas, por lo que los jóvenes de campo y de ciudad resultan a los 18 años, mejor dotados y capacitados para entender los fenómenos vitales de todo orden, y en consecuencia para participar activamente en ellos, que los de generaciones anteriores cuando alcanzaban los 21, resultando importante que el joven encuentre a tiempo cauces institucionales para expresar sus legítimas inquietudes, y contribuir en los destinos nacionales con su opinión y su voto a la formación de las decisiones colectivas. Es por ello que se establece que la ciudadanía se obtiene a los 18 años de edad.

De lo anterior resulta lógica la derivada reforma de algunos artículos del Código Civil y entre ellos el 646 que establece que la mayor edad comienza a los 18 años cumplidos.

Con el paso del tiempo, el Código Civil ha ido adquiriendo reformas las cuales deben encajar con la problemática social que surge día con día.

Actualmente dentro del Título Octavo relativo a "La Patria Potestad", en sus Capítulos I, II Y III, se establece que, en la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición. Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

“La patria potestad será ejercida sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley correspondiente. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres y cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.”<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> BARIZA, Rodolfo, Las Fuentes del Código Civil de 1928. Editorial Porrúa, México, 1979. Pág. 96.

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

“En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.”<sup>13</sup>

Ahora bien los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes.

En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor y quien conserve la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, Pág. 100.

custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial.

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

Sólo por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en la misma ley. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

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

A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente, corrigiéndolos y así observar una conducta apta que sirva a los menores de buen ejemplo.

El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez.

La patria potestad se termina:

- 1) Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- 2) Con la emancipación derivada del matrimonio.

- 3) Por la mayoría de edad del hijo.
- 4) Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes.

La patria potestad se pierde por resolución judicial:

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

II.- En el caso de violencia familiar en contra del menor;

III.- El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad.

IV.- Por la exposición que el padre o madre hicieren de sus hijos.

V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses,

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

La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, cuando los que ejerzan la patria potestad pasen a segundas nupcias, no perderán por ese hecho el derecho y obligaciones inherentes a la patria potestad, así como tampoco el cónyuge o concubino con quien se una, ejercerá la patria potestad de los hijos de la unión anterior.

“La patria potestad se suspende:

- 1) Por incapacidad declarada judicialmente.
- 2) Por la ausencia declarada en forma.
- 3) Cuando el consumo del alcohol el habito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la ley general de salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor.
- 4) Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse:

- 1) Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- 2) Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.”<sup>14</sup>

La importancia del conocimiento de las diversas fuentes del Código Civil y en especial por lo que refiere a la "patria potestad", se encuentra directamente vinculada al derecho positivo, incluso en el orden histórico-jurídico, estas Disposiciones mantienen la continuidad entre el presente y la tradición jurídica mexicana del pasado en sus manifestaciones legislativas y doctrinarias que con el tiempo han tenido que acoplarse a las necesidades que la misma sociedad requiere.

---

<sup>14</sup> Ibídem. Pág. 102.

## CAPÍTULO 2

### “GENERALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD”.

#### 2.1 LA PATRIA POTESTAD.

##### 2.1.1 CONCEPTO.

Como se ha establecido, el concepto de patria potestad, así como su organización, han sufrido una transformación radical a través del tiempo, partiendo por supuesto del concepto romano de familia y finalmente concibiéndola como el poder ejercido por el padre, la madre y los abuelos, sobre los hijos menores de edad.

La doctrina francesa del siglo pasado, adquiere el término de patria potestad como "poder", es decir, como el conjunto de derechos atribuidos al padre.

“Colín y Capitant definen a la patria potestad como: el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos.”<sup>15</sup>

La doctrina italiana moderna define también la patria potestad como el conjunto de poderes confiados a los progenitores consistentes en proteger, educar, instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica, y por consiguiente a su incapacidad de obrar.

“Para Castán Vázquez la patria potestad es: el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus

---

<sup>15</sup> COLIN A. y CAPITANT H., "Curso Elemental de Derecho Civil", Editorial Reus, Tomo II, Volumen 1, Pág. 108.

hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole."<sup>16</sup>

Según Baqueiro y Buenrostro la patria potestad es "el conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y representen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en tal periodo."<sup>17</sup>

La institución de la patria potestad, debe acentuar la naturaleza de su ejercicio que impone deberes y responsabilidades, obligaciones y cargas ineludibles antes que facultades o poderes. La patria potestad nos permite comprender que el grupo familiar tiene razón de ser dentro del derecho de los hijos menores a la protección, cuidado y educación que deben recibir como seres humanos, titulares de una personalidad en formación, El ejercicio de la patria potestad, solo se explica por la situación de indefensión propia del menor.

### 2.1.2 CONCEPTO DE MENOR.

La palabra menor del latín "*minor natus*" referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no necesariamente huérfano, sino digno de protección, proviene a su vez de "*pupus*" que significa niño. Desde el punto de vista biológico se llama menor a la persona que en efecto del desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado una madurez plena y desde el punto de vista jurídico es la persona que por la carencia de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta cumplir la mayoría de edad. La ley restringe la capacidad del menor dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan.

---

<sup>16</sup> CASTAN VAZQUEZ JOSE MARIA, "La Patria Potestad", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. Pág. 9.

<sup>17</sup> BAQUEIRO E. Y BUEN ROSTRO BAEZ R., "Derecho de Familia y Sucesiones", Editorial Harla, México., 1994, Pág. 17.

Al referimos al concepto de "menor", podemos entender que es una persona que no tiene la capacidad para decidir sobre lo que quiere, en donde quiere estar o con quien quiere estar, o bien tomar decisiones importantes que a futuro puedan traerle consecuencias. Por tal motivo, el menor es uno de los individuos que más atención necesita, tanto en el seno familiar, como por parte del Estado, en virtud de las características contempladas en los menores por cuanto hace al cuidado de no afectar su integridad y normal desarrollo humano, así como su interés individual y colectivo por ser parte integrante de una sociedad.

Es necesario mencionar el momento a partir del cual puede considerarse a una persona como menor de edad. En términos médicos se establece que el menor va desde el nacimiento hasta la pubertad, entendiéndose que será menor de los 10 a 16 años cumplidos en el caso de los varones y de 10 a 12 años en el caso de las mujeres.

Dentro de ese periodo de vida, el menor de edad atraviesa varias etapas de su vida, que la medicina considera las más importantes para el desarrollo físico y psíquico del menor, durante el paso de esas etapas el menor se encuentra vulnerable a cualquier situación la cual puede ser determinante respecto del buen desarrollo individual y colectivo del menor ó podría traer consecuencias irreparables y nefastas para éste.

“Según la Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana, menor de edad, es el hijo de familia o pupilo que no ha llegado a la mayor edad.”<sup>18</sup> A este respecto podríamos cuestionarnos ¿cuándo se llega a la mayoría de edad? Este cuestionamiento no requiere de una regla fija, por el contrario inciden en la apreciación una serie de factores, dependiendo del enfoque a realizarse, es decir, el propósito o mira que se tenga en cuenta para establecer el concepto. Es por ello que surgen diversos criterios en esta materia las cuales tienen su fundamento en razones

---

<sup>18</sup> ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA, Editorial Espasa-Calpe S.A., volumen 30 de Leo-Lom, Madrid, España, 1992. Pág. 15.

de orden social, político, económico, biológico, etc. Cabe aclarar, que cuando se habla de "hijo de familia o pupilo" se ha querido referir a los menores que están bajo la patria potestad o bajo una tutela determinada, entendiéndose por tal motivo, no sólo a los que se hallan en esa efectiva posición, sino también los que conforme a su situación corresponde estar bajo ese dominio.

En la concepción jurídica positiva el límite de la minoría de edad se encuentra fijado por la ley, y ésta debe orientarse en los distintos grados o etapas que se tienen para apreciar la capacidad y juzgar su responsabilidad, juzgando en estas clasificaciones principios que rigen las diversas ramas del derecho y que a su vez representan también distintos enfoques en las diferentes materias del derecho; es por ello que los límites que separan la minoría de la mayoría de edad sean distintos en las legislaciones de los estados jurídicamente organizados.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 34 establece:

Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido 18 años, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.

Lo anterior es en base a que los individuos de ésta edad se encuentran psicológicamente aptos para hacer valer sus derechos y obligaciones.

Asimismo el artículo 646 de nuestro Código Civil establece:

La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

Por lo que podemos deducir, que los que no han cumplido los dieciocho años son menores de edad y automáticamente al llegar a ésta edad, pueden hacer valer sus derechos y obligaciones sin necesidad de solicitarlo a la autoridad judicial. Por lo

que podemos concluir que la capacidad de goce se adquiere al nacer y los menores de edad carecen de capacidad de ejercicio. Por otra parte, quienes ejercen la patria potestad sobre la persona y los bienes de los menores de edad hijos de matrimonio, tienen su representación legítima como hemos visto, son el padre y la madre, o el abuelo y la abuela paternos, o el abuelo y la abuela maternos. Dicha patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados, mientras tanto no alcancen la mayoría de edad que comienza a los dieciocho años, edad a partir de la cual, según nuestra legislación, pueden disponer libremente de su persona y de sus bienes. De todo lo anterior se desprende que la representación legítima del menor por quien ejerce sobre él la patria potestad, cesa en forma automática sin necesidad de declaración judicial alguna cuando el representado cumple dieciocho años de edad y adquiere de inmediato por disposición legal su mayoría de edad, y en consecuencia a capacidad plena para ejercitar sus derechos, pudiendo disponer libremente de su persona y de sus bienes.

### 2.1.3 SUJETOS LEGITIMADOS PARA EJERCER LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad es un derecho que se origina de la paternidad y de la maternidad. La ley reglamenta pero no crea la patria potestad, pues deriva de la relación natural habida entre ascendientes y descendientes, es por lo tanto, un derecho natural de los padres que debe ejercerse por ambos en el matrimonio o por el que se encuentre al frente de la familia en caso de divorcio o separación.

Debe tomarse en cuenta que este derecho se fundamenta también en el derecho prioritario de los menores a recibir la atención completa, educación, cuidado y desarrollo integral humano.

Puede decirse entonces que este derecho es ejercido por el padre y la madre como consecuencia de la paternidad y maternidad en beneficio de sus menores hijos no emancipados y su protección jurídica.

En este orden de ideas la función del Derecho es proteger los intereses y el bienestar del menor, y si bien es cierto que los sujetos activos de la patria potestad son los ascendientes (padre y madre) también lo es, que cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en la ley, ejercerá la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Los sujetos pasivos en el ejercicio de la patria potestad son los descendientes menores de 18 años no emancipados.

En caso de adopción, solo el adoptante puede ejercer la patria potestad.

## 2.2 EL PARENTESCO.

Dentro del lenguaje común se dice que son parientes aquellas personas que forman parte de un núcleo familiar. Se reconoce que las personas que integran la familia tienen parentesco cercano o lejano, según la medida de la relación entre ellos, así como de la claridad con la que puedan llegar a definir o precisar esa conexión y proximidad familiar.

Así cuando se habla de todo un grupo, se dice de él "la parentela", en el que se incluye a un conjunto de todo género de parientes. Esta idea es el vértice central del concepto que en el mundo del derecho tiene el parentesco, así como las relaciones que de él derivan, llamadas parentelas, que establecen los lazos propios de la familia.

Se ha establecido que el parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de otra o ambas de un autor, tronco o progenitor común.

Marcel Planiol establece que: "el parentesco es la relación que existe entre dos personas, de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos ó los primos."<sup>19</sup>

El parentesco, es un estado jurídico ya que implica una relación jurídica general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones tanto entre los miembros de la relación como en lo que se refiere a terceros, que se conoce como estado civil o familiar y se identifica como atributo de la personalidad. Como tal, representa siempre una alternativa en relación con los miembros del grupo.

Don Antonio de Ibarrola define al parentesco como "el lazo que existe entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común o el establecido por la ley civil o canónica por analogía con los anteriores o dicho de otro modo, lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con éste se halla reconocida por la ley."<sup>20</sup>

Galindo Garfias expone que "el Parentesco es el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes; el otro cónyuge o entre adoptante o adoptado; por lo tanto el parentesco, al mismo tiempo que vincula a los miembros de la familia, limita el círculo del grupo familiar. Los derechos y deberes que se originan entre parientes en razón de pertenecer a un determinado grupo familiar, parte del supuesto previo de la existencia del parentesco."

21

Entendamos que la relación jurídica familiar varía según el parentesco ya sea por consanguinidad; por afinidad o el civil (adopción). El parentesco se genera por hechos humanos que tienen consecuencias jurídicas, como acontece en el parentesco consanguíneo, pero también se genera por actos jurídicos, como sucede con el

---

<sup>19</sup> PLANIOL, M., "Tratado Elemental del Derecho Civil. Introducción Familia y Matrimonio", Traducción de la 128 Edición Francesa por José Ma. Cajica, Editorial José M. Cajica, México, 1946. Pág. 306.

<sup>20</sup> GALINDO GARFIAS IGNACIO, "Derecho Civil", Editorial Porrúa, México, 1995. Pág. 75.

<sup>21</sup> *Ibidem*. Pág. 76.

parentesco por afinidad que nace del matrimonio y del parentesco civil que se genera por la adopción como acto jurídico, cuestiones que más adelante se detallaremos.

Estos tres tipos de hechos son los únicos que originan a las relaciones de parentesco, de ahí que matrimonio, filiación y adopción constituyan las tres grandes fuentes del parentesco.

Ahora bien la cercanía o lejanía del parentesco determina la intensidad de sus efectos, es una regla universalmente aceptada que en lo que refiere los derechos y deberes derivados del parentesco, los más cercanos excluyen a los más lejanos.

### 2.2.1 TIPOS, GRADOS Y LÍNEAS DE PARENTESCO.

En el artículo 292 de nuestro Código Civil vigente el parentesco se establece por:

- a) Consanguinidad.
- b) Afinidad.
- c) Civil.

Llamamos grado de parentesco a cada generación y la serie de grados constituye lo que se llama una línea de parentesco.

Asimismo debemos entender que una línea de parentesco se conforma por las series de grados de parentesco o generaciones.

1. **LA LINEA RECTA DE PARENTESCO;** se forma por parientes que descienden unos de otros. Por ejemplo, padres, hijos, nietos, bisnietos. Pueden considerarse de forma descendente y ascendente, así pues, estaremos frente

a una línea recta descendente cuando el reconocimiento del parentesco se inicie del progenitor al último de sus descendientes, es decir, del abuelo al nieto.

Por el contrario, la línea recta ascendente de parentesco se suscita cuando el registro del parentesco se efectúe de los descendientes al progenitor, por ejemplo, del nieto al abuelo.

2. **LA LINEA TRANSVERSAL O COLATERAL DE PARENTESCO;** es la que se encuentra formada por dos líneas rectas que coinciden en un progenitor común, esto es, los parientes no descienden unos de otros pero reconocen un mismo progenitor. Así los hermanos, tíos, sobrinos y primos que reconocen como progenitor común a un abuelo, aunque unos no sean, descendientes de otros.

La línea transversal o colateral de parentesco puede ser igual o desigual, dependiendo de la distancia generacional que exista entre el pariente de cada línea recta respecto del progenitor común. Estamos frente a una línea transversal o colateral igual de parentesco, cuando la distancia generacional que existe entre los parientes de cada línea recta, es la misma; los hermanos entre si y los primos respecto de otros primos.

Por otra parte, la línea transversal o colateral desigual de parentesco, se presenta cuando la distancia generacional existente entre los parientes, de cada línea recta es diferente: los tíos y los sobrinos.

**GRADO DE PARENTESCO:** Está formado por cada generación, todas las personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor o ascendiente, excluyendo al progenitor.

**PARENTESCO CONSANGUÍNEO:** El parentesco por consanguinidad es el que se constituye por los lazos de sangre. En él, la transmisión de la vida va a determinar

una comunidad de vida. Ésta es el resultado de la vinculación entre padres e hijos ampliándose a los abuelos y nietos o en otra perspectiva entre hermanos y primos.

Las personas que descienden de un tronco común, reconocen y se identifican entre sí a través de la identidad de la sangre. Este parentesco nace de un hecho natural como lo es la paternidad y la maternidad, por lo tanto a la relación de parentesco entre padres e hijos se le denomina "filiación".

El artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal establece que:

El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida. En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

De lo anterior se advierte que dentro del parentesco no están comprendidos los cónyuges.

En nuestro sistema jurídico se va a reconocer que existen líneas de parentesco, y que en el caso que nos ocupa respecto de los padres e hijos, esa es línea recta la cual puede ser ascendente o descendente, según el punto de partida que en ella se observa, por lo que si analizamos el parentesco entre el padre con su hijo, su relación será en línea recta descendente, si inversamente ese nexo se observa del hijo hacia el padre, entonces la línea recta será ascendente.

**PARENTESCO POR AFINIDAD:** El matrimonio es la fuente del parentesco por afinidad. Este llamado parentesco por afinidad, crea un vínculo de parentesco entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro (yerno, nuera, cuñada). Pero este vínculo de parentesco entre afines, no es tan extenso como en el parentesco por consanguinidad. No establece una relación entre los afines de la mujer y los afines del marido de ésta, ni entre los afines del marido y los de la mujer.

La afinidad, hace entrar a uno de los cónyuges en la familia del otro cónyuge, a semejanza de los parientes consanguíneos, aunque sin producir todos los efectos del parentesco consanguíneo. La afinidad no origina la obligación alimenticia, ni el derecho a heredar.

El parentesco por afinidad nace como efecto del matrimonio. El concubinato no produce en derecho civil el parentesco por afinidad.

**PARENTESCO CIVIL:** Cuando una persona por acto de voluntad dentro de un procedimiento establecido por la ley, declara su propósito de considerar como hijo suyo a un menor o incapacitado tiene lugar la adopción. Nace así una relación paterno filial que aunque ficticia, es reconocida por el derecho. A este vínculo jurídico se le denomina parentesco civil.

El artículo 295 de nuestro Código Civil vigente establece que:

“El parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D.”

“Artículo 410 D. Para el caso de las personas que tengan vinculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitaran al adoptante y adoptado”.

## 2.3 LA GUARDA Y CUSTODIA SOBRE MENORES Y SUS EFECTOS JURÍDICOS.

### 2.3.1 CONCEPTO.

Los cónyuges en caso de separación, por cualquier motivo deben velar por la debida formación y educación de los hijos en virtud del ejercicio de la patria potestad. Éste deber de formar y educar a los hijos está vinculado con la guarda y custodia que deben tener los progenitores, que en caso de conflicto o crisis conyugal se verá afectada a favor de alguno de ellos, conservando el otro el derecho de visita, lo cual no implica la pérdida de la patria potestad sino una limitación a éste derecho.

Las palabras "guardar" y "custodiar" proceden respectivamente, del germanesco "wardon" que significa cuidar, y del latín "*custos*" derivado de "*curtos*", del verbo "**curare**", que también quiere decir cuidar.

Por "guarda de los hijos" se entiende en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a los hijos, con la diligencia propia de un buen padre de familia.

En esta acepción genérica se comprende una custodia que en gran parte incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen la patria potestad o tutela, pero cabe distinguirla específicamente de la atención que también puede prestar un tercero autorizado debidamente para suplir la vigilancia que corresponde al ejercicio normal de aquellas funciones. La Corte a éste respecto establece que la existencia de la guarda material de la persona del hijo implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor y constituye una prerrogativa de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo, en la satisfacción de todas sus necesidades.

Es de observarse que, al menos en su origen, la figura que se analiza implicaba la obligación de conservar en calidad de depósito la persona de los descendientes inmediatos conforme a instrucciones precisas.

El derecho de guarda de hijos, resulta por tanto una función especial cuya esencia reside en potestades y deberes correlativos que confiere la naturaleza dentro del compromiso humanístico de la patria potestad. Incumbiendo al titular de la custodia del menor los derechos y las obligaciones habituales de un buen padre de familia incluyendo la vigilancia, alimentación, educación, representación en su caso, corrección y convivencia en particular dándose a este respecto diversas situaciones que ameritan ser examinadas.

Cabría clasificar la guarda de los hijos como general y especial, esto según se derive del ejercicio de una facultad natural o legal que imponga al titular la obligación de custodiarlos o, porque derive del mandato expreso conferido por el titular del derecho para establecer dicha custodia eventualmente. En el primer caso estaremos en presencia de una atención ilimitada, mientras que en el segundo el control se restringirá por los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada. No obstante que el que tiene la custodia siempre deberá actuar con plenitud de facultades y obligaciones, mientras no le sean expresamente prohibidas por quien le confirió el cargo o por la ley.

El medio usual de constituir la guarda de los hijos, es la de hacerse constar por escrito en un convenio homologado ante el Juez Familiar en la vía de jurisdicción voluntaria o en un incidente o juicio especial llamado de Controversia Familiar en el que intervendrá necesariamente el Ministerio Público en caso de encontrarse los menores en conflicto. Es necesaria la exposición de estas circunstancias ante la autoridad judicial para convenir sobre la custodia de los hijos, sobre todo cuando se trata de hijos habidos fuera de matrimonio, en casos de divorcio y en los casos en que los padres que viven separados. El artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal a la letra nos dice:

Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

A. De oficio:

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

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

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

IV.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código; B. Una vez contestada la solicitud: I.- El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia. II. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio. En defecto de ese acuerdo; el

Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad. Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

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

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

V.- Las demás que considere necesarias.

Otorga al juzgador las más amplias facultades para decir entre otras cuestiones, respecto a la guarda y custodia de los hijos de los divorciantes, lo anterior atendiendo a los elementos de prueba que obran en autos y llegando a la convicción que la conducta de la persona que tiene la guarda y custodia de los menores durante, el procedimiento no resulta nociva a éstos, esa determinación resulta legal y no se invalida por la circunstancia de que dicha persona haya dado causa al divorcio, salvo que esa causa, por su naturaleza, implique por sí misma que esta conducta sea manifiestamente contraria a la formación, educación e integración socio afectiva de los menores.

Cuando en el juicio natural se hace declaración sobre la custodia de los hijos, la declaratoria que concede la custodia en favor de alguno de los padres, no implica para quien no la obtuvo, la pérdida de su derecho a ejercer la patria potestad, en

virtud que los derechos y obligaciones emanados del parentesco natural, son inextinguibles, aunado a que la pérdida de la patria potestad debe ser materia del juicio especial, seguido de pruebas suficientes que acrediten la pérdida de éste derecho.

Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto por el del artículo 282 del Código Civil vigente transcrito en líneas anteriores, que establece un principio general, rector de la decisión de guarda y custodia de los menores de doce años, consistente en que éstos deben permanecer al lado de su madre salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. El espíritu de este principio, evidentemente, tuvo como sustento que el legislador atendiera a la realidad social y a las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores; consecuentemente, legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos procreados, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos. Es pertinente destacar que si bien el artículo 4 de la Constitución política de los estados unidos mexicanos que a la letra dice:

“Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley. Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente,

salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines. Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento. En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural. Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia”.

Este artículo asienta que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es que la norma constitucional reconoce un régimen propio en lo que se refiere a las cuestiones familiares, dado que al respecto puntualiza que la ley ordinaria “... protegerá la organización y el desarrollo de la familia ...” ; de lo cual se desprende

claramente que en este aspecto en particular, debe atenderse fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y, dentro de este concepto, por consiguiente, a proteger el desarrollo de los menores atendiendo a lo más benéfico para su desarrollo y estabilidad por lo que esto no significa que tal criterio deba aplicarse indiscriminadamente a todos los casos, pues es obligación del juzgador tomar en cuenta el interés del menor sobre cualquier otro.

Hay casos de conflictos regulares, sobre todo en los procedimientos de divorcio o de nulidad del matrimonio, en los cuales se faculta al Juez competente para fijar discrecionalmente; en poder de quien de los cónyuges han de quedar los hijos, tomando en cuenta como se ha dicho, la conveniencia de estos; asimismo se tomara en cuenta lo expresado por los menores, a este respecto la Corte en la siguiente tesis expresa:

“GUARDA Y CUSTODIA DE UNA MENOR. ES OBLIGACION DEL JUZGADOR LLAMARLA A JUICIO, CUANDO POR SU EDAD PUEDE DISCERNIR CON QUIEN DE SUS PADRES DESEA CONVIVIR. Para determinar sobre la guarda y custodia de una menor, no basta que el juzgador atienda exclusivamente los resultados que arrojen los medios probatorios ofrecidos por las partes, ya que atendiendo las circunstancias del caso, es indispensable que sea escuchada la opinión de la menor, que es la que puede verse afectada y perjudicada con la decisión que se adopte, toda vez que al tener quince años de edad puede discernir con quién de sus padres desea convivir y con quién de ellos podrá desarrollarse mejor, ya que de lo contrario, si se le obligara por virtud de una sentencia a convivir con cualquiera de sus padres, sin que ella deseara permanecer con la persona que se determinara, pudiera acarrearle serios trastornos en su desarrollo, lo cual se hace más grave si se toma en consideración que está en plena etapa de la adolescencia, siendo factible oír la opinión de la menor en estos supuestos, si se considera que el artículo 496 del Código Civil autoriza al menor de edad que tuviere cumplidos dieciséis años para designar a su tutor dativo, el que deberá ser confirmado por el juez de lo familiar; por tanto, por mayoría de razón debe estimarse que al resolverse sobre la guarda y custodia de una menor, de quince

años de edad, ésta tiene la capacidad de determinar con cuál de sus progenitores desea convivir, lo que aunado a los medios de convicción aportados al juicio, permitirá al juzgador señalar a la persona que deba ejercerla, tomando en cuenta además si no hay obstáculo que lo impida y que lo lleve a la convicción de que la persona escogida por aquélla es la adecuada." Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: I, Abril de 1995, Tesis: I.3°.C.4 C, Página: 155.

Nuestro Código Civil vigente se refiere a la guarda o custodia de los hijos en general entre otras en las siguientes disposiciones:

1) En el Artículo 259.- En la sentencia que declare la nulidad, el Juez de lo Familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos. Para tal efecto, el padre y la madre propondrán la forma y términos de los mismos; de no haber acuerdo, el Juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso. En ambos supuestos, deberá oírse previamente a los menores y al Ministerio Público.

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

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

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

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

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

V.- Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. *(Artículo 94.- Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria, o en la definitiva. Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente).*

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

VII.- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso. *(Artículo 267. El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos: I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces; II.- Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que*

*no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos; III.- El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento; IV.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje; V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; VI. **En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso).***

VIII.- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad. Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores. se establece que en la sentencia de divorcio se fijara la situación de los hijos, especialmente la custodia y cuidado de los hijos;

3) En el artículo 380 cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, oyendo al padre, madre y al menor, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre el interés superior del menor.

Por otro lado, la guarda y custodia está sujeta a modificaciones cuando las circunstancias que así lo reclamen, lo cual deberá realizarse vía incidental mediante el cambio de guarda y custodia del menor.

Se extingue la custodia por muerte de alguno los afectados, por vencimiento del plazo prefijado, por haberse concluido la patria potestad o tutela que le dio origen.

### 2.3.2 SUJETOS LEGITIMADOS PARA EJERCER LA GUARDA Y CUSTODIA.

Los sujetos que se encuentran legitimados para el ejercicio de la guarda y custodia principalmente son los padres que reconocieron al menor conforme a la ley, pero en muchos casos la guarda y custodia de los hijos puede ser concedida a otras personas que no son los padres.

El artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal transcrito anteriormente, establece los requisitos que debe contener el convenio celebrado por alguno de los cónyuges en caso de divorcio, estableciendo en la fracción I que "deberá designarse a la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces" en ésta fracción se entiende que deja como opción a los cónyuges el designar a "cualquier" persona que consideren apta para tal ejercicio, ya que de la lectura de la fracción en comento no se especifica que deberá ser cualquiera de los cónyuges.

En el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal transcrito en líneas anteriores, relacionado con las medidas provisionales que el Juez Familiar determinará durante el divorcio dentro de su fracción II establece: "Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio... "

De los artículos anteriores se desprende la hipótesis que la guarda y custodia de los hijos no debe quedar necesariamente a cargo de los padres, sino de terceras

personas, las cuales en opinión del juzgador escuchando al Ministerio Público, considere la medida como buena para el cuidado de la integridad física y psíquica del menor.

### 2.3.3 RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS.

El derecho de visita corresponde al progenitor que no tiene la custodia del hijo con el fin de continuar la convivencia y participar en lo que le corresponde en el ejercicio de la patria potestad, pues el otro que tiene la custodia le corresponde el ejercicio preferente en todos los aspectos.

Éste derecho de visita se encuentra consignado en la Convención Sobre los Derechos del Niño, misma que fue aprobada en la Cuadragésima Cuarta sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, a la que México se adhirió y aprobó el 19 de junio de 1990, estableciendo en el artículo 9 que dice:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

**3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.**

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

La naturaleza jurídica del derecho de visita tiene su fundamento en la previa relación jurídica familiar entre padres e hijos que comprenden deberes, obligaciones y derechos. El derecho de visita está implícito en la relación jurídica paterno-filial, que se cumple en forma habitual y normal al convivir todos en el domicilio conyugal. Al producirse la ruptura familiar por un problema conyugal, la visita y convivencia surge como una necesidad en beneficio de quienes ya no conviven en la misma casa. En ese mismo momento se presenta como un derecho separado de la obligación, el derecho de vivir en el mismo domicilio para lograr la convivencia familiar.

El derecho de visita es concedido, independientemente de los motivos que dieron lugar a la separación entre el menor y la otra persona interesada en la relación interpersonal y jurídica, es un derecho personalísimo, y es otorgado para fomentar el afecto y la relación personal del pariente con el menor. Es inalienable, irrenunciable, imprescriptible y temporal, pues subsiste mientras los hijos sean menores de edad.

Por otro lado, como sujetos del derecho de visita es evidente que corresponde a los progenitores, y para ello se pacta en el convenio la forma y de cómo el que no tiene la custodia podrá convivir con su hijo, situación que se puede aplicar para los casos de los hijos habidos fuera de matrimonio, pero debidamente reconocidos por los padres.

En nuestro Código Civil el artículo 267 transcrito en líneas anteriores , en su fracción II establece que dentro de las cláusulas del convenio de divorcio , se establecerán las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos; asimismo respecto de la medidas provisionales decretadas por el Juez Familiar en caso de divorcio necesario, como lo establece el artículo 282 transcrito anteriormente, dentro de su fracción III podrá resolver las modalidades del derecho de visita o convivencia de los menores con sus padres.

Para que la relación de visita pueda realizarse, deben participar tanto los titulares del derecho de visita como el progenitor que tiene a su cargo la custodia del menor; evidentemente pueden surgir conflictos de intereses entre quienes están dentro de ésta relación de visitas y convivencias. Esta es la razón para que los acuerdos en el convenio sean lo más claros posibles y perfilando el régimen de visitas con seriedad y sobre todo conservando los intereses del menor. Y en caso de incumplimiento a lo previsto en los convenios celebrados, quien sea el titular ofendido puede acudir ante el Juez y éste a su vez prevenir con los medios de apremio al que custodia al menor para que permita la convivencia, o para que el visitador entregue al menor o deje de influenciar a éste en contra del otro padre.

Asimismo existe la posibilidad de la modificación del convenio en lo relativo a la custodia. En el convenio se puede pactar las causas que darán origen al cambio de custodia ó en caso de no quedar establecido, el interesado puede acudir a los tribunales para solicitar su modificación inclusive para que se le otorgue la custodia del menor privándosela al otro progenitor que ha obstaculizado o incumplido con su deber.

## **2.4 AUTORIDAD COMPETENTE QUE DETERMINA LAS LIMITACIONES Y PÉRDIDA DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.**

El Estado a través del Derecho interviene y regula las relaciones familiares, nuestra Constitución en su artículo 4 nos dice:

“Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley. Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines. Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento. En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su

desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural. Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia”.

Dentro de este artículo reconoce que la organización y desarrollo de la familia está protegida por la ley, ya que la familia es una institución fundamental de la sociedad. Es preocupación del estado procurar la integración familiar, al ser conscientes que muchas de las carencias y problemas que observamos en la sociedad pueden evitarse, o superarse, al lograr una vida familiar sana; es importante observar como el derecho acompaña al ser humano desde su concepción hasta la muerte, lo acompaña en su relación con otros sea el cónyuge, concubino, los padres, hijos etc., esto con la finalidad de favorecer los fines de la familia.

Por tal motivo, el orden público es evidente en las relaciones familiares, ya que debemos entender que el orden público se constituye con los ideales y principios fundamentales sobre los cuales reposa la integración social. Estos principios fundamentales son de diversa índole, y así podemos encontrar ideales o principios sociales, políticos, culturales, morales, económicos y religiosos cuya conservación y promoción en el derecho se ha creído necesario mediante su incorporación en la norma. Así, el orden público se puede calificar según sean los ideales sociales que se incorporen en la norma. De esta manera, se puede señalar que existe un orden

público familiar, porque el Derecho de Familia en sus normas incorpora ideales morales, religiosos y culturales como son las tradiciones propias del núcleo familiar, que hacen a la familia necesarios para la integración y desarrollo del país.

Enfocándonos dentro del punto que nos interesa, es indispensable enfatizar en la protección de los derechos de los padres para con sus hijos y viceversa, respecto de la conservación y pérdida de la patria potestad y las limitaciones a este ejercicio como son la guarda y custodia del menor, así como el régimen de visitas y convivencias.

Durante la minoría de edad, generalmente el sujeto desconoce cuáles son sus intereses y qué papel juega dentro de nuestra sociedad, el Derecho debe determinarlos para que, sin excepción al ser conocidos, se le puedan otorgar.

El menor de edad se encuentra protegido tanto por el Derecho Penal como por el Derecho Familiar, se contemplan instituciones referidas a los hijos menores de edad con la finalidad de salvaguardar su existencia física y moral, por los actos que pudieran ejecutar en contra de su persona por no poseer aun conciencia, libertad, inteligencia y voluntad consciente.

Es por ello, que sabiendo que el estado jurídico familiar es permanente, deben regularse los deberes y obligaciones, esto conlleva la necesidad de contar con instituciones e instrumentos indispensables para éstos fines, tal y como lo dispone el artículo 14 de nuestra Carta Magna:

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que

no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

En el sentido de que:

“... nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho... ”.

Lo anterior en relación a lo establecido por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra nos dice:

“Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal. Cualquier persona puede

detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención. Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días. Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia. Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. Las

comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes. Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos. La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley. En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

En virtud de que:

“... nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”

La administración e impartición de justicia en el Distrito Federal corresponde al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y demás órganos judiciales que las leyes señalen con base en lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La distribución interna de las atribuciones jurisdiccionales entre los diversos jueces que conforman el Tribunal, se dividen de la siguiente manera: Juzgados en materia Civil, Penal, Familiar, de justicia para adolescentes y de paz.

**EL JUEZ FAMILIAR** del latín "*iudex*", Juez es la persona designada por el Estado para administrar justicia, dotada de jurisdicción para decidir litigios. En nuestro medio la palabra Juez puede tener dos significados: el primero de ellos y más general es aquel que lo referimos a todo funcionario titular de jurisdicción; Juez, se dice, es el que juzga. Por otro lado, y de manera más particular y precisa, Juez es el titular de un juzgado de primera instancia unipersonal.

El Juez aparece como la figura necesaria y principal del proceso, no porque él como tal sea sujeto de derechos (personas jurídicas), sino porque en él se encarna o se personifica el Estado; y es en realidad el estado quien, personificándose así llega a dar a través del proceso las providencias en que actúa su función jurisdiccional, esto implica que se encuentre legítimamente instituido y actuar con aquella formación constitutiva que las mismas leyes prescriben. La institución en concreto que implica automáticamente también la investidura de las atribuciones públicas, resultara de los correspondientes actos administrativos llevados a cabo de conformidad con la constitución y las leyes correspondientes.

Específicamente los jueces en materia Familiar conocerán:

1.- De los procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionados con el Derecho Familiar;

2.- De los juicios contenciosos relativos al matrimonio a su ilicitud o nulidad, de divorcio, que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio, que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones de las actas del Registro Civil, que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación. que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela, y las cuestiones de ausencia y de presunción de muerte, y que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, con su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma;

3.- De los juicios sucesorios.

4.- De los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil a la capacidad de las personas y a las derivadas del parentesco,

5.- De las diligencias de consignación en todo lo relativo a la materia familiar,

6.- De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados y,

7.- En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial.

De lo anterior y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal (*Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos,*

*corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso).* la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres, cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos corresponderá su ejercicio al otro, a falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en esa ley la patria potestad será ejercida por los ascendientes en segundo grado, en el orden que determine el Juez Familiar; asimismo el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice: *(Artículo 416.- En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles. Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajos los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial).*

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles. Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajos los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Respecto de la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal *(Artículo 444.- La patria potestad se pierde por*

resolución judicial en los siguientes supuestos: I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de éste Código. (Transcrito anteriormente). III.- En los casos de violencia familiar en contra del menor; IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada. El cónyuge o concubino que perdió la patria potestad por el abandono de sus deberes alimentarios, la podrá recuperar, siempre y cuando compruebe que ha cumplido con ésta obligación por más de un año, otorgue garantía anual, se le haya realizado un estudio de su situación económica y de su comportamiento actual, así como un diagnóstico psicológico; dichos estudios serán realizados por personal adscrito a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal o por perito en la materia en los términos del último párrafo del artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (Artículo 346.- La prueba pericial sólo será admisible cuando se requieran conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria de que se trate, más no en lo relativo a conocimientos generales que la ley presupone como necesarios en los jueces, por lo que se desecharán de oficio aquellas periciales que se ofrezcan por las partes para ese tipo de conocimientos, o que se encuentren acreditadas en autos con otras pruebas, o tan sólo se refieran a simples operaciones aritméticas o similares. Los peritos deben tener título en la ciencia, arte, técnica, oficio o industria a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse su parecer, si la ciencia, arte, técnica o industria requieren título para su ejercicio. Si no lo requirieran o requiriéndolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombradas cualesquiera personas entendidas a satisfacción del juez, aun cuando no tengan título. El título de habilitación de corredor público acredita para todos los efectos la calidad de perito valuador. **Tratándose de asuntos en materia familiar en los que se requiera el desahogo de una pericial, no le surtirán las reglas del presente capítulo, con excepción de lo dispuesto por el artículo 353 de este código, debiendo el Juez señalar perito único de las listas de Auxiliares de la Administración de Justicia o de institución pública o privada**). V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada; VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por

*el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos dolosos cuya pena privativa de libertad exceda de cinco años; VIII. Por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes; y IX. Cuando el menor haya sido sustraído o retenido ilícitamente, por quien ejerza ésta).*

La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de éste Código. III.- En los casos de violencia familiar en contra el menor; IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada; V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada; VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.

De lo anterior, se concluye que solo el Juez Familiar es quien tiene la facultad de resolver respecto de la pérdida y limitaciones en el ejercicio de la patria potestad, pero en el entendido de que alguna de las partes en el juicio no están de acuerdo con la resolución emitida por el Juez, puede solicitar a la segunda instancia, (sala familiar) mediante el recurso de apelación, revoque o modifique la resolución del inferior.

**EL MINISTERIO PÚBLICO:** Esta figura aparece cada día con mayor relevancia en el campo del proceso civil, como institución unitaria y jerárquica dependiente del Ejecutivo, está representado en el Juzgado Familiar por la persona que deberá opinar sobre los intereses de los ausentes, menores e incapacitados, actúa como consultor y asesor de Jueces y Tribunales. Será el responsable de estudiar y emitir su opinión sobre el convenio regulador presentado por los cónyuges. Tiene el derecho de ser

oído sobre los puntos del convenio relativo a la situación de los hijos menores, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquellos y de los que el cónyuge deba dar a otro mientras dure el procedimiento. De estos asuntos sólo tiene la facultad de oponerse a la aprobación de convenio en la parte relativa a los hijos, cuando considere que violan sus derechos o que éstos no quedan bien garantizados. Tiene adicionalmente el derecho de proponer las modificaciones que estime pertinentes sólo en esas materias, que podrán ser o no aceptadas por los interesados respecto de lo cual resolverá el Juez.

Rafael de Pina nos dice que el Ministerio Público ha sido considerado por Chiovenda como un órgano procesal, cuya función constituye "un oficio activo que tiene por misión fundamental promoverle ejercicio de la acción jurisdiccional en el interés público, y determinar acerca del modo de ejecutarla."<sup>22</sup> Ésta institución tiene una misión esencial que cumplir: "la de velar porque la ley sea generalmente respetada.

Asimismo, de Pina cita el concepto de Hugo Alsina respecto de la Representación Social estableciendo que: "al lado del poder judicial existe una magistratura particular que si bien no forma parte del mismo, colabora con él en la tarea de administrar justicia, y cuya principal función consiste en velar por el cumplimiento de las disposiciones que afecten el interés general. Los funcionarios que lo integran no tienen, dentro del proceso civil, ninguna facultad de instrucción y menos, por consiguiente la decisión pues ellas corresponden de manera exclusiva al Juez, o sea al tribunal propiamente dicho. Su intervención responde, en efecto, a principios que se atribuyen al ministerio público de manera específica, lo cual explica que en algunos casos actúen como representantes en el proceso, mientras que en otros desempeñan simplemente función de vigilancia."<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> PINA, Rafael De y CASTILLO LARRAÑAGA, José, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, Décimo Quinta Edición, México, 1982. Pág.134.

<sup>23</sup> *Ibíd.* Pág. 134.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en el artículo segundo, establece las atribuciones que ejerce el Ministerio Público, siendo entre otras las de:

1.- Promover la pronta, expedita y debida procuración de justicia, observando la legalidad y el respeto de los derechos humanos en el ejercicio de esa función.

2.- Proteger los derechos e intereses de las niñas, niños, adolescentes, incapaces, ausentes, personas adultas mayores y otros de carácter individual o social, que por sus características se encuentren en situación de riesgo o vulnerabilidad.

Asimismo en el artículo 8 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se especifica la función del Ministerio Público en materia familiar la cual se concreta a:

“Las atribuciones en asuntos del orden familiar, civil y mercantil, comprenden:

I. Intervenir, en su carácter de representante social, ante los órganos jurisdiccionales para la protección de los intereses individuales y sociales en general;

II. Intervenir en el trámite de incidentes ante los órganos jurisdiccionales no penales, de conformidad con la normativa aplicable;

III. Promover mecanismos alternativos de solución de controversias en los asuntos del orden familiar, como instancia previa al órgano jurisdiccional;

IV. Coordinarse con instituciones públicas y privadas que tengan por objeto la asistencia social de menores e incapaces para brindarles protección, y,

V. Las demás que establezcan las normas legales aplicables”.

Así pues la función del Ministerio Público dentro del ámbito familiar, resulta importante ya que auxilia al Juez Familiar a salvaguardar la integridad física y psíquica de los menores que frecuentemente se encuentran en situación de peligro ante la situación jurídica de los padres, ya que la mayoría de éstos utilizan como medio de ataque a sus propios hijos.

**LOS MAGISTRADOS DE SALAS FAMILIARES.** Como hemos visto, el Juez de lo Familiar auxiliado por el Ministerio Público, determina la situación jurídica del menor respecto de sus propios padres, pero es muy común observar que en muchas ocasiones los padres o quienes ejercen la patria potestad o guarda y custodia sobre el menor, no están de acuerdo con dicha resolución por lo que acuden a la segunda instancia mediante el Recurso de Apelación, el cual se tramita ante la sala, y en el caso específico que nos ocupa, la familiar.

La Sala es uno de los órganos constitutivos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal o sea el conjunto de magistrados que actúan como cuerpo colegiado, en los negocios de su competencia, para conocer de ellos y sentenciarlos.

La denominación de magistrado se emplea generalmente para designar al miembro de un órgano jurisdiccional colegiado, pero también se aplica a quienes ostentan las categorías superiores de la organización judicial.

1.- De los casos de responsabilidad civil y de los recursos de apelación y queja que se interpongan en asuntos de materia familiar, contra las resoluciones dictadas por los jueces del mismo ramo.

2.- De las excusas y recusaciones de los jueces del Tribunal Superior de Justicia, en asuntos del orden familiar.

3.- De las competencias que se susciten en materia familiar entre las autoridades judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y

Así, también los magistrados adscritos a las salas familiares intervienen en la resolución respecto de la pérdida y limitación en el ejercicio de la patria potestad, tomando como base lo actuado ante el Juez de primera instancia.

Pero si aun así; alguna de las partes en el juicio no está de acuerdo con la resolución emitida por la sala, puede promoverse el Juicio de Amparo, ante el Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil, pero éste solo determinará si es legal o no el acto emitido por la autoridad, si tiene efectos de inconstitucionalidad; lo que sólo verificará la autoridad de amparo si hubo violación a la garantía, la autoridad natural, Juez Familiar, la que resolverá conforme a la legalidad del acto.

## **2.5 EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LA PERSONA DE LOS HIJOS.**

La patria potestad es una función ejercitable en beneficio de los menores, que entraña esencialmente derechos derivados de la patria potestad. La misión que se encomienda a los padres requiere que éstos dispongan de ciertos derechos; pero éstos derechos, son al mismo tiempo deberes. Sin embargo, el cumplimiento de la misión paterna exige a su vez una sumisión y dependencia de los hijos, por lo que éstos también tienen, deberes que cumplir.

Los efectos de la patria potestad se dividen en: "efectos sobre la persona del hijo y efectos sobre los bienes del hijo" y a éste respecto solo nos enfocaremos a los efectos sobre la persona de los hijos, los cuales se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella como a la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros.

Por lo que se refiere a las relaciones personales, el menor debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, y por lo que hace a la función protectora

y formadora, el ascendiente está obligado a la guarda, convivencia, manutención y educación del menor, pudiendo corregirlo mesuradamente.

Dentro de la relación que existe entre los ascendientes y descendientes que ejercen la patria potestad debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición. El deber de respetar a los padres, es sin duda, de derecho natural que se funda en el IV mandamiento de la Ley de Dios, que ordena honrar al padre y a la madre, lo cual atiende no solo a un deber jurídico, sino a un deber moral, pero también debe imperar el respeto sobre quienes se ejerce la patria potestad, ya que de esta relación derivará en el buen funcionamiento de las relaciones entre los miembros de la familia.

El concepto de guarda presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso de su progenitor, por lo que su domicilio legal será el del que ejerce la patria potestad.

En el caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes de educación, alimentación y guarda pudiendo convenir los términos de su ejercicio.

Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos. El deber de los padres, de convivir con sus hijos, es natural consecuencia de la función de la patria potestad, pero es de advertirse que los tribunales pueden resolver respecto a ésta cuestión tomando en cuenta la conveniencia del menor. Lo anterior deriva en el hecho que no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y quienes ejercen la patria potestad.

Quien conserve la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. El cuidado de dirigir la educación del hijo, de normar su conducta o de formar su carácter e ideas, es parte esencial de la misión que los padres deben satisfacer, toda vez que la educación es la influencia psíquica con la finalidad de formar el carácter y el espíritu, es por ello que dicha educación debe ser moral ya que de estudios cada vez más numerosos, acerca de la delincuencia infantil, demuestran la importancia de la moralidad del ambiente y la eficacia del ejemplo familiar; y también deberá ser profesional lo cual constituye un avance muy importante en lo que se refiere a la situación del menor en el seno de la familia, y no obstante que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el artículo 3° respecto de la educación que el estado está obligado a impartir no serviría de nada si no se atribuye a quienes ejercen la patria potestad, el deber de procurar que el menor reciba oportunamente esa educación. *(Artículo 3o. Toda persona tiene derecho a recibir educación. El Estado Federación, Estados, Ciudad de México y Municipios-, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias. La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. El Estado garantizará la calidad en la educación obligatoria de manera que los materiales y métodos educativos, la organización escolar, la infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos. I. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa; II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. Además: a) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo; b) Será nacional, en cuanto sin hostilidades ni*

*exclusivismos atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura ; c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos, y d) Será de calidad, con base en el mejoramiento constante y el máximo logro académico de los educandos; III. Para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción II, el Ejecutivo Federal determinará los planes y programas de estudio de la educación preescolar, primaria, secundaria y normal para toda la República. Para tales efectos, el Ejecutivo Federal considerará la opinión de los gobiernos de las entidades federativas, así como de los diversos sectores sociales involucrados en la educación, los maestros y los padres de familia en los términos que la ley señale. Adicionalmente, el ingreso al servicio docente y la promoción a cargos con funciones de dirección o de supervisión en la educación básica y media superior que imparta el Estado, se llevarán a cabo mediante concursos de oposición que garanticen la idoneidad de los conocimientos y capacidades que correspondan. La ley reglamentaria fijará los criterios, los términos y condiciones de la evaluación obligatoria para el ingreso, la promoción, el reconocimiento y la permanencia en el servicio profesional con pleno respeto a los derechos constitucionales de los trabajadores de la educación. Serán nulos todos los ingresos y promociones que no sean otorgados conforme a la ley. Lo dispuesto en este párrafo no será aplicable a las instituciones a las que se refiere la fracción VII de este artículo; IV. Toda la educación que el Estado imparta será gratuita; V. Además de impartir la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior, señaladas en el primer párrafo, el Estado promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades educativos incluyendo la educación inicial y a la educación superior necesarios para el desarrollo de la nación, apoyará la investigación científica y tecnológica, y alentará el fortalecimiento y difusión de nuestra cultura; VI. Los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y modalidades. En los*

*términos que establezca la ley, el Estado otorgará y retirará el reconocimiento de validez oficial a los estudios que se realicen en planteles particulares. En el caso de la educación preescolar, primaria, secundaria y normal, los particulares deberán: a) Impartir la educación con apego a los mismos fines y criterios que establecen el segundo párrafo y la fracción II, así como cumplir los planes y programas a que se refiere la fracción III, y b) Obtener previamente, en cada caso, la autorización expresa del poder público, en los términos que establezca la ley; VII. Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio. Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere. El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios, a fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y a señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos aquellos que las infrinjan, y IX. Para garantizar la prestación de servicios educativos de calidad, se crea el Sistema Nacional de Evaluación Educativa. La coordinación de dicho sistema estará a cargo del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación. El Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación será un organismo público autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Corresponderá al Instituto evaluar la calidad, el desempeño y resultados del sistema educativo nacional en la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. Para ello deberá: a) Diseñar y*

realizar las mediciones que correspondan a componentes, procesos o resultados del sistema; b) Expedir los lineamientos a los que se sujetarán las autoridades educativas federal y locales para llevar a cabo las funciones de evaluación que les corresponden, y c) Generar y difundir información y, con base en ésta, emitir directrices que sean relevantes para contribuir a las decisiones tendientes a mejorar la calidad de la educación y su equidad, como factor esencial en la búsqueda de la igualdad social. La Junta de Gobierno será el órgano de dirección del Instituto y estará compuesta por cinco integrantes. El Ejecutivo Federal someterá una terna a consideración de la Cámara de Senadores, la cual, con previa comparecencia de las personas propuestas, designará al integrante que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara de Senadores presentes o, durante los recesos de esta, de la Comisión Permanente, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si la Cámara de Senadores no resolviera dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de integrante de la Junta de Gobierno aquel que, dentro de dicha terna, designe el Ejecutivo Federal. En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Ejecutivo Federal someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna designe el Ejecutivo Federal. Los integrantes de la Junta de Gobierno deberán ser personas con capacidad y experiencia en las materias de la competencia del Instituto y cumplir los requisitos que establezca la ley, desempeñarán su encargo por períodos de siete años en forma escalonada y podrán ser reelectos por una sola ocasión. Los integrantes no podrán durar en su encargo más de catorce años. En caso de falta absoluta de alguno de ellos, el sustituto será nombrado para concluir el periodo respectivo. Sólo podrán ser removidos por causa grave en los términos del Título IV de esta Constitución y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en representación del Instituto y de los no remunerados en actividades docentes, científicas, culturales o de beneficencia. La Junta de Gobierno de manera colegiada nombrará a quien la presida, con voto mayoritario de tres de sus integrantes quien desempeñará dicho cargo por el tiempo que establezca la ley. La ley establecerá las reglas para la organización y

*funcionamiento del Instituto, el cual regirá sus actividades con apego a los principios de independencia, transparencia, objetividad, pertinencia, diversidad e inclusión. La ley establecerá los mecanismos y acciones necesarios que permitan al Instituto y a las autoridades educativas federal y locales una eficaz colaboración y coordinación para el mejor cumplimiento de sus respectivas funciones).*

Ese deber de proporcionar educación y sentido de solidaridad social, compete primordialmente a los titulares de la patria potestad del grupo familiar la responsabilidad por su incumplimiento. Una educación es formativa de la personalidad del menor es por ello que la relación entre la educación profesional y la educación moral deben ir tomadas de la mano, y a ese respecto la intervención del estado es como coadyuvante en la labor formativa que compete y corresponde a la familia como grupo social y concretamente a quienes ejercen la patria potestad.

Quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica.

Los padres tienen sobre la prole la autoridad educadora y para los fines del ejercicio de ésta, un derecho de castigo. Entre las facultades surgidas de la patria potestad están, en efecto, las de corregir a los hijos. Se habla en estos casos, del derecho de corrección de los padres, derecho que al igual que los otros emanados de la patria potestad constituye también un deber, que ha de ejercitarse siempre dentro de ciertos límites, pasados los cuales existirá abuso del derecho y podría, el padre, caer incluso en la esfera del derecho penal, pudiendo los tribunales privar a los padres de la patria potestad o suspender el ejercicio de ésta si trataran a sus hijos con dureza excesiva, incorporándose en nuestro Código Civil el capítulo relativo a la "Violencia Familiar".

Como hemos visto el Derecho Romano reconoció a los padres el derecho de castigar a sus hijos ya que el padre tenía el derecho de vida y muerte de sus descendientes. En los tiempos actuales, ha ido debilitándose la idea antigua de las costumbres que permitían "golpear" a sus hijos, ya que de acuerdo con las orientaciones actuales sobre la patria potestad y con las tendencias pedagógicas modernas los civilistas estiman que un trato adecuado del niño, basado en el amor, es, en general, más eficaz que el castigo para la corrección y sana formación de los hijos.

## **2.6 PÉRDIDA, SUSPENSIÓN, LIMITACIÓN Y TERMINACIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.**

La patria potestad es susceptible de perderse, suspenderse y limitarse.

### **TERMINACIÓN.**

Artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice:

“La patria potestad se acaba:

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

a) POR MUERTE DE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga, produce la extinción de la patria potestad al carecerse de sujeto que pueda ejercerla.

b) POR EMANCIPACIÓN DERIVADA DEL MATRIMONIO.- La emancipación constituye el final anticipado de la patria potestad que el menor obtiene por el solo hecho de contraer matrimonio, adquiriendo así el gobierno de su persona y la administración de sus bienes. En nuestra legislación el menor de 18 años que contrae matrimonio se emancipa; esto es, adquiere una capacidad menos plena pero que le autoriza a manejar sus asuntos como si fuera mayor, con excepción de dos limitantes:

1.- Necesita un tutor para atender sus asuntos judiciales, incluido el divorcio y,

2.- Requiere autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces.

En caso de disolución del matrimonio, el menor no recae nuevamente en la patria potestad, pero requiere de autorización para volver a casarse, pues se ha considerado que en su matrimonio existe un interés familiar.

c) MAYORIA DE EDAD.- La patria potestad termina al alcanzar el hijo su mayoría edad. Desde ese momento, se presume que el hijo no necesita la función protectora del padre. La mayoría de edad como se ha dicho en nuestra legislación se obtiene al cumplir los 18 años y al llegar a ella el menor adquiere plena capacidad para el ejercicio de sus derechos y uso Y disposición de todos sus bienes, terminando así la patria potestad.

d) POR LA ADOPCIÓN.- Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes. Para que la adopción pueda tener lugar requiere entre otras cosas del consentimiento de quien ejerce la patria potestad sobre el menor que se va a adoptar, esto significa que el que conforme a la ley se encuentre en ejercicio de tal derecho perderá la patria potestad sobre el hijo que dé en adopción, con lo cual se otorga pleno derecho de éste ejercicio a quienes adopten al menor.

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

#### PERDIDA:

El artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice:

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

I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de éste Código. (Transcrito en líneas anteriores).

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

IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada. El cónyuge o concubino que perdió la patria potestad por el abandono de sus deberes alimentarios, la podrá recuperar, siempre y cuando compruebe que ha cumplido con ésta obligación por más de un año, otorgue garantía anual, se le haya realizado un estudio de su situación económica y de su comportamiento actual, así como un diagnóstico psicológico; dichos estudios serán realizados por personal adscrito a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal o por perito en la materia en los términos del último párrafo del artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal; (transcrito con anterioridad).

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

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

VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos dolosos cuya pena privativa de libertad exceda de cinco años;

VIII. Por el incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado al que ejerza la patria potestad, tendientes a corregir actos de violencia familiar, cuando estos actos hayan afectado a sus descendientes; y

IX. Cuando el menor haya sido sustraído o retenido ilícitamente, por quien ejerza ésta”.

La patria potestad sólo se pierde por resolución judicial, y esto no implica la cesación de las obligaciones que tienen los ascendientes respecto de los descendientes, de forma especial la de proporcionar alimentos. Se pierde cuando mediante resolución judicial se haya condenado a su pérdida por las siguientes:

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

II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal vigente.

III.- En los casos de violencia familiar en contra el menor; siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida. La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato.

Lo anterior deriva íntegramente del artículo 200 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que a letra dice: a quien por acción u omisión, ejerza cualquier tipo de violencia física, psicoemocional, sexual, económica, patrimonial o contra los derechos reproductivos, que ocurra o haya ocurrido dentro o fuera del domicilio o

lugar que habite, en contra de: I. El o la cónyuge, el o la ex-cónyuge, la concubina, ex-concubina, el concubinario o ex concubinario; II. El pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin límite de grado, o el pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado; III. El adoptante o adoptado; IV. El incapaz sobre el que se es tutor o curador; y V. La persona con la que se haya constituido sociedad en convivencia. Se le impondrá de uno a seis años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima incluidos los de carácter sucesorio, patria potestad, tutela y alimentos, y se decretarán las medidas de protección conforme a lo establecido por este Código y la legislación de procedimientos penales aplicable al Distrito Federal; además se sujetará al agente a tratamiento especializado que para personas agresoras de violencia familiar refiere la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, el que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por cualquier otro delito. No se justifica en ningún caso como tratamiento médico o rehabilitación la violencia hacia cualquier persona con algún trastorno mental, ni como forma de educación o formación hacia los menores.

Por lo que se entiende que la Violencia Familiar constituye un delito, que previa denuncia o querrela y acreditación de los elementos que constituyen el tipo penal, haya sido consignado ante el Juez Penal y éste a su vez haya emitido la resolución que corresponda condenando al que en ejercicio de la patria potestad cometió el delito, con lo cual se estaría acreditando que existe violencia familiar, cuestión que el Juez de lo Familiar, deberá tomar en consideración para resolver respecto de la pérdida del ejercicio de la patria potestad.

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

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

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

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

#### LIMITACIÓN:

“Artículo 444 Bis.- La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este Código”.

Las limitaciones en el ejercicio de la patria potestad responden a criterios de orden público de protección a ciertas personas, en el caso que nos ocupa de los menores. Ésta solo podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación a través del convenio celebrado por las partes ó en su caso, por la propia determinación del Juez.

Debe tomarse en cuenta que la patria potestad es irrenunciable y que existen normas que limitan el alcance de lo que puede convenirse en relación al ejercicio de la patria potestad, ya que se trata de una institución de orden público, por medio del cual se restringe la facultad de las personas en relación a ciertos actos. Esta limitación puede ser voluntaria o forzosa.

Voluntaria.- Se establece mediante el convenio celebrado por los padres que ejercen la patria potestad cuyo contenido se integra con deberes, obligaciones y derechos familiares.

Forzosa: Esta limitación se establece en virtud de que las partes no logran convenir de forma voluntaria respecto de situación jurídica de los hijos, por lo que al

predominar el interés superior de que son objetos los menores el Juez de lo Familiar con intervención del Ministerio Público, determina las limitaciones que considere serán favorables para el menor en conflicto, atendiendo a que la ley les encomienda vigilar que los pactos se ajusten al orden público, al interés social, a las buenas costumbres.

Estas limitaciones derivan en la guarda y custodia del menor y el derecho a las, visitas y convivencias.

### SUSPENSIÓN:

El Artículo 447 del código civil para el distrito federal nos indica que:

“La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III.- Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, y que amenacen con causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor;
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.
- V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consaguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.
- VI.- Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente, salvo lo dispuesto por la fracción IX del artículo 444 del presente Código; y
- VII.- En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo de acuerdo a lo dispuesto en el presente Código y del artículo 902 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”.

La patria potestad se suspende por:

1.- Incapacidad declarada judicialmente.

2.- Ausencia declarada en forma.

3.- Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la ley general de salud y de las ilícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio, cualquiera que éste sea al menor.

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

5.- Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.

6.- Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.

7.- En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal y del artículo del 902 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La patria potestad no es renunciable, el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice:

“Artículo 448. La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño., pero aquellos a quienes corresponda ejércela pueden excusarse:

## **2.7 MEDIDAS DE APREMIO QUE IMPONE LA AUTORIDAD JUDICIAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES RESPECTO DE LA PATRIA POTESTAD.**

Las medidas de apremio, son fórmulas de coacción que pueden utilizar los juzgadores para hacer cumplir sus determinaciones.

La expresión "apremio" proviene del verbo latino "*premer*" equivalente a la acción de oprimir, apretar y significa presionar al litigante a cumplir con la realización de algún acto, mandado por el juzgador.

Eduardo Pallares establece que: "el apremio es el acto judicial por medio del cual el Juez constriñe u obliga a alguna de las partes para que ejecute algo o que se abstenga de hacerlo."<sup>24</sup>

La expresión "cumplimiento" es la acción de cumplir. El verbo cumplir, del latín "*cumplire*", en la acepción forense, es acatar lo ordenado en la determinación jurisdiccional.

Consideramos que, en efecto, en el apremio existe un imperio por el que se constriñe a la realización forzada de una conducta. El sujeto agente del apremio ha de ser un órgano dotado de la imperatividad estatal. El sujeto pasivo es la parte que ha participado en el proceso y que obstaculiza la eficacia de la resolución jurisdiccional.

---

<sup>24</sup> DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Editorial, Porrúa, Décima Primera Edición, México, 1988. Pág. 100.

Por otra parte, el apremio es el resultado de un proceso especial, que a su vez, tiene como causa una hipótesis de incumplimiento con el mandato judicial.

La medida de apremio es el procedimiento de derecho vigente que tiende a la obtención de la eficacia de las resoluciones judiciales, o laudos arbitrales o convenios, en los casos de desacatamiento.

Es de importancia distinguir las diversas determinaciones que son factibles de su cumplimiento a través de las medidas de apremio:

1.- Resoluciones judiciales: estas pueden ser acuerdos o sentencias definitivas;

2.- Convenios judiciales: consistentes en que las partes durante la tramitación del proceso contencioso llegaron a un acuerdo de voluntades fue aprobado por la autoridad judicial, éste se convierte en una resolución susceptible de cumplimiento.

En el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se encuentran previstos los medios de apremio como medidas de presión para forzar el cumplimiento de las determinaciones judiciales, estableciendo que:

“Artículo 73.- Los jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio, sin que para ello sea necesario que el juzgador se ciña al orden que a continuación se señala:

I. La multa hasta por las cantidades a que se refiere el artículo 62, la cual podrá duplicarse en caso de reincidencia;

II. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario;

III. El cateo por orden escrita;

IV. El arresto hasta por treinta y seis horas;

V. La presentación de los testigos por la fuerza pública.

Si el caso exige mayor sanción, se dará parte al Ministerio Público”.

El artículo 62 del Código Procesal dispone que:

“Artículo 62.- Se entenderá por corrección disciplinaria:

I. El apercibimiento o amonestación;

II. La multa, que será en los Juzgados de lo Civil de Proceso Oral así como en los juzgados de lo civil de cuantía menor, como máximo de seis mil pesos; en los de Primera Instancia de treinta mil pesos como máximo; y en el Tribunal de Alzada de sesenta mil pesos como máximo. Estas multas se duplicarán en caso de reincidencia. Los montos de las multas que se impongan por los órganos jurisdiccionales se actualizarán en forma anual con base en la variación observada por la inflación en el valor del Índice Nacional de Precios al Consumidor, publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, entre la última actualización de dicho monto y el mes de noviembre del año en cuestión. A falta de uno o de otro, serán aplicables los que los sustituyan.

III. Los que resistieren a cumplir la orden de expulsión serán arrestados hasta por un término de seis horas.

IV. Se deroga.

El juez podrá imponer cualquiera de las correcciones disciplinarias anteriores, sin sujetarse a orden alguno, motivando para ello su resolución”.

La justificación de la aplicación de la medida de apremio por la autoridad judicial, es en base a que el Estado está interesado en que se cumplan las resoluciones judiciales, pues el interés social radica esencialmente en que las apuntadas resoluciones sean prontas y debidamente cumplidas, para lo cual el legislador reglamentó medidas de apremio; pero su uso no es absoluto sino limitado a aquellos casos en los que necesariamente deban utilizarse, hipótesis en la cual se requiere justificar legalmente dicha aplicación; además, no basta el incumplimiento, sino que se requiere de una conducta omisa a la orden judicial, que se presenta si en múltiples ocasiones se comunicó que debía darse cumplimiento a la orden y el resultado fue la negativa.

Las resoluciones judiciales factibles de hacerse cumplir mediante el apremio pueden ser clasificadas en tres grupos:

1.- El que comprende todos aquellos mandamientos, respecto de los cuales los litigantes tienen una especie de opción, para acatarlos o no, según su conveniencia, aunque expandiéndose a sufrir consecuencias en su desacato. Un ejemplo claro para este tipo de resoluciones podría ser el auto que da entrada a una demanda y en la que se fija un término para la contestación; el demandado puede si quiere contestar la demanda, haciendo valer las excepciones que quiera, o en su caso, dejar de contestarla, aunque exponiéndose a las consecuencias que la falta de contestación haya de producir, pues no hay ley, ni precepto por el que se pueda obligar al demandado a producir su contestación.

2.- El de aquellas determinaciones que deben forzosa e ineludiblemente ser obedecidas; pueden consistir en la ejecución de actos positivos, como por ejemplo la de restituir al hijo al padre que tiene la guarda y custodia sobre el mismo, o a permitir la convivencia del hijo con el padre que tiene éste derecho. Respecto de ésta clase de determinaciones, los jueces deben emplear los medios de apremio establecidos o las medidas especiales que otras leyes prevengan para obligar al cumplimiento de su determinación.

3.- El de las resoluciones que son meramente declarativas, por no entrañar ningún principio de ejecución.

Los medios o medidas de apremio no se deben confundir con la "vía de apremio", establecida para ejecutar las sentencias. Mientras que la "medida de apremio" es el acto judicial por medio del cual, el Juez se constriñe u obliga a alguna persona, para que ejecute algo o se abstenga de hacerla: la "vía de apremio" es el procedimiento especial establecido en la ley, para ejecutar las sentencias o los convenios judiciales.

Asimismo es necesario establecer que la aplicabilidad de los medios de apremio están sujetos a varias condiciones:

a) La existencia de una determinación, justa y fundada en derecho que deba ser cumplida por alguna de las partes;

b) Que la determinación haya sido real y efectivamente notificada al obligado, con el apercibimiento de que de no ser obedecida, se le aplicarían los medios de apremio;

c) Que conste en autos, o por lo menos que de ellos se desprenda la oposición a la negativa del obligado a obedecer el mandamiento judicial;

d) A que haya razón grave, a juicio del Juez, para decretar el medio de apremio,

En el caso que nos ocupa, cuando en un juicio familiar se ha resuelto respecto de la guarda y custodia de los menores hijos, así como del régimen de visitas y convivencias a que tiene derecho el padre que no tiene la custodia de los hijos, el problema surge cuando el padre que no tiene la custodia de los hijos los tiene bajo su poder y se niega a entregarlos a quien legalmente debe tenerlos, igualmente sucede cuando el padre que tiene la custodia de los hijos no permite al que tiene el derecho de visitas y convivencias llevar a cabo la convivencia, en este caso el Juez debe hacer cumplir la resolución emitida mediante los medios de apremio previstos en la ley y si se continua con el incumplimiento de lo ordenado por el Juez, se puede proceder por vía penal toda vez que podríamos estar en el supuesto de que se configure el ilícito de desobediencia de particulares o de privación ilegal de la libertad en su modalidad de retención o sustracción de menor, cuestión que brevemente analizaremos en el siguiente punto.

## **CAPÍTULO 3**

### **“CONDUCTAS DELICTIVAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES RESPECTO DE LA PATRIA POTESTAD.”**

#### **3.1 DESOBEDIENCIA DE PADRES O TUTORES.**

Como hemos visto del contenido del artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal transcrito en líneas anteriores, se advierte que la atribución conferida a los jueces, para emplear los medios de apremio que considere pertinentes con el objeto de procurar el cumplimiento de sus determinaciones, pero estos medios de apremio se ven limitados ya que cada medio de apremio puede utilizarse sólo una vez, respecto al incumplimiento de determinada obligación en el procedimiento correspondiente, con excepción de la multa, que puede duplicarse, en caso de reincidencia, por mandamiento específico. El propósito perseguido con la medida de apremio es el de dotar al juzgador de un instrumento sencillo, ágil, inmediato y directo, para que pueda emprender una actuación encaminada al vencimiento de la resistencia al cumplimiento de las obligaciones que resulten a los sujetos vinculados a un procedimiento judicial, antes de ocurrir ante diferentes autoridades en otras instancias o procesos. Esto se evidencia en el precepto en comento, porque en el primer párrafo autoriza el empleo de cualquiera de las medidas que enumera enseguida, sin expresar que si no se consigue el acatamiento se puede imponer nuevamente el medio de apremio, ya que para tal supuesto da otra solución, consistente en que "si el caso exige mayor sanción, se dará parte a la autoridad competente", y este canon está en armonía con el artículo 281 del Código Penal para el Distrito Federal, que al referirse al delito cometido los particulares al desobedecer un mandato legítimo de la autoridad, estableciendo que:

“ARTÍCULO 281. Se le impondrá de seis meses a dos años de prisión o de trabajo en favor de la comunidad, al que rehusare prestar un servicio de interés público al que la ley lo obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad.

La misma pena se le impondrá a quien debiendo declarar ante la autoridad, sin que le aproveche las excepciones establecidas para hacerlo, se niegue a declarar.”

Este precepto a su vez se relaciona con lo dispuesto el artículo 284 de dicho ordenamiento que dispone:

“ARTÍCULO 284. Cuando la ley autorice el empleo de medidas de apremio para hacer efectivos los mandatos de la autoridad, la consumación de los delitos de desobediencia y resistencia de particulares, se producirá en el momento en que se agote el empleo de tales medidas de apremio”.

Esto es, el Juez queda facultado para buscar el cumplimiento mediante el apercibimiento y empleo, en su caso, del medio de apremio que considere eficaz para ese fin, pero si no lo consigue, se agota su actividad en este punto, y queda demostrada la ineficacia de la medida adoptada, por lo cual deberá denunciar los hechos ante el Ministerio Público, para que se practique la averiguación correspondiente y se ejercite la acción penal, si así se considera procedente.

Concretamente si el padre que debe entregar al menor a quien tiene la guarda y custodia se rehusare a hacerla, o el padre que tuviera la custodia del menor no permite la convivencia con el otro, no obstante se hayan agotado los medios de apremio previstos en la ley para hacer cumplir dicha determinación y habiendo quedado debidamente establecido en los autos relativos, encuadra en la hipótesis prevista en el artículo 281 del Código Penal para el Distrito Federal, ya que se está en el supuesto de la desobediencia de un mandato legítimo de la autoridad, y se dice legítimo, porque la resolución emitida por el órgano jurisdiccional ha resuelto en base a un procedimiento en el cual las partes fueron escuchadas, ofreciendo pruebas y fueron libres de interponer los recursos que consideraron pertinentes en base a lo que consideraran fuera de Derecho.

### 3.2 PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD.

La privación ilegal de la libertad de un menor constituye un enunciado complejo, en cuanto a su contenido y efectos en el ámbito social, de tal manera, y para mayor entendimiento del término citado, realizaremos el análisis de cada elemento con la finalidad de estar en posibilidad de situar su esencia dentro del marco jurídico.

La privación de la libertad puede hacerse conforme a la ley, sin que se esté violando el derecho a la libertad, pero en ocasiones sucede que alguna persona es privada de dicha libertad, sin que haya una orden expresa de un Juez, en ese momento se presenta la privación ilegal de la libertad a una persona, en virtud de arrebatarse el derecho natural de la libertad inherente a la persona.

Por lo que hace al término "privar", se puede entender como la prohibición del derecho de algo a una persona o privarlo de realizar actividades, a las que, como tal tiene ese derecho.

El Jurista Francisco Pavón Vasconcelos, refiere que "la privación de la libertad es un ataque directo a la libertad física de la persona, por cuanto le priva de la libre locomoción o de ambulación o bien limita a ésta, lo constituye la figura típica de la privación de la libertad... y que comete exclusivamente un particular en agravio de otro particular."<sup>25</sup>

En este sentido José Luis Borges manifiesta: "privación, es la acción y efecto de privar, arrebatarse a uno algo que poseía o gozaba es decir, prohibir o vedar los derechos de la ciudadanía."<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> DICCIONARIO DE DERECHO PENAL, Editorial Porrúa, 2a edición, México, 1999. Pág. 821.

<sup>26</sup> BORGES, JORGE LUIS, "Diccionario Enciclopédico Grijalbo", Editorial Grijalbo, Colombia, 1994. Pág. 1505.

Marco Antonio Díaz de León establece que: "la privación ilegal de la libertad es el delito que comete aquel particular que, fuera de los casos que expresamente autoriza la ley, detenga o arreste a una persona en algún lugar."<sup>27</sup>

Respecto a lo que pudiera ser ilegal, se podría definir como el hecho que es contrario a la ley, o lo que va contra las buenas costumbres.

### 3.2.1 CONCEPTO DE LIBERTAD.

Del latín "*libertas-atis*", que indica la condición del hombre no sujeto a esclavitud. La libertad es una consecuencia de la naturaleza racional del hombre.

Se habla de libertad en sentido amplio, como la ausencia de trabas para el movimiento de un ser.

En su acepción filosófica, el vocablo libertad tiene un significado más preciso. La libertad se entiende como una propiedad de la voluntad, gracias a la cual ésta puede adherirse a uno de entre los distintos bienes que le propone la razón.

La libertad constituye una capacidad que por naturaleza y derecho el ser humano adquiere desde el momento de su concepción hasta el momento de su muerte, o bien por disposición expresa fundada y motivada por la ley.

En lenguaje común la libertad es aquella garantía que tienen todos los ciudadanos de no verse privados de ella, salvo en ciertos casos determinados por la ley y cuando previamente exista el procedimiento que se relacione con tal restricción a la libertad tramitado ante la autoridad correspondiente.

---

<sup>27</sup> DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL, 3° Edición, México, Editorial Porrúa, 1997. Pág. 1762.

El ser humano desde las primeras horas de su existencia aparece desvalido e insuficiente, no puede prescindir de la ayuda de los demás para la conservación de su propia vida individual y su supervivencia en lo colectivo. El hombre nace libre y ha de poner sus miras en forjarse su propia personalidad.

El concepto de la palabra libertad es tan flexible, que ha podido aplicarse no sólo al individuo y a su conducta, sino a los animales y las cosas, unas veces en sentido físico, otras para expresar ideas morales o jurídicas.

El Jurista colombiano Jorge Luis Borges menciona: "libertad es la facultad del ser humano de optar a una conciencia de raíz objetiva, aunque no sea universal entre distintos comportamientos, actuaciones concretas o posibilidades de pensamiento, capacidad del individuo de desarrollarse individual o socialmente, sin más obstáculo que el respeto recíproco."<sup>28</sup>

Todos los individuos pertenecientes a un Estado de derecho, tienen la libertad de elegir lo más conveniente para su mejor desarrollo, dentro de la sociedad, ya que el mismo estado le otorga esa libertad, siempre y cuando no vaya en contra de lo establecido por la ley. En cuanto a la libertad, podemos explicarlo desde varios puntos de vista, pero el de importancia para efectos del presente estudio, es el derecho a la libertad que tiene un individuo en su persona, posesiones, derechos etc.

### 3.2.2 LIBERTAD JURÍDICA.

Como hemos citado la libertad es un derecho que todos debemos respetar, y que nadie tiene la facultad de privarlos, excepto en los casos en que el propio estado establezca.

---

<sup>28</sup> BORGES, JORGE LUIS, op. Cit. Pág. 1121.

Justiniano expresa: "*naturalis facultas eius, quod cuique jacere libet, nisi si quid aut viaut iure prohibetur*" (la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo que se lo impida la fuerza o del derecho), la libertad es un don de Dios al hombre ya la ley solo le toca reconocerla y los dos únicos obstáculos que se oponen a la libertad son: los derechos y la fuerza física, la cual cuando no va acompañada de derecho, se puede resistir, y de ser necesario se solicita el auxilio de la ley."<sup>29</sup>

La libertad individual como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió, en un derecho público cuando el Estado se obligó a respetarla, traduciéndose en una relación jurídica entre la entidad política, siendo las autoridades, por un lado, y los gobernantes por el otro. Esta relación de derecho surgió cuando el Estado, por medio de sus órganos autoritarios, decidió respetar una esfera literaria a favor del individuo, creando para los sujetos un derecho y una obligación correlativa. Un derecho para el gobernado como potestad o facultad que reclamar al estado y a sus autoridades el respeto, es entonces cuando la libertad humana se convierte en una garantía individual, engendrando un derecho subjetivo público para su titular, consistente en su respeto.

Podemos concluir lo anterior diciendo, que en sentido jurídico, la libertad es la posibilidad de actuar conforme a la ley.

El ámbito de la libertad jurídica comprende: obrar para cumplir las obligaciones, no hacer lo prohibido, y hacer o no hacer lo que no está ni prohibido ni mandado. Esta concepción supone que la leyes un mandato racional, de modo que el actuar conforme a la ley equivale a actuar conforme a la razón, esta equivalencia se da propiamente en la ley natural, lo cual no es más que lo que la misma razón prescribe al hombre como norma de obrar en orden a su perfeccionamiento integral. La libertad jurídica en relación al derecho positivo, consiste entonces, en la posibilidad

---

<sup>29</sup> ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA, Editorial Espasa-Calpe S.A., volumen 30 de Leo-Lom, Madrid, España, 1992. Pág. 458.

de obrar conforme a la ley positiva en tanto la libertad sea conforme con la ley natural. Entendida así, la libertad jurídica implica la posibilidad de resistencia frente a la ley injusta.

En el Derecho Constitucional se habla de algunas "libertades" fundamentales, como la libertad de imprenta, libertad de educación, libertad de tránsito, aunado a que existe libertad en la conservación de propiedades, posesiones o derechos de los ciudadanos. Aquí la palabra libertad denota un derecho subjetivo, es decir, el derecho que tienen las personas a difundir sus ideas, a educar a sus hijos, a entrar y salir del país, a no ser privados de sus derechos etc., mientras no sean limitados mediante juicio o resolución previa emitida por la autoridad competente, en virtud de resultar fuera de derecho en el ámbito de la sociedad en que se actúa, en tal virtud se podrá decir que los hombres actúan en la sociedad con libertad, ya que los derechos de la persona humana son expresión de la ley natural, y la libertad jurídica, como ya hemos mencionado, consiste esencialmente en la posibilidad de obrar conforme a esa ley natural, no es poder ni capacidad derivada de la naturaleza sino un derecho.

La libertad es un bien inherente a la personalidad humana, en su conservación es objeto de la debida tutela de la ley penal. La libertad no es un derecho absoluto, sino que está constituida por un conjunto de derechos que el individuo puede ejercitar y cuyo límite está fijado, precisamente, por el ejercicio de los demás y las restricciones indispensables para el desenvolvimiento de la vida en comunidad, todo lo cual resulta de las imposiciones del ordenamiento jurídico, tendientes a mantener el orden social y evitar la lesión en los derechos ajenos.

En México la libertad constituye una de las prioridades más importantes, pues al remitirnos a nuestra carta magna nos encontramos con diversas disposiciones que aluden a la libertad, así pues el artículo 1º de nuestra Carta Magna establece:

*“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados*

*internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.*

"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

Por lo que debemos entender que la libertad es una garantía que cada individuo tiene, en este orden de ideas, el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece las condiciones en las que solo podrá restringirse o suspenderse la libertad:

*“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las*

*Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.*

De lo consagrado en nuestra Constitución Federal, el derecho a la libertad sólo podrá ser restringido en virtud de un procedimiento que tenga como resultado una resolución judicial.

De lo anterior se concluye que la privación ilegal de la libertad, es la conducta que realiza una persona con la finalidad de privar la libertad de otra, así como se establece en el Libro Segundo parte especial título cuarto que nos muestra los delitos contra la libertad personal.

El artículo 366 quater del Código Penal de 1931, tipifica la privación ilegal de la libertad del menor, al igual que el artículo 173 del Código Penal vigente para el Distrito Federal tipifica la retención y sustracción del menor, en ambos se castiga la privación física a la libertad del menor realizada por un familiar sin justificación legalmente permitida.

### **3.3 RETENCIÓN Y SUSTRACCIÓN DEL MENOR EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.**

#### **3.3.1 CONCEPTO DE RETENCIÓN.**

La palabra retención, proviene del latín *retentio-onis*, acción y efecto de retener, retener del latín *retineve*, la no devolución de una cosa por parte de quien la tiene tangiblemente a quien tiene el derecho de poseerla.

En el caso que nos ocupa la retención de un menor se da cuando quien teniendo legalmente la guarda y custodia de un menor solicita la entrega del mismo y quien lo tiene físicamente se niega a entregarlo o bien quien teniendo el derecho de convivencia no la pueda llevar a cabo debido a que quien tiene la custodia del menor no permite dicha convivencia.

### 3.3.2 CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN.

La palabra sustracción se entiende como la acción de quitar una cosa, separar de quien la tiene físicamente o apartar de lugar en el que se encuentra.

La sustracción de un menor consiste en separarlo del lugar en el que habitualmente reside con quien legalmente tiene el derecho de guarda y custodia de dicho menor.

### 3.3.3 SUJETOS.

En el ámbito penal se distinguen dos clases de sujetos: sujeto activo y sujeto pasivo.

#### 3.3.3.1 SUJETO ACTIVO.

El sujeto activo del delito es el autor del mismo, entendiendo que el ente humano es la única criatura capaz de ser sujeto activo de los delitos, ya que la capacidad de delinquir solo reside en los seres racionales, pues no es posible hablar de delincuencia y culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, facultades exclusivas del hombre.

El hombre es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible o bien cuando participa en la comisión del delito, contribuyendo a su ejecución. El sujeto activo en cuanto a su calidad, se presenta

cuando en ocasiones el tipo exige determinadas características. Esto es, cuando el tipo exige determinada calidad del sujeto activo para poder ser autor del delito y de integrar el mismo, con relación a aquel que no tiene la calidad exigida.

### 3.3.3.2 SUJETO PASIVO.

El sujeto pasivo en la perpetración de un delito es quien sufre directamente la acción, es sobre quien recaen todos los actos materiales utilizados en la realización del ilícito, es el titular del derecho dañado.

El sujeto pasivo de la conducta será la persona a quien se arrebatara la cosa en el caso del delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de retención o sustracción de menor será quien tenga bajo su guarda y custodia al menor, o quien tenga el derecho a convivir con éste.

## CAPÍTULO 4

### **“ANÁLISIS DE LOS CONFLICTOS SURGIDOS EN LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD EN SU MODALIDAD DE SUSTRACCIÓN O RETENCIÓN DEL MENOR RESPECTO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL ARTÍCULO 366 QUATER DEL CÓDIGO PENAL DE 1931 Y EL ARTICULO 173 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.”**

Como hemos visto el delito de retención y sustracción de menores realizado por sus padres ha sido modificado en su contexto una sola vez desde que fue previsto en la legislación penal, pero en la antigua redacción como en la actual ha sido confusa y omisa en algunos aspectos, por lo que consideramos importante realizar un análisis desglosando las hipótesis relativas a los padres de los menores en ambas legislaciones, posteriormente realizaremos un estudio comparativo de dichas hipótesis y propondremos reformar el artículo 173 del Código Penal para el Distrito Federal.

#### **4.1 LA SUSTRACCIÓN Y RETENCIÓN DEL MENOR COMETIDA POR LOS PADRES EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD PREVISTA EN EL ARTICULO 366 QUATER DEL CÓDIGO PENAL DE 1931.**

El artículo 366 quater del Código Penal de 1931 en el primer párrafo, establece:

"Cuando el ascendiente sin limitación de grado o pariente consanguíneo colateral o por afinidad hasta el cuarto grado de un menor, lo sustraiga o cambie del domicilio donde habitualmente reside, lo retenga o impida que regrese al mismo sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o resolución de autoridad competente, no permitiendo a la madre o al padre convivir con el menor o visitarlo, se le aplicará una pena de uno a tres años de prisión y de treinta a trescientos días multa."

Del supuesto de éste tipo penal surgen varias hipótesis, la primera cuando no existen limitaciones en el ejercicio de la patria potestad, la segunda cuando la patria potestad es limitada, esto es que el Juez de lo Familiar haya determinado la guarda y custodia, así como el régimen de visitas y convivencias para con alguno de los padres, y tercera cuando alguno de los padres ha perdido la patria potestad.

Analicemos a continuación cada uno de los supuestos citados.

#### 4.1.1 CUANDO AMBOS PADRES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD SIN LIMITACIONES.

Como se ha establecido durante la presente investigación desde la antigüedad la patria potestad es un derecho que tienen los padres sobre sus hijos, y que a través del tiempo este derecho se amplió a la madre y abuelos, derecho, que no puede ser restringido de tajo, es decir, debe existir un procedimiento tramitado ante el Juez Familiar, en el que deberán aportarse elementos probatorios por las partes en el juicio, para así poder determinar la pérdida o limitación a este derecho, es decir que haya resuelto respecto a la guarda y custodia o régimen de visitas y convivencias que tendrá el padre con sus menores hijos que no estén bajo su custodia.

De ésta hipótesis se desprende que si los padres sólo están "separados" sin que exista un juicio previo en el que se haya establecido dicha separación o alguna limitación en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, ambos aun estando separados continúan ejerciendo la patria potestad sobre sus menores hijos y como hemos citado anteriormente se encuentran en igualdad de derechos para con sus hijos.

Lo anterior, es en base principalmente a la libertad natural que tienen los padres de ejercer la patria potestad sobre sus hijos y de no ser así nuestra carta magna en el artículo 14 de la Constitución Federal (antes transcrito) se establece que:

“...nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento v conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...”

Aunado a lo anterior el artículo 16 de nuestra Carta Magna (transcrito en líneas anteriores) expresa que:

“... nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”

De lo anterior podemos observar que resulta contradictorio al establecer el artículo 366 Quater del Código Penal de 1931 para el Distrito Federal en su primer párrafo que comete delito el "ascendiente sin limitación de grado", entendiéndose con esto que los padres son los ascendientes en primer grado, y posteriormente establece: "... sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad". Así pues se entiende que se está coartando el derecho de los padres de convivir y tener a sus hijos bajo su potestad, sin que exista previo procedimiento ante el Juez de lo Familiar que indique que hay una limitación de la patria potestad respecto de los hijos.

#### 4.1.2 CUANDO EXISTE GUARDA Y CUSTODIA DEFINITIVA PARA ALGUNO DE LOS PADRES.

Esta hipótesis es derivada de las situaciones que imperan en muchos juicios del orden familiar relativos a la "guarda y custodia de los hijos", es bien sabido que en

la mayoría de las controversias familiares, la finalidad de la pareja, es decir, de los padres de los menores, es hacerse daño el uno al otro, pocos son los que piensan realmente en el bien de sus propios hijos, derivado de ésta situación que cuando el juez familiar ha determinado la guarda y custodia de los hijos a favor del padre o la madre, aun cuando la persona designada no sea quien tenga físicamente a sus hijos y éstos se encuentran bajo el poder de quien tiene la limitación en el ejercicio de la patria potestad, y por dañar a la otra parte no entrega a los hijos, no obstante haber sido obligado por el Juez Familiar a cumplir su determinación, aplicando las medidas de apremio como son la multa o el arresto, los cuales se encuentran establecidas en el artículo 73 del Código de Procedimientos Penales, transcrito anteriormente, y si bien es cierto podríamos encontrarnos dentro del supuesto del delito de desobediencia de particulares, también lo es que se está en la hipótesis de que se encuentra privando de la libertad al menor ya que lo está reteniendo, para evitar que el mismo sea incorporado a lado de quien legalmente debe tenerlo bajo su custodia.

Otra situación ocurre cuando el padre que tiene la guarda y custodia del menor debe entregar a éste para que el otro conviva con el menor por determinados días, obligándose éste, a devolverlo al domicilio del que conserva su custodia cuando se haya vencido el término de convivencias, y si éste no lo devuelve se encuentra en la hipótesis de privación ilegal de la libertad del menor en su modalidad de retención de menor.

Por lo que nos encontraremos en la hipótesis de privación ilegal de la libertad en su modalidad de sustracción de menor, cuando sin el consentimiento de quien ejerza la guarda y custodia, el padre que no la tiene sustraiga al menor del domicilio en el que habita, aprovechando el descuido de su custodio.

Estas hipótesis resultan validas, ya que si bien es cierto que los padres tienen derechos sobre sus hijos, este derecho ha sido debidamente limitado ya que existe un juicio previo, en el cual cada una de las partes, que en este caso son los padres, tuvieron oportunidad de hacer valer sus derechos, ofreciendo las pruebas que

considerasen pertinentes para acreditar que los menores en determinado momento se encontrarían mejor con ellos, y al ser valoradas cada una de las actuaciones practicadas el Juez determinó a favor de alguno de ellos, pero no obstante haber sido decretada la guarda y custodia a favor de uno de los padres, y de no existir inconveniente legal alguno el padre que no tiene la guarda y custodia tiene la oportunidad de convivir con sus menores hijos, ya que es un derecho previsto en las leyes civiles, y en la convención de los derechos del niño.

#### 4.1.3 CUANDO ALGUNO DE LOS PADRES TIENE DERECHO A CONVIVIR Y VISITAR AL MENOR.

Así como hemos analizado las hipótesis de la privación ilegal de la libertad del menor en agravio de quien legalmente tiene su guarda y custodia, también hemos de analizar otra hipótesis prevista en el artículo 366 quater del Código Penal de 1931 para el Distrito Federal, en la cual el ascendiente sin limitación de grado, que en el caso que nos ocupa serán los padres, retengan al menor, no permitiendo a la madre o al padre convivir con el menor o visitarlo. Esta situación también es muy común observarla en los juicios familiares en los que se ventilan éstos casos.

Es de comentar que el nuevo Código Penal para el Distrito Federal que entró en vigor el 12 de noviembre del 2002 en sus artículos 171 a 173( capítulo VI. Retención y sustracción de menores) no se encuentra tipificada ésta situación dejando desprotegidos a los padres que teniendo derecho a convivir con sus menores hijos, les es coartado este derecho por el padre que tiene bajo su custodia al menor.

#### 4.1.4 CUANDO ALGUNO DE LOS PADRES PIERDE LA PATRIA POTESTAD MEDIANTE RESOLUCIÓN JUDICIAL.

Como hemos establecido, sólo el Juez Familiar, como autoridad competente puede resolver respecto de este punto tan delicado para los padres como lo es la pérdida de la patria potestad sobre los hijos, este juicio requiere de pruebas

suficientes que acrediten que es conveniente la pérdida de dicho derecho, entiéndase que el que fue condenado a dicha pérdida ya no tiene ningún derecho sobre los hijos, aunque si obligaciones, como la de proporcionar alimentos; esta es, una situación que no resulta fácil de determinar cómo lo podría ser la de la guarda y custodia, ya que se requiere de pruebas debidamente acreditadas que den firmeza a dicha resolución.

Por el hecho de existir una resolución que establezca la pérdida de la patria potestad para el padre o la madre sustrae al menor del domicilio en donde vive con su custodio o con quien conserva el derecho, pero diferente será si el padre que aún ejerce la patria potestad sobre el hijo, permite que el otro que ya no la tiene, se lleve o conviva con el menor, no habrá delito, ya que tiene el consentimiento tácito de quien ejerce la patria potestad; pero también es distinto, si el que ya no ejerce la patria potestad no devuelve al menor sobre quien se ejerce la potestad legítima previos requerimientos de devolución que se hayan realizado, estando en la hipótesis de privación ilegal de la libertad en su modalidad de retención de menor.

#### **4.2 LA SUSTRACCIÓN Y RETENCIÓN DEL MENOR COMETIDA EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

El artículo 173 del Código Penal vigente para el Distrito Federal establece:

“Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa, al ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que sustraiga, retenga u oculte a un menor o incapaz y que sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia.

Cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o al incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se le impondrá una tercera parte de las sanciones señaladas.

Al padre o madre que, sin tener la guarda y custodia del menor o incapaz que viva en el Distrito Federal, lo sustraiga, retenga u oculte fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional, se le aumentarán en una mitad las penas previstas en el primer párrafo de este artículo.

Se equipara al delito de retención, sustracción u ocultamiento de menor o incapaz, y se sancionará con las penas señaladas en el primer párrafo del presente artículo, a la persona que mediante amenazas o engaños obtenga del padre o madre que tiene la guarda y custodia del menor o incapaz, el consentimiento para trasladarlo, con la finalidad de retenerlo, sustraerlo u ocultarlo fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional.

La pena señalada en el primer párrafo se aumentará en una mitad al cónyuge que sustraiga, retenga u oculte a un hijo menor de edad o incapaz, con la finalidad de obligar al otro cónyuge a dar, hacer o dejar de hacer algo.”

Este artículo se encuentra relacionado con el 171 de la ley en cita que a la letra dice:

“Al que sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 173 de este Código, o de tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días de multa.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.”

De tales supuestos surgen dos hipótesis, la primera es que comete el delito el padre, que no ejerza la patria potestad sobre el menor sustrayéndolo o reteniéndolo sin el consentimiento de quien la tiene; y la segunda cuando el que teniendo la patria

potestad ésta, se encuentre limitada por la autoridad competente, es decir, no ejerza la guarda y custodia sustrae o retiene al menor. Analicemos a continuación cada uno de los supuestos citados.

#### 4.2.1 CUANDO ALGUNO DE LOS PADRES NO EJERCE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS.

Esta hipótesis se encuentra claramente relacionada con la hipótesis prevista en el artículo 366 quater en el Código Penal de 1931, ya que conserva la misma esencia en relación a que quien ha perdido la patria potestad sobre sus hijos no tiene ningún derecho sobre los menores. Por el hecho de existir una resolución que establezca la pérdida de la patria potestad para el padre o la madre sustrae al menor del domicilio en donde vive con su custodio, pero diferente será si el padre que aun ejerce la patria potestad sobre el hijo, permite que el otro que ya no la tiene, que se lleve o conviva con el menor, en tal situación se entiende que no hay acción delictiva ya que tiene el consentimiento tácito de quien ejerce la patria potestad; pero si quien no ejerce la patria potestad, no entrega al menor a quien si la ejerce previos requerimientos de devolución se hayan realizado, estaremos en el supuesto de retención de menor.

#### 4.2.2 CUANDO EXISTE GUARDA Y CUSTODIA DEFINITIVA PARA ALGUNO DE LOS PADRES.

Esta hipótesis también es similar a la prevista en el artículo 366 quater del Código Penal de 1931, ya que cuando el Juez Familiar ha determinado la guarda y custodia de los hijos a favor del padre o la madre, aun cuando la persona designada no sea quien tenga físicamente a sus hijos y éstos se encuentran bajo el poder de quien tiene la limitación en el ejercicio de la patria potestad, y se rehúsa a la entrega de los hijos, o bien cuando el padre que tiene la guarda y custodia del menor debe entregarlo para que el otro padre conviva con él por determinados días, obligándose éste, a devolverlo al domicilio en el que habita con su custodio cuando se haya

vencido el termino de convivencias, y si no lo devuelve encuadra en la hipótesis de retención al menor para no devolverlo a quien legalmente tiene su custodia.

Ahora bien, en el entendido de que la sustracción consiste en quitar o separar a alguien de quien la tiene físicamente o apartar algo del lugar en el que se encuentra, el padre que no teniendo la guarda y custodia del menor lo aparta intempestivamente del domicilio, sin autorización de quien tiene la custodia del domicilio que ha sido señalado o determinado por la autoridad correspondiente como residencia estable del menor con su custodia, comete el delito de sustracción de menor.

#### **4.3 ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LAS HIPÓTESIS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 366 QUATER DEL CÓDIGO PENAL DE 1931 Y EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Como hemos visto, respecto del delito de privación ilegal de la libertad específicamente el que es cometido por los padres en agravio de sus hijos, se le dio un lugar importante dentro de la legislación penal de 1931 siendo el artículo 366 quater el que tipifica tal situación, obviamente desde la creación de dicho artículo no hubo reforma alguna al mismo, no obstante haber sido contradictorio en una de sus hipótesis ya que como se ha dicho resultaba confuso que el "ascendiente sin limitación de grado", específicamente los padres, podrían cometer delito si sustraían o retenían al menor sin autorización de quien ejerce la patria potestad, siendo esta hipótesis ilógica, ya que se desprende que si es ascendiente en primer grado en línea recta se trata de los padres por lo que se entiende que ellos ejercen la patria potestad, por tal razón no cometen delito, ya que se encuentran en igualdad de derechos ambos padres, aclarando que en otra hipótesis del artículo se prevé cuando existe limitación a dicho ejercicio.

Con la abrogación del Código Penal para el Distrito Federal de 1931, se deja sin efecto el artículo 366 quater, y con la entrada en vigor del nuevo Código Penal para el Distrito Federal del 12 de noviembre del año 2002, en el Capítulo relativo a la

"retención y sustracción del menor e incapaz", es claro que trató de subsanarse la laguna que existía en tal artículo pero no prevé la situación que podría existir cuando no se permiten las visitas y convivencias del menor con el padre que tiene este derecho que legalmente le fue otorgado por el Juez Familiar durante el procedimiento establecido y en el entendido de que la retención del menor es cuando "no se entrega a quien legalmente tiene el derecho de tenerlo", y en este caso se entiende que se está privando del derecho que se tiene para convivir con sus hijos, por lo que se comete el delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de retención de menor.

Encontrándose el artículo de este modo:

“Artículo 173 del Código Penal para el Distrito Federal . Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa, al ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz y que sobre este no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia.

Cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o al incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se le impondrá una tercera parte de las sanciones señaladas.”

Con la reforma que sufrió el artículo 173 en el año 2010 ha subsanado las deficiencias aun notorias, que aun con la entrada en vigor del nuevo Código Penal existían; quedando de la manera siguiente:

**“ARTÍCULO 173.** Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa, al ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que sustraiga, retenga u oculte a un menor o incapaz y que sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia.

Cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o al incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se le impondrá una tercera parte de las sanciones señaladas.

Al padre o madre que, sin tener la guarda y custodia del menor o incapaz que viva en el Distrito Federal, lo sustraiga, retenga u oculte fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional, se le aumentarán en una mitad las penas previstas en el primer párrafo de este artículo.

Se equipara al delito de retención, sustracción u ocultamiento de menor o incapaz, y se sancionará con las penas señaladas en el primer párrafo del presente artículo, a la persona que mediante amenazas o engaños obtenga del padre o madre que tiene la guarda y custodia del menor o incapaz, el consentimiento para trasladarlo, con la finalidad de retenerlo, sustraerlo u ocultarlo fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional.

La pena señalada en el primer párrafo se aumentará en una mitad al cónyuge que sustraiga, retenga u oculte a un hijo menor de edad o incapaz, con la finalidad de obligar al otro cónyuge a dar, hacer o dejar de hacer algo.”

#### **4.4 PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Por lo que a consideración de la suscrita el Tipo Penal debería de estar redactado de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 173.** Se impondrá de **cuatro a siete** años de prisión y de cien a quinientos días multa, al ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que sustraiga, retenga u oculte a un menor o incapaz y que

sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia.

Cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o al incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, **no se le impondrá sanción alguna.**

Al padre o madre que, sin tener la guarda y custodia del menor o incapaz que viva en el Distrito Federal, lo sustraiga, retenga u oculte fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional, se le aumentarán en una mitad las penas previstas en el primer párrafo de este artículo.

**Al que teniendo la guarda y custodia del menor o incapaz, decretada mediante resolución Judicial, no permita las visitas y convivencias establecidas en dicha resolución Judicial, se sancionara con las penas previstas en el primer párrafo de este artículo.**

Se equipara al delito de retención, sustracción u ocultamiento de menor o incapaz, y se sancionará con las penas señaladas en el primer párrafo del presente artículo, a la persona que mediante amenazas o engaños obtenga del padre o madre que tiene la guarda y custodia del menor o incapaz, el consentimiento para trasladarlo, con la finalidad de retenerlo, sustraerlo u ocultarlo fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional.

La pena señalada en el primer párrafo se aumentará en una mitad al cónyuge, **concubina o concubinario** que sustraiga, retenga u oculte a un hijo menor de edad o incapaz, con la finalidad de obligar al otro cónyuge, **concubina o concubinario** a dar, hacer o dejar de hacer algo.”

**Este delito se perseguirá de querrela.**

**POR LO QUE RESPECTA A LA PROPUESTA PLANTEADA SE HACE LOS SIGUIENTES COMENTARIOS:**

En el primer párrafo se propone que se establezca una penalidad de cuatro a siete años de prisión, por lo que con esta penalidad estaríamos hablando de un delito grave, en virtud de que la media aritmética sería mayor a cinco años de prisión.

Por lo que respecta al segundo párrafo se propone que cuando el menor o incapaz sea devuelto dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, no se le imponga sanción alguna, esto en virtud de que quizás pudo haber ocurrido alguna causa de fuerza mayor o algún imprevisto o simplemente por la hora, no pudo devolver al menor o incapaz a la hora o el día establecido, para su devolución, por lo cual dicha conducta no debe ser sancionada a criterio de la suscrita.

Así mismo también se propone se agregue lo que sería el párrafo cuarto, en el cual se establece que la persona que tiene la guarda o custodia del menor o incapaz no permita las visitas o convivencias decretadas por alguna autoridad judicial, se le imponga determinada sanción, lo anterior con la finalidad de no vulnerar los derechos de la persona que por alguna causa a perdido la guarda y custodia del menor o incapaz mediante una resolución judicial, así como tampoco vulnerar los derechos del menor o incapaz, a que tiene derecho a convivir con la persona a la cual le fueron otorgadas dichas visitas o convivencias, en virtud de que en muchas de las ocasiones la persona a quien se le otorgo la guarda o custodia del menor o incapaz, simplemente no permite las visitas o convivencias o pone de pretexto que el menor o incapaz no desea tener las visitas o convivencias.

En lo que sería el párrafo sexto, se propone que se aumente a la concubina o concubinario, toda vez que en muchas de las ocasiones los padres no se encuentran casados, sino que viven en concubinato.

Y por último lo que sería el párrafo octavo en la presente propuesta, es que dicho ilícito se persiga de querrela, precisamente pensando en que por la penalidad que se propone este sería tipificado como delito grave, debido a que el término medio aritmético sería mayor a cinco años de prisión, pero en virtud de que sería de querrela, tanto el querellante como el probable responsable podrían llegar a un arreglo satisfactorio para ambos y operaría el perdón en dicho delito, lo anterior con la finalidad de que al ser un delito grave las personas pensarían detenidamente las cosas antes de cometer la conducta y por otro lado al ser un delito a petición de parte (querrela), el ofendido o querellante, podría otorgar su más amplio perdón, al probable responsable.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La patria potestad es el poder ejercido por el padre y la madre y a falta de éstos por los abuelos paternos y abuelos maternos, sobre los hijos menores de edad.

**SEGUNDA.-** El menor desde el punto de vista biológico es la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado una madurez plena y desde el punto de vista jurídico es la persona que por carencia de plenitud biológica, y por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta cumplir la mayoría de edad, restringiendo la ley, su ejercicio de los derechos que le corresponden, lo que implica que no pueda decidir sobre lo que quiere, en donde o con quien quiere estar o tomar decisiones trascendentes en relación a su persona o sus bienes y por tanto es uno de los individuos que más atención necesita por parte del seno familiar y del Estado. En México son menores los que no han cumplido 18 años de edad, tal como lo dispone el artículo 34 de la Constitución Federal.

**TERCERA.-** La patria potestad implica derechos de los padres hacia los hijos, tales como el de convivir con los mismos, lo cual es consecuencia natural de la función de la patria potestad, y el de tener a sus hijos bajo su guarda y custodia, lo anterior deriva en el hecho de que no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y quienes ejercen la patria potestad. La patria potestad es pues, el derecho que los padres ejercen sobre sus hijos con la finalidad de protegerlos, educarlos, instruirlos y cuidar sus intereses patrimoniales.

**CUARTA.-** Parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de otra y esto implica una relación jurídica, generadora de derechos y obligaciones. Los padres, abuelos, bisabuelos etc., son parientes en línea ascendente.

**QUINTA.-** Nuestra Constitución Federal establece que: "nadie puede ser privado de sus derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales competentes en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento", siendo ésta una garantía de los mexicanos y como consecuencia el ejercicio de la patria potestad solo puede ser limitado por el Juez Familiar a través de un procedimiento con intervención del Ministerio Público, en el cual se podrá determinar la guarda y custodia, así como el régimen de visitas y convivencias.

**SEXTA.-** Los que ejercen la patria potestad, aún cuando no tengan la custodia, tienen derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos, tales casos serán determinados por un Juez Familiar. La patria potestad se puede extinguir, perder o suspender, por causas previstas en la ley siendo debidamente acreditadas y justificadas ante el Juez de lo Familiar, previendo sobre todo el interés superior de los menores.

**SÉPTIMA.-** La guarda y custodia de los hijos implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección así como el cuidado del menor lo cual constituye una prerrogativa de la patria potestad. La guarda y custodia puede ser establecida por convenio de los padres del menor ó menores o por determinación judicial atendiendo a las necesidades superiores del menor.

**OCTAVA.-** En virtud de la guarda y custodia, el régimen de visitas y convivencias deberá ser establecido para el padre que no la conserve; éste derecho abarca la visita en sentido estricto el derecho de comunicación indirecta o de correspondencia y la convivencia del menor en la casa del pariente que no tiene la custodia, las visitas y convivencias son otorgadas con la finalidad de fomentar el afecto y la relación personal del pariente con el menor. Para que la relación de visita pueda realizarse, deben participar tanto los titulares del derecho de visita como el progenitor que tiene la guarda y custodia del menor. Es evidente que pueden surgir conflictos de intereses entre quienes están dentro de esta relación pudiendo ser el que tiene la custodia, el visitador o el propio menor.

**NOVENA.-** Las medidas de apremio aplicadas por el Juez, son los medios coercitivos con los que cuenta para hacer valer sus determinaciones, en caso de incumplimiento de las visitas y convivencias o en caso de la no entrega del menor al padre que le ha sido otorgada la guarda y custodia. Las medidas de apremio pueden ser la multa, el auxilio de la fuerza pública, el cateo y el arresto, las cuales deben ser debidamente diligenciadas y agotadas, y en caso de resistencia a su cumplimiento, se podrá proceder penalmente. Dichas medidas deberán ser más severas para compeler al obligado (a) a cumplir con lo pactado por las partes o decretado por el Juez de lo Familiar.

**DÉCIMA.-** En el caso que nos ocupa; si el Juez Familiar ha determinado la guarda y custodia así como el régimen de visitas y convivencias y previo requerimiento al cumplimiento de lo ordenado y, en su caso, habiendo impuesto las medidas de apremio, los padres no entregan a los menores a quien legalmente tiene su guarda y custodia o no permiten las convivencias, podría configurarse el delito de desobediencia de particulares, el cual se encuentra tipificado en el artículo 281 y 284 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en virtud de la desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad.

**DÉCIMO PRIMERA.-** La hipótesis prevista en el artículo 366 quater del Código Penal de 1931 en su primer párrafo establece que "cuando el ascendiente sin limitación de grado", entendiéndose que también los "padres", retenga o sustraiga a un menor sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad; esta situación nos parece contradictoria, ya que los padres podrían cometer un delito por retener o sustraer a sus propios hijos, estando en pleno ejercicio de la patria potestad, cuestión que no es acorde con lo establecido en nuestra Carta Magna en su artículo 14 el cual expresa que nadie podrá ser privado de sus derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos cumpliendo el procedimiento correspondiente.

**DÉCIMO SEGUNDA.-** El artículo 366 quater del Código Penal para el Distrito Federal de 1931 en su primer párrafo, también establecía la hipótesis de cuando el padre que debe entregar al menor a quien tiene la guarda y custodia se rehusare a hacerlo, o el padre que tuviera la custodia del menor no permite la convivencia con el otro, nos lleva a la hipótesis de retención de menor, pero sin en cambio, el padre que no tiene la custodia del menor si se lo lleva del domicilio en donde habita, con quien legalmente tiene su guarda y custodia sin consentimiento del que la tiene, se encuadrará en la hipótesis de sustracción.

**DÉCIMO TERCERA.-** Con la entrada en vigor del Código Penal para el Distrito Federal del 2002, quedó abrogado el Código Penal de 1931, Y en el Capítulo relativo a la retención y sustracción de menores en su artículo 173 establece que comete el delito de retención o sustracción "el familiar del menor que no ejerce la patria potestad o la tutela sobre éste, o que mediante resolución judicial no ejerce la guarda o custodia", en este artículo quedó subsanada la hipótesis referida en la conclusión décimo primera, no obstante se omitió establecer lo relativo a los padres que teniendo la guarda y custodia de sus menores hijos no permiten las visitas y convivencias que el otro padre podría tener derecho.

**DÉCIMA CUARTA.-** En virtud de los problemas que surgían dentro de los juicios de Controversia Familiar fue necesario adicionar al artículo 173 del Código Penal del 2002 para el Distrito Federal, la hipótesis relativa a la retención de menor en el caso de que padre o madre que, sin tener la guarda y custodia del menor o incapaz que viva en el Distrito Federal, lo sustraiga, retenga u oculte fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional, además de también incorporarse la equiparación al delito cuando una persona mediante amenazas o engaños obtenga del padre o madre que tiene la guarda y custodia del menor o incapaz, el consentimiento para trasladarlo, con la finalidad de retenerlo, sustraerlo u ocultarlo fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional, también se adiciono la hipótesis de que uno de los cónyuges sustraiga, retenga u oculte a un hijo menor de edad o incapaz, con la finalidad de obligar al otro cónyuge a dar, hacer o dejar de hacer algo.

**DÉCIMA QUINTA.-** Debido a que aun con las reformas que ha sufrido el artículo 173 del Código Penal para el Distrito Federal, existen lagunas que aún no se han corregido por eso la propuesta de reforma del artículo. En el primer párrafo se propone que se establezca una penalidad de cuatro a siete años de prisión, por lo que con esta penalidad estaríamos hablando de un delito grave, en virtud de que la media aritmética sería mayor a cinco años de prisión.

Por lo que respecta al segundo párrafo se propone que cuando el menor o incapaz se devuelto dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, no se le imponga sanción alguna, esto en virtud de que quizás pudo haber ocurrido alguna causa de fuerza mayor o algún imprevisto o simplemente por la hora, no pudo devolver al menor o incapaz a la hora o el día establecido, para su devolución, por lo cual no debe dicha conducta no debe ser sancionado a criterio de la suscrita.

Así mismo también se propone se agregue lo que sería el párrafo cuarto, en el cual se establece que la persona que tiene la guarda o custodia del menor o incapaz no permita las visitas o convivencias decretadas por alguna autoridad judicial, se le imponga determinada sanción, lo anterior con la finalidad de no vulnerar los derechos de la persona que por alguna causa a perdido la guarda y custodia del menor o incapaz mediante una resolución judicial, así como tampoco vulnerar los derechos del menor o incapaz, a que tiene derecho a convivir con la persona a la cual le fueron otorgadas dichas visitas o convivencias, en virtud de que en muchas de las ocasiones la persona a quien se le otorgo la guarda o custodia del menor o incapaz, simplemente no permite las visitas o convivencias o pone de pretexto que el menor o incapaz no desea tener las visitas o convivencias.

En lo que sería el párrafo sexto, se propone que se aumente la pena a la concubina o concubinario, toda vez que en muchas de las ocasiones los padres no se encuentran casados, sino que viven en concubinato.

Y por último lo que sería el párrafo octavo en la presente propuesta, es que dicho ilícito se persiga de querrela, precisamente pensando en que por la penalidad que se propone este sería tipificado como delito grave, debido a que el término medio aritmético sería mayor a cinco años de prisión, pero en virtud de que sería de querrela, tanto el querellante como el probable responsable podrían llegar a un arreglo satisfactorio para ambos y operaría el perdón en dicho delito, lo anterior con la finalidad de que al ser un delito grave las personas pensarían detenidamente las cosas antes de cometer la conducta y por otro lado al ser un delito a petición de parte (querrela), el ofendido o querellante, podría otorgar su más amplio perdón, al probable responsable.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, José María, "Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.
  
- BAQUEIRO E. Y BUEN ROSTRO BAEZ R., "Derecho de Familia y Sucesiones", Editorial Harla, México, 1994,
  
- BARIZA, Rodolfo, "Las Fuentes del Código Civil de 1928". Editorial Porrúa, México, 1979.
  
- BORGES, JORGE LUIS, "Diccionario Enciclopédico Grijalbo", Editorial Grijalbo, Colombia, 1994.
  
- CASTAN VAZQUEZ JOSE MARIA, "La Patria Potestad", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
  
- COLIN A. y CAPITANT H., "Curso Elemental de Derecho Civil", Editorial Reus, Tomo II, Volumen 1.
  
- GALINDO GARFIAS IGNACIO, "Derecho Civil", Editorial Porrúa, México, 1995.
  
- LEON, Gabriel, "Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la Legislación Mexicana", Escuela Libre De Derecho, México, 1989.
  
- ORTOLAN, M., "Instituciones de Justiniano" Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1986.
  
- PETIT, Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Editorial Porrúa, México, 1977.

- PINA, Rafael De y CASTILLO LARRAÑAGA, José, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, Décimo Quinta Edición, México, 1982.

- PLANIOL, M., "Tratado Elemental del Derecho Civil. Introducción Familia y Matrimonio", Traducción de la 128 Edición Francesa por José Ma. Cajica, Editorial José M. Cajica, México, 1946.

- VENTURA SILVA, Sabino, "Derecho Romano", Curso de Derecho Privado, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1988.

### **LEGISLACIÓN**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Código Civil vigente para el Distrito Federal.

- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

- Código Penal de 1931 para el Distrito Federal.

- Código Penal vigente para el Distrito Federal.

- Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

### **OTRAS FUENTES**

- DICCIONARIO DE DERECHO PENAL, Editorial Porrúa, 2a edición, México, 1999.

-DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Editorial, Porrúa, Décima Primera Edición, México, 1988.

-ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA, Editorial Espasa-Calpe S.A., volumen 30 de Leo-Lom, Madrid, España, 1992.

-[HTTP://WWW.PGJDF.GOB.MX](http://www.pgjdf.gob.mx).

-[HTTP://WWW.HCCH.NET](http://www.hcch.net).