

47
201



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGÓN"

"NECESIDAD DE REFORMAR LA
PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE
LESIONES CUANDO ESTAS SON
INFERIDAS A LOS MENORES O
PUPILOS POR QUIENES EJERCEN LA
PATRIA POTESTAD O LA TUTELA"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ARCELIA BERENICE BAUTISTA TORRES

ASESOR: LIC. MARÍA GRACIELA LEON LOPEZ

México

1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

259128



Universidad Nacional
Autónoma de México

UNAM



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

Por haberme permitido pertenecer durante siete años, a esta Institución, que a través de muchos años, ha visto como se forman los profesionales y que en estos momentos, me veo como uno de ellos, que tuvo la oportunidad de tener una educación profesional.

A MI ASESORA: LIC. MARIA GRACIELA LEON LOPEZ.

Por la gran oportunidad que me brindo para conocerla como ser humano, y como profesional, durante la realización de este trabajo.

Mil gracias por su comprensión.

A MI MADRE: Por siempre encontrarte junto a mí, apoyándome incondicionalmente desde el día que me viste nacer hasta hoy. Te quiero mucho.

A MI PADRE: Por haber sido mi ejemplo a seguir, para que estudiara la carrera de Licenciado en Derecho, y además por los consejos que me has brindado durante mi desarrollo humano.

Gracias.

A MIS HERMANAS: Por haberme comprendido y ayudado durante mi educación, en especial a Myrna por el enorme apoyo que siempre tuve de ti, en mi vida personal y educacional.

A MI ESPOSO: Por la forma tan peculiar que tanto te ha caracterizado en brindarme el apoyo, ante todos mis anhelos que he tenido como ser humano y como profesionista. Mil gracias.

A MI HIJO: Ha este pedazo de mí, que sin conocerte todavía, siento amarte profundamente y que desde este momento eres el mayor incentivo que tengo en esta vida, para continuar luchando para ser siempre mejor. Te amo.

A MIS AMIGOS: Quienes estuvieron conmigo durante mi educación profesional, y que de muchas formas todos, me ayudaron para poder cumplir con este sueño.

MIRIAM VERDE MOSCO.

SILVIA ASCENCIO ASCENCIO.

JOSE AZAHED LEYVA MALDONADO.

ROBERTO CASTELLANOS BARROSO.

JESUS OCHOA CERVANTAES.

A JESUS OCHOA CERVANTES:

Por el gran ser humano que hay en tu persona, y que tuve la fortuna de conocer en muchas fases. Gracias por haber estado conmigo cuando más lo necesite.

INDICE

INTRODUCCION

C A P I T U L O I.

" EL DELITO EN GENERAL "

A. Concepto dogmático del delito.....	1
B. Concepto legal del delito.....	15
C. Clasificación de los delitos de acuerdo al Código Penal Vigente:	
1. Graves.....	22
2. No graves.....	23
D. Concepto de la punibilidad.....	24
E. Concepto de:	
1. Sanción.....	26
2. Pena y medida de seguridad.....	27

C A P I T U L O II

"ANALISIS DE LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA"

A. Concepto legal de la Patria Potestad.....	40
B. Caracteres de la Patria Potestad.....	44
C. Efectos de la Patria Potestad.....	48
D. Extinción de la Patria Potestad.....	55
E. Concepto legal de la Tutela.....	61

F. Tipos de Tutela.....	66
G. Impedimentos para desempeñar la Tutela	72
H. Excusas para no desempeñar la tutela	78
I. Funciones del Tutor.....	80
J. Extinción de la Tutela.....	87
K. El pupilo.....	94

C A P I T U L O III

"ANÁLISIS DE LAS LESIONES INFERIDAS A MENORES O PUPILOS SOBRE QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD O LA TUTELA"

A. Concepto doctrinal de las lesiones.....	98
B. Concepto legal de lesiones.....	100
C. Estudio dogmático del delito de lesiones.....	104
D. Concepto jurídico de menor o pupilo.....	110
E. Derechos de los menores según nuestra legislación Mexicana	114
F. Investigación de campo relacionada con el artículo 295 del Código Penal Vigente.	
1. Efectividad.....	122
2. Aplicabilidad.....	125
3. Consecuencias psicológicas.....	133
CONCLUSIONES.....	139
BIBLIOGRAFIA.....	143

INTRODUCCION

Cotidianamente y observando a nuestro alrededor, nos damos cuenta que existen muchos niños de diferentes edades deambulando, trabajando en lo que puedan para poder subsistir, divirtiéndose a los transeúntes, tragando fuego, exponiendo su vida incluso, hasta robando para poder tener algo que comer y donde dormir.

La interrogante sería, el por qué es de que se suscita este fenómeno, cuáles son las causas que orillan que muchos niños salgan de sus hogares para adoptar como hogar propio las coladeras, alcantarillas, y banquetas de nuestra ciudad.

Es precisamente, esto, lo que se va a intentar descubrir durante todo el desarrollo del presente trabajo, buscar los factores jurídicos, psicoemocionales y sociales que influyan; asimismo, se intentará dar respuesta y posibles soluciones, considerando el actuar de las autoridades que están facultadas legalmente para evitar y controlar este fenómeno.

Muchos pensarán, que no tiene caso, realizar una investigación de campo para tratar de ver cuales son las consecuencias que trae consigo este fenómeno, pero consideramos que es lo principal, pues nos cansamos de repetir que los niños serán nuestro futuro, pero si ellos, al vivir la niñez, toman actitudes de adulto, nunca podrán llegar a sus metas, pues su mentalidad está más preocupada por saber que podrá comer mañana, a intentar imaginar lo que llegarán a ser de grandes.

Otro problema, que va a intentarse descubrir, es el comportamiento que tenemos todos ante este hecho, que es consciente para muchos, pero poco preocupante, sin saber que si les diéramos la mano a esos pequeños, que en la mayoría de las veces han sido brutalmente golpeados por sus padres, estaríamos evitando a un delincuente en el futuro.

Para obtener todo lo antes dicho, se acudirán a las autoridades que tienen conocimiento de estos maltratos (Agentes del Ministerio Público, Jueces), así como a las Instituciones que fueron creadas principalmente para dar ayuda y apoyo emocional, psicológico y médico de estos indefensos (Albergue Temporal de la Procuraduría General de la República, Centro de Atención para la Violencia Intrafamiliar, D.I.F.) etc.

De igual forma, se intentará saber en que aspectos está fallando nuestro sistema legal, por que no se ha podido aminorar el problema

de el maltrato al menor, y por que hasta nuestros tiempos, no han intentado en crear un organismo que se dedique exclusivamente a verificar los hogares de nuestro México, pues si en algún momento los padres, se dieran cuenta que los niños en realidad están siendo protegidos, no con leyes muertas, sino con hechos, tal vez el índice de lesionados y de muertos sería, menor, así como el índice de delincuencia juvenil, de mujeres adolescentes embarazadas, de jóvenes drogadictos y por que no decirlo, hasta de índice de suicidio.

Otro aspecto que se estudiara muy a fondo, serán las consecuencias psicológicas que sufren estos menores, cuando son objeto de lesiones, y por que no decirlo, se intentará dar las soluciones a los mismos.

De igual modo, se estudiará la psicología del agresor, cuales son sus motivos para realizar ese tipo de conductas antisociales y delictivas, y el modo en que se les podría ayudar.

También nos abocaremos a la manera en que la legislación civil protege al menor en su persona, en sus bienes; y las instituciones que fueron creadas con el objetivo principal de que los menores sean protegidos.

Aludiremos, del mismo modo, a estudiar la legislación penal para verificar en qué aspectos está fallando, y cuáles son los medios jurídicos que resulten ser más efectivos para poder aminorarse el índice de maltratamiento al menor.

A. Concepto dogmático del delito.

Casi todos los autores han pretendido establecer un concepto de delito de carácter universal, capaz de resistir a las variaciones de la ética y a las distintas civilizaciones, pero lo único que han logrado, es proporcionar muchas polémicas.

Rossi, en su teoría sobre el derecho de penar, considera al delito como "el quebrantamiento de un deber"¹.

En este aspecto olvida establecer lo que significa un "deber", pues si bien es cierto, existen deberes que escapan de la acción penal, por ejemplo: un deber de caridad.

Garófalo, considera al delito como una "violación del sentimiento", que están constituidos por sentido moral, cuya violación se considera delito. Establece que los sentimientos fundamentales son: el de piedad y el de probidad. El primero impide cometer actos dañosos en contra del patrimonio ajeno².

Al parecer, consideramos que los delitos violan sentimientos, pero si solo no se constituye un delito, aparte se tiene que atentar contra el derecho.

¹ Pellegrino, Rossi. "Traité de Droit Penal", ed. 2a. Editorial Harpe, París 1872, p. 45.

² Cit. por Martínez Prieto, Marcial. "La actitud social frente al delito", ed. 3a. Editorial Imprenta, Nacimiento, Santiago-Chile 1931, p. 75.

Por otra parte, el alemán Von Liszt, define al delito como "el hecho humano, contrario al orden jurídico ilícito y culpable"³. Si faltara alguno de estos tres elementos, no hay delito.

El hecho, en general es todo cambio o mutación en el mundo exterior. El hecho, desde el punto de vista de derecho, es la manifestación de voluntad, más el resultado, de tal modo que los elementos constitutivos del hecho son:

1. La manifestación de la voluntad; y
2. El resultado, es decir el cambio al mundo exterior.

Faltando, estos dos elementos, no hay hecho, o en su defecto, si no existe el primero "que es manifestación de voluntad", sería un hecho de la naturaleza, situación, que no nos interesa.

Estos dos elementos tienen que estar en relación de causa a efecto (nexo causal), siendo causa la manifestación de voluntad y siendo efecto el resultado.

La manifestación de voluntad, debe ser propia, libre de toda coacción, ya sea física o psíquica.

Que sea propia, quiere decir que sea la actuación personal del individuo, trascendente del mundo exterior.

³ *Idem*, p. 84.

La manifestación de la voluntad debe tener un motivo, un móvil, a tal punto, que la idea de motivo sea inseparable de la manifestación de voluntad.

Las fases de la manifestación de la voluntad son:

- El razonamiento, y
- La reacción.

El razonamiento da por resultado una determinación tomada del cerebro y comunicada a los músculos.

La reacción es el acto, en virtud del cual nos decidimos a manifestar exteriormente nuestra voluntad.

Por lo que se refiere al resultado, como ya habíamos dicho con antelación, es el cambio producido en el mundo exterior, por medio de la "acción o de la omisión".

Por acción, entendemos causar voluntariamente un resultado.

Por omisión, entendemos el no evitar por medio de una manifestación de voluntad, que se produzca el resultado que se debió y se pudo impedir.

Carrará definía al delito como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"⁴.

Marx Ernest Beling, autor alemán define al delito como "acción típicamente antijurídica y culpable"⁵.

De acuerdo a esta definición tenemos como elementos:

- a) Conducta (acción u omisión)
- b) Tipicidad (típicamente)
- c) Antijuricidad (antijurídica)
- d) Culpabilidad (culpable)

Luis Jiménez de Asúa, autor español, en su libro denominado "La ley y el delito", señala que el delito "es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"⁶.

Dicha definición tiene varios elementos:

1. Conducta o hecho

⁴ *Idem*, p. 88.

⁵ Cit. por Porte Pettit, Candaudap Celestino. "Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal", ed. 88. Editorial Porrúa, México 1983, p. 200.

⁶ Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el delito", ed. 28. Editorial Porrúa, México 1954, p. 465.

2. Tipicidad
3. Antijuridicidad
4. Imputabilidad
5. Culpabilidad
6. Punibilidad

Todos, y cada uno de éstos elementos serán estudiados a continuación de este apartado.

I. La conducta

Consiste en un comportamiento humano, voluntario o involuntario, encaminado a un propósito.

La conducta será delictuosa cuando:

- a) Sea por acción
- b) Sea por omisión

Por acción: Esta consiste en un movimiento corporal voluntario que infringe una norma penal prohibitiva, es decir, que viola un precepto penal que prohíbe precisamente esa actividad.

Por omisión: La omisión delictuosa se configura por una inactividad voluntaria o involuntaria que infringe una norma de carácter impositivo.

En otras palabras, consiste en un "no hacer" voluntario o involuntario, que infringe una norma que ordena o manda una determinada actividad.

II. Tipicidad

Habrá tipicidad cuando una conducta encuadra totalmente en el tipo penal, previsto en la Ley penal, o en una Ley especial, que prevé, un delito.

El Tipo: Es la descripción legal de un comportamiento considerado como delictuoso.

Es la hipótesis legal que prohíbe u ordena una determinada conducta.

3. Antijuridicidad

Eugenio Raúl Zaffaroni expresa:

"La antijuridicidad es, pues, el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo, sino como un orden normativo y de preceptos permisivos y el método por el cual se comprueba la presencia de la antijuridicidad consiste en la

7

constatación de la conducta típica, no esta permitida por ninguna causa de justificación en ninguparte del orden jurídico."⁷.

La antijuridicidad es puramente objetiva, material y externa, atiende sólo al acto, a la conducta material.

Si esa conducta no está protegida por ninguna causa legal que la justifique, entonces es antijuridica.

Las causas de licitud o también conocidas como causas de justificación o excluyentes de responsabilidad penal", las cuales tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica.

Estas se encuentran previstas en nuestro Código Penal Vigente en su numeral 15, que más o menos menciona lo mismo, que el anterior, pues dicho precepto ha sido reformado.

A grandes rasgos citaremos que las causas de justificación son:

- 1) Legítima defensa
- 2) Estado de necesidad
- 3) Cumplimiento de un deber
- 4) Ejercicio de un derecho.

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal Parte General*, ed. 3ª. Editorial Cárdenas editor y distribuidor, México 1994, p. 512.

En nuestra legislación penal vigente, se mencionan todas y cada una de las antes indicadas, para ello, transcribiremos textualmente lo contenido en el art. 15.

"El delito se excluye cuando:

"I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

"II. Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;

"III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

"a) Que el bien jurídico sea disponible;

"b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo y,

"c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias

tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el permiso.

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

“V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionado otro bien menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; (Estado de necesidad)

“VI. La acción o la omisión se realicen, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro; (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho).

“VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de

conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el art. 69-Bis.

“VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

“a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

“b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque el sujeto crea que su conducta está justificada.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de éste Código;

“IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una

conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

“X. El resultado típico se produce por caso fortuito.”

4. Imputabilidad.

La imputabilidad "es la capacidad de querer y de entender en el campo del derecho penal".

La imputabilidad se configura por 2 capacidades del sujeto:

- 1) Capacidad volitiva (Voluntad o querer)
- 2) Capacidad intelectual (Entender)

Para que un sujeto sea imputable se requiere que el mismo no este afectado de su capacidad de querer o de entender. En consecuencia, si un sujeto se encuentra afectado de su capacidad volitiva o de entendimiento, o incluso de ambos, si realiza una conducta típica y antijurídica, el Estado no le puede reprochar la misma, por que no es culpable penalmente, ya que en el momento de los hechos era inimputable.

5. Culpabilidad.

Cuando una conducta aún siendo típica,, antijurídica e imputable "No hay intención o imprudencia" dicha conducta no es delictuosa, entendiendo que hay Inculpabilidad.

Por lo contrario, se demuestra un nexo intelectual o emocional del sujeto con el acto, hay culpabilidad, ya sea por dolo o culpa. Es bueno precisar que de acuerdo a la doctrina mexicana la culpabilidad tiene dos formas las cuales son: dolo, culpa y preteritención. Pero el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, y su correlativo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales en su fracción III establecen que el dolo y la culpa constituyen elementos del tipo el cual a su letra dice:

"El ministerio público acreditara los elementos del tipo penal de que se trate la probable responsabilidad del inculpado como base de ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos estan acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

"III.- La realización dolosa o culposa de la acción y omisión,..."

Por lo que se refiere a la culpabilidad, es importante señalar que hay tres causas que la eliminan y que por el contrario es cuando existe la Inculpabilidad.

- 1) Caso fortuito.
- 2) Error de hecho esencial e invencible.
- 3) Coacción sobre la voluntad o no exigibilidad de otra conducta.

Caso fortuito: Es un acto realizado por el hombre en el que no existe ni intención ni imprudencia, pero no obstante ello, se realiza una conducta típica y antijurídica.

Error de hecho esencial e invencible: Es una falsa creencia de la realidad. En el error el sujeto cree pero falsamente, esa creencia no puede ser vencida por su mente, de ahí que sea esencial e invencible.

Este tipo de error de hecho esencial e invencible origina las causas de Justificación putativas o imaginarias siendo las siguientes:

1. Legítima Defensa putativa o imaginaria.
2. Estado de necesidad putativa o imaginaria.
3. Cumplimiento de un deber putativo o imaginario.
4. Ejercicio de un Derecho putativo o imaginario.

Todo esto previsto en nuestro Código en el art. 15, antes multicitado y transcrito.

3) Coacción sobre la voluntad o no exigibilidad de otra conducta: Si un sujeto ejerce violencia moral o física sobre otro, para que este último realice una conducta delictuosa, si se consuma la misma habrá delito, pero el culpable es el inductor coaccionador, no así el coaccionado, debido a que realiza la conducta sin intención.

6. Punibilidad.

Este es considerado como un elemento positivo del delito, y su elemento negativo son las Excusas absolutorias que más adelante citaremos.

La punibilidad es la sanción en abstracto, la que está establecida en la ley, la señalada por el legislador.

En cambio, la sanción en concreto, la que impone el juzgador, la señalada precisamente en sentencia es conocida como Pena.

Por lo contrario las Excusas Absolutorias son "aquellas que dejando subsistente el carácter delictuoso de la conducta o hecho impiden la aplicación de la punibilidad.

Las excusas absolutorias están previstas en la ley fueron creadas por el legislador para dejar sin castigo al sujeto que es de mínima peligrosidad o bien cuando es innecesaria e irracional imponerle una

pena de prisión, ejemplificándolo mencionaremos algunos artículos aplicables a lo antes citado.

Art. 55: "Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre de dictámenes de peritos".

Art. 375: "Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por violencia".

Art. 333: "No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación".

B. Concepto legal del delito.

Su definición la establece el artículo 7 que dice: "Es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El delito es:

"I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

"II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

"III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

A su vez, el Código Penal establece que las acciones y omisiones delictivas solamente pueden estar realizadas dolosa o culpósamente, excluyendo la preterintencionalidad.

Art. 9: "Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

"Obra culpósamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

Como vemos, la ley excluye el delito preterintencional, el cual consistía en: El sujeto realiza una conducta delictuosa, y el resultado que obtiene es mayor al que él pretendía obtener".

C. Clasificación de los delitos de acuerdo al Código Penal Vigente.

Para realizar este apartado, se realizó una investigación, para saber cuales fueron la "Exposición de Motivos", que originó que se clasificaran los delitos en graves y no graves, asistiéndonos para ello en lo que expuso el C. Presidente de la República para ese propósito.

Transcribiendo completamente la Exposición de Motivos, con el único fin, de percatarnos el criterio tomado en cuenta.

"El respeto irrestricto por los derechos humanos y las garantías procesales han sido una de las prioridades más evidentes de la administración a mi cargo. Muestra de ello son las diversas reformas constitucionales y legales que se han promovido ante ese H. Congreso de la Unión, tanto para la creación de organismos encargados de la vigilancia de dichos derechos, como las diversas reformas a la legislación penal que garantizan su respeto. La necesidad de proteger mejor las garantías individuales estimuló la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, su elevación a rango constitucional

como organismo con recomendaciones autónomas, así como el establecimiento de 32 comisiones en las entidades federativas.

Las reformas constitucionales en materia penal recientemente aprobadas, toman en cuenta las condiciones socioeconómicas del procesado para garantizar la reparación del daño, permitiéndole obtener su libertad provisional de acuerdo con la ley, cuando no se trate de delitos graves o de delincuencia organizada.

En el ámbito de las garantías procesales, el 10 de enero de año en curso se publicaron en el Diario Oficial de la Federación diversas reformas a la legislación penal con el propósito de actualizar las leyes penales a los artículos 16, 19, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, modificados en septiembre de 1993, entre las cuales destacan las previsiones del párrafo quinto del artículo 16 y del párrafo primero de la fracción I del artículo 20, en el sentido de que la ley prevea cuales conductas se consideran delitos graves.

Para ello, el legislador se dio a la tarea de precisar los delitos que, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se deberán calificar como delitos graves tanto a nivel federal como de fuero común, y que por ende no les es aplicable el beneficio de la libertad caucional. Esta clasificación quedó plasmada en los artículos 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Sin embargo, debido a la complejidad de la reforma de la legislación penal

publicada en enero del año en curso, se omitió incluir a la tortura, como delito grave, en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En este contexto la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, ha planteado la conveniencia de incluir dicho delito, con objeto de que quienes lo comentan no puedan gozar del beneficio de libertad provisional bajo caución. Al efecto, el Ejecutivo a mi cargo ha estimado conducente recoger el planteamiento del organismo protector de los derechos humanos, toda vez que la tortura es uno de los delitos más comunes condenables porque lesiona la dignidad y la integridad física y moral de las personas, así como los valores fundamentales de justicia y libertad que deben respetarse en todo Estado de Derecho.

Adicionalmente, y a partir de un análisis complementario se ha ponderado la necesidad de proponer que sean incorporados a dicho precepto varios delitos que deben ser considerados graves, tanto por sus características en relación al sujeto pasivo y activo, como en función del bien jurídico tutelado. Estos son: evasión de presos, corrupción de menores, trata de personas cuando se haga uso de la violencia o intervenga un supervisor público, explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, despojo reiterado de inmuebles urbanos en el Distrito Federal y encubrimiento cuando se trate de cualquiera de los delitos calificados como graves por el propio Código.

En ese mismo sentido, se propone ajustar el artículo 268 bis del citado ordenamiento procesal para el Distrito Federal, que contempla los casos de delito flagrante o de urgencia en que podrá duplicarse el plazo de cuarenta y ocho horas durante el cual el Ministerio Público podrá retener a los indiciados tratándose de delincuencia organizada.

Así mismo, la presente iniciativa propone reformar los párrafos cuarto y quinto del artículo 286 bis del propio Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, con el propósito de agilizar los procedimientos de averiguación previa y los procesos, a fin de llegar lo más pronto posible a la solución que convenga a los fines de seguridad y de justicia en cada caso, en beneficio tanto de quienes sean sujetos procesales, como de la sociedad. En dicho artículo se regulan los plazos que tiene el juzgador para radicar un asunto que le fue turnado y para ordenar o negar la aprehensión, reprobación y comparecencia solicitada por el Ministerio Público.

Los plazos antes mencionados consisten, en caso de consignación sin detenido por delito no grave o delincuencia organizada, en el que el juez tiene tres días hábiles para dictar auto de radicación, contados a partir del momento en que se hubiere hecho la consignación, y cinco días hábiles, contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación, para ordenar o negar la aprehensión.

La opinión general sobre los plazos referidos, ha sido en el sentido de que son excesivos y propician impunidad, considerando que

abren la posibilidad de que se evada la acción de la justicia, aunado a que tomando en consideración que el hecho de radicar un asunto es sólo un trámite procedimental para dar entrada a un caso turnado al juzgado, y que el juzgador no tiene que hacer valoración jurídica alguna, asimismo que la resolución sobre la solicitud de una orden de aprehensión reaprehensión o comparecencia, aún cuando el juez debe valorar los elementos de prueba que aporta el Ministerio Público para apoyar un pedimento no es entendible en un tiempo mayor que el necesario para dictar auto de formal prisión o de libertad por falta de elementos.

Por ello, se propone que la resolución del auto de radicación tenga un plazo de un día, y la orden o denegación de la aprehensión, reaprehensión o comparecencia se resuelva dentro de tres días.

Por lo anteriormente expuesto, con fundamento en lo dispuesto en la fracción I del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, me permito someter a la consideración de este H. Congreso de la Unión, por el digno conducto de ustedes, CC. Secretarios la presente iniciativa de ley".

"El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación..."

Todo lo antes citado, fue transcrito fielmente con el propósito, de percatarnos, cuales fueron los fundamentos legales que fueron tomados

en cuenta, para que se realizará la clasificación de delitos en graves y no graves.

1. Graves

De acuerdo al precepto legal 268 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, y el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales son delitos graves:

..." Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se clasifican como delitos graves:

1. Homicidio por culpa grave, (Art. 60, párrafo tercero)
2. Terrorismo, (Art. 139, párrafo primero)
3. Sabotaje, (Art. 140, párrafo primero)
4. Evasión de presos, (Art. 150 y 152)
5. Ataques a las vías de comunicación (Art. 158 y 170)
6. Corrupción de menores, (Art. 201)
7. Trata de personas, (Art. 205, párrafo segundo)
8. Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, (Art. 208)
9. Violación, (Art. 265, 266, y 266 bis)
10. Asalto, (Art. 286, párrafo segundo y 287)
11. Homicidio (Art. 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323)

12. Secuestro, (Art. 366 excepto párrafo antepenúltimo)
13. Robo calificado, (Art. 367 en relación con el 370, párrafos segundo y tercero, cuando además se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 377, 381 fracciones VIII, IX, y X y 381 bis)
14. Robo, (Art. 371 párrafo último)
15. Extorsión, (Art. 390)
16. Despojo, (Art. 395 último párrafo todos del Código Penal para el D.F. en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal)
17. Tortura, (Art. 3o. y 5o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Todos los señalados, no podrán en ningún caso gozar del beneficio de libertad caucional.

2. No graves.

Los delitos no graves, por exclusión son: Aquellos que no se encuentran establecidos en los artículos 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, y que como característica particular, es de que no gozan de la libertad bajo caución.

Además, que son los considerados, de acuerdo al criterio de nuestros legisladores "que no afectan los intereses de la sociedad".

D. Concepto legal de punibilidad.

Estrictamente no existe un concepto legal de la punibilidad, pero doctrinariamente, sabemos que es uno de los elementos positivos del delito, y que necesariamente para su existencia se requiere de una actividad o hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

La punibilidad es entendida como la consecuencia de la realización de un delito, sin embargo existen autores que intentan definirla.

Francisco Pavón Vasconcelos la define como: "La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social"⁸.

Por su parte Jiménez de Asúa, la define como: "El carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena"⁹.

⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano" ed. 58. Editorial Porrúa, México 1982, p. 421.

⁹ *Op. Cit.* Jiménez de Asúa, Luis. p. 458.

Entre los penalistas mexicanos, Fernando Castellanos e Ignacio Villalobos indican, que la punibilidad no forma parte del delito, sino que es una consecuencia.

Por nuestra parte, señalamos que la punibilidad es la sanción es abstracto, que es establecida por el legislador, y que al ser tomada en cuenta por el juez, para poder imponer una pena, al presunto infractor de la ley penal.

La punibilidad, como ya hemos hablado en el apartado que antecede, tiene un aspecto negativo, la cual es (excusas absolutorias) las cuales producen la inexistencia del delito.

Jiménez de Asúa las define como: "Son causas de impunidad las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor o culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública"¹⁰.

Castellanos Tena, dice que la punibilidad es una consecuencia del delito, pero precisa que se habla de ausencia de punibilidad cuando, realizando un delito, la ley no establece la imposición de la pena.

Entendemos en sí, que la punibilidad se considera como necesidad y posibilidad concreta de la aplicación de la pena.

¹⁰ *Idem*, p. 465.

E. Concepto doctrinal de:

1. La sanción.

Un fenómeno jurídico contiene tres conceptos fundamentales: el supuesto jurídico, la consecuencia de derecho y el sujeto o persona.

Lo que nos interesa de estos tres conceptos, son las consecuencias de derecho, por contener la sanción, la cual es definida como "el resultado jurídico que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado"¹¹.

La sanción es sólo el resultado de una norma, y la coacción es la aplicación forzada de la sanción.

Resumiendo lo anterior, concluimos que la norma jurídica penal, es por excelencia la más sancionadora por que siempre está acompañada del elemento coacción.

Sin embargo, existen otros conceptos como el siguiente:

¹¹ García Maynez, Eduardo. "Introducción al estudio del derecho", ed. 3a. Editorial Porrúa, México 1949, p. 297.

"Sanción: Es cuando se trata de la conducta antijurídica, sanción es sinónimo de pena o represión"¹².

Lo cierto es, de que en la vida práctica el término sanción, es considerado como sinónimo de "pena".

2. La pena y la medida de seguridad.

El término pena significa "Sanción jurídica aplicable al que viola la norma jurídica"¹³.

Pero como todo término, ha tenido su evolución de acuerdo al tiempo y época de aplicación, por ello, es de que algunos autores, la determinan como "consecuencia necesaria de un delito"¹⁴.

Otros, como los positivistas, la definen, como un medio de defensa, y no va a buscar su causa en la culpa del individuo, sino en la peligrosidad del individuo.

Muchos otros, dicen que es "un mal dirigido hacia todos los individuos de una Sociedad"¹⁵.

¹² Ramírez Gronda, Juan D. "Diccionario Jurídico", ed. 4a. Editorial Claridad, Argentina 1994 p.292.

¹³ *Idem*, p. 267

¹⁴ Soler, Sebastián. "Derecho Penal", ed. 5a. Editorial Claridad, Tomo II., Argentina Buenos Aires 1951, p. 392.

¹⁵ *Idem*.

Sin embargo, nosotros participamos, en la idea concebida por García Maynez, es decir, que es una consecuencia de una violación al derecho, y que tiene como principal fin, poder garantizar la paz social, y que lleva consigo la "coacción", "que es la aplicación forzosa de la ley" a través de la observancia del Estado, el cual crea los medios para su cumplimiento.

La pena no cura el mal, sólo es reacción contra el que incurre en un delito. La ley responde sometiendo a éste coactivamente a su imperio. Es el único medio para reafirmar el poder del Derecho.

Por lo que se refiere a la "medida de seguridad", iniciaremos que Ferri fue el formal precursor de la medida de seguridad, aunque hubieron otros que son considerados como precursores, tal es el caso de Beccaria y Filangieri,, pero es hasta la llegada de la Escuela Positiva, en donde llega la medida de seguridad a consolidarse como institución.

Existen muchos autores, que dicen que la pena y la medida son iguales, lo cierto es de que tienen semejanzas y diferencias, y las invocaremos a continuación.

Su similitud, es, de que ambas tienen su origen en la ley, pero su diferencia, es de que la pena, es resultado de un hecho ilícito, es una consecuencia jurídica, es sanción, y la medida de seguridad no es una consecuencia desde el momento en que no es una sanción.

Las medidas de seguridad no son consecuencia jurídica de la infracción porque pueden aplicarse donde no hay delito.

La pena lucha contra la tendencia al crimen, la prevención en la pena es accidental y se realiza después de consumado el acto criminal, en la medida de seguridad la prevención es esencial y se realiza con antelación al acto que merma la tranquilidad social.

Un factor que distingue a la medida de seguridad y pena, es el fin de ambas, mientras que el fin principal de la pena es la represión, el de la medida, es la prevención.

Otra diferencia, sería, dado el carácter intimidatorio de la pena, se pretende contener la delincuencia mediante la ejemplaridad, siguiendo el viejo sistema de infundir temor a los integrantes de la sociedad con el objeto de evitar la realización de actos criminales futuros. En contraste, la medida de seguridad realiza la defensa social sin permitir el ataque, por ser expresamente preventiva.

La pena castiga lo consumado, mientras la medida de seguridad prevé la posibilidad de peligro en la consumación, ésta no requiere de la presencia del acto delictuoso para existir, y la pena, no existiría, si no hubiera delito.

Una diferencia más entre pena y medida de seguridad consiste en el ámbito de aplicación de cada una de ellas.

La primera, sólo es aplicable a la persona física y nunca a la persona moral, en cambio la medida de seguridad es aplicable tanto a la persona física como a la moral.

A todas las diferencias anteriores, hay que agregar la referente al sujeto, la pena se dirige sólo al criminal, prácticamente, o sea, al sujeto que ha delinquido, en cambio, la medida de seguridad se funda en la evidencia de peligrosidad, de lo que se desprende que el sujeto se ella no es el criminal, sino el hombre.

Otra distinción entre las instituciones que estamos estudiando, es la duración de ambas, la pena es determinada mientras que la medida es indefinida. En nuestro régimen penal actual aquella debe estar prescrita en la ley y determinada en su duración, la medida no requiere necesariamente esa determinación.

También en cuanto al valor que tutelan la pena y la medida de seguridad, encontramos que la primera se clasifica por los bienes jurídicos que atacan, y la segunda se divide según el mal físico, psíquico o ético.

Pero desafortunadamente, todas estas diferencias son sólo contemplaciones doctrinales, pues en la vida real, el Código Penal

vigente, no es establece ninguna diferencia, y las trata como semejantes.

Concluiremos mencionando varios conceptos de pena y medida de seguridad.

Pena: "Es la relación social jurídicamente organizada contra el delito"¹⁶

Pena: "Es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico"¹⁷.

Pena: "Es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y autor"¹⁸.

Medida de seguridad: "Son los medios tendientes a prevenir la delincuencia mediante el combate de la peligrosidad social encontrada en sujetos que han llevado acabo ciertos actos de carácter antisocial"¹⁹.

¹⁶ Ríos Murillo, Jesús. "De las sanciones penales", ed. 4a. Editorial Grijalvo, España 1985, p. 8.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*. p 9.

¹⁹ García Iturbe, Octavio. "Derecho Penal Mexicano", ed. 6a. Editorial Claridad, Argentina 1967, p. 72.

Medida de seguridad: "Son especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes encaminados a obtener su adaptación a la vida social"²⁰.

Retomando nuevamente, la idea, el Código Penal Vigente, es bueno señalar que el artículo 24, señala claramente las penas y medidas de seguridad.

1. Prisión.
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
4. Confinamiento.
5. Prohibición de ir a lugar determinado.
6. Sanción pecuniaria.
7. Se deroga (D.O.F. del 13 de enero de 1984).
8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
9. Amonestación.
10. Apercibimiento.
11. Caución de no ofender.
12. Suspensión o privación de derechos.

²⁰ Cuello Colón, Ricardo. "Manual de Derecho Penal", ed. 2ª. Editorial Lumbre, España 1978, p. 89.

13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
14. Publicación especial de sentencia.
15. Vigilancia de la autoridad.
16. Suspensión o disolución de sociedades.
17. Medidas tutelares para menores.
18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Todas las medidas mencionadas, serán relativamente descritas, para que sepamos en que consisten cada una de ellas.

Prisión: Es la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cuarenta años, salvo las excepciones que señale la propia ley.

Tratamiento en libertad: Consiste en la aplicación de medidas laborales, educativas y curativas, autorizadas por la ley e impuestas con la finalidad de la readaptación del sentenciado.

Tratamiento de semilibertad: Implica alternación de períodos de privación de la libertad y de tratamiento de la libertad, la cual será aplicada según sea el caso en particular.

Trabajo en favor a la comunidad: Consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o

de asistencia social, el trabajo se realiza en períodos distintos al horario de trabajo. Además este tipo de trabajo, puede ser pena autónoma o sustitutivo de la prisión o de la multa.

Confinamiento: Es la obligación de residir en determinado lugar o no salir de él.

Prohibición de ir a lugar determinado: Como lo dice su nombre, el juez, determina que un sujeto no vaya a un lugar determinado.

Sanción pecuniaria: Comprende la multa y la reparación del daño.

La multa: En el pago de una cantidad de dinero al Estado, la cual se fijará por días, y que además no podrá excederse de quinientos, etc.

La reparación del daño: Comprende, la restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible el pago del precio de la misma y además la indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos, que como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud.

Las personas que tienen derecho a la reparación del daño, son el ofendido, si éste hubiese muerto, la esposa, concubina y los hijos

menores de edad, y si no hay los antes citados, los descendientes u ascendientes, que dependieran económicamente del ofendido.

Las personas que están obligados a reparar el daño son: los ascendientes por los delitos de sus descendientes que se hallen bajo su potestad, los tutores por los delitos de los incapacitados que se hallen por su autoridad, los directores de internados o talleres, que reciban en su lugar de trabajo discípulos o aprendices menores de 16 años, los dueños de empresas por los delitos que cometan sus trabajadores, con motivo y en el desempeño de su servicio.

Decomiso de Instrumentos, objetos y productos del delito: Los instrumentos del delito, así como las cosas que sean objeto o producto de él, se decomisarán si son de uso prohibido, en el caso que sean de uso lícito, se decomisarán cuando el delito haya sido intencional.

En lo referente a los objetos o valores que se encuentren a disposición de las autoridades y que no hayan sido decomisados, y no recogidos por persona alguna, serán subastados para que el fruto de la venta, sea entregado a la persona que tenga derecho a recibirlo.

Amonestación: Es la advertencia que el juez dirige a un acusado, haciéndole ver, las consecuencias del delito que cometió,

excitándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor se reincide.

Apercibimiento y caución de no ofender: El apercibimiento consiste; en la conminación que el juez hace a una persona, cuando ha delinquido y se teme con fundamento que está en disposición de cometer un nuevo delito, ya sea por que él mismo amenaza con hacerlo, o por su misma actitud, si lo realiza, se le considerará reincidente.

la caución de no ofender, es cuando el juez estime que no ha bastado con la amonestación, y se le solicite una caución de no ofender.

Suspensión de derechos: Esta es de dos clases:

La que por ministerio de la ley resulta de una sanción como consecuencia necesaria de ésta y la que por consecuencia necesaria de ésta y la que por sentencia formal se impone como sanción.

Publicación especial de sentencia: Es la inserción total o parcial de ella, en uno o dos periódicos que circulen en la localidad, el juez escogerá los periódicos y resolverá la forma en que debe hacerse.

Vigilancia de la autoridad: Esta aparece cuando el contenido de la sentencia determine restricción de libertad o derechos, o suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, el juez dispondrá la vigilancia de la autoridad sobre el sentenciado.

La vigilancia consistirá en ejercer sobre el sentenciado, observación y orientación de su conducta personal especializado.

Tratamientos de inimputables y de quienes tengan el habito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotropicos, en internamiento o en libertad: En el supuesto de un inimputable que tenga que estar internado, este será depositado en la institución que sea considerada apta, para su tratamiento, en el caso de que el inimputable sea puesto en libertad, la autoridad lo entregará a las personas que legalmente tengan derecho sobre él, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando por cualquier medio, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Con esto, podemos decir, que hemos concluido con lo referente, a las medidas de seguridad, y el contenido de cada una de ellas.

Al concluir este primer apartado, podemos determinar nuestro modo de pensar, realizando las siguientes observaciones:

El concepto de delito manifestado por el autor Jiménez de Asúa, es el más adecuado a nuestro derecho por lo que es el que más nos inclinamos, pues además él considera primordialmente la conducta del individuo para determinar si es considerado delito o no, y no se enfoca a aspectos moralistas como muchos otros autores.

En lo que respecta al estudio del delito en su aspecto positivo y negativo, podemos decir, que consideramos que es innecesaria la reforma realizada al artículo 15 del Código Penal Vigente, pues si nos ponemos a realizar una comparación con el anterior, nos damos cuenta que varía en su redacción pero el contenido es el mismo. E incluso en lo que varía es en su denominación, pues antes se le llamaban Causas de Justificación y ahora Causas de Lícitud.

En tanto a la clasificación en delitos graves y no graves atendiendo como punto de partida "la idea de afectar valores importantes de la sociedad", pensamos que están muchos que no deberían de estar, y que no están muchos que deberían de estar.

En lo que respecta a los conceptos de sanción, pena y medida de seguridad, concluimos, que las dos primeras en la vida real son conceptualizadas por sinónimos, y por lo que se refiere a la medida de seguridad, ésta como su nombre lo dice, es un medio para la prevención del delito, o bien para la readaptación del delincuente.

Desafortunadamente en nuestro Código Penal en el apartado de "penas y medidas de seguridad", las contemplan como sinónimos, y en realidad no es así, pues la primera tiene por objeto sancionar al sujeto que infringió un tipo lega, podemos entenderla como la consecuencia jurídica, en cambio la medida de seguridad no siempre pues en muchas ocasiones ésta se aplica en donde no hay delito y su fin es la prevención.

A. Concepto legal de la patria potestad.

Antes de hacer referencia a esta institución por demás interesante es importante mencionar su significado y los diversos conceptos que varios conocedores dan de la misma.

Por ejemplo René Dekkers menciona que el término patria potestad es muy amplio, para la interpretación que se le da, determinando que "potestad" es igual a "poder", y patria igual a padre, es decir que es poder que sólo se le da al padre, situación contraria ya que también se le da a la madre, y por lo mismo existieron en su tiempo varias proposiciones para que se realizará un cambio a la palabra, y se diera otra, más cercana a la realidad.

E incluso los romanos discutían al respecto, sus argumentos eran muy válidos los cuales a continuación indicaré:

"De la autoridad de los padres, en Roma el poder paterno era una continuación del derecho de propiedad de los padres sobre los hijos, y la mujer no había cesado que estar bajo el poder del padre, no era extraño que no participará de esta magistratura de familia", pero los principios han cambiado con las costumbres, y ahora se trata de un poder de protección de los hijos, y la madre está con justo título admitida a compartirlo; los que tienen los mismos intereses deben tener

los mismos derechos y sería muy difícil justificar la proposición contraria"²¹.

Otro claro ejemplo de la necesidad de cambiar la palabra "patria potestad", por otra más adecuada a la situación actual es lo que comenta Rossel y Mentha diciendo:

"No conceptualizamos la patria potestad como los romanos, exclusivamente atribuida al padre y establecida, sobre todo, en interés de este último. Como se ejerce colectivamente por el padre y la madre, sería oportuno tal vez renunciar a la antigua terminología y hablar de autoridad parental mejor que de autoridad paternal"²².

Dicha observación que realizaron los estudiosos de la materia, coincide con mi punto de vista, ya que en la actualidad está más que comprobado que la mujer ha avanzado en muchos aspectos incluyendo en la responsabilidad para la educación y manutención de los niños.

Continuaremos con algunos conceptos que dan algunos escritores italianos con respecto a la patria potestad.

²¹Cit. por Castán Vázquez, José María. "La Patria Potestad", ed. 1a. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1960, p. 5.

²² *Idem*, p. 6.

Messineo la define como "Es un conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar"²³.

Con referencia a dicha definición, consideremos que toma en cuenta muchas características de lo que se refiere a la patria potestad, ya que no debemos olvidar que la principal función de ésta, es proteger al niño, y ésta lo contempla muy bien.

Otra definición es de Clemente de Diego, "El deber y derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos"²⁴.

Para José María Castán Vázquez la patria potestad es: "El conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre sus hijos".

Dicho concepto, consideramos que resulta incompleto por que apoyándonos a lo que establece el Código Civil existen otras personas que no siendo padres de los niños a falta de ellos, tienen derecho a

²³ Messineo. "Manual de derecho civil y comercial", Ediciones jurídicas Europa-América, Tomo III, Buenos Aires 1954, p. 136.

²⁴ Clemente Diego, Felipe. "Instituciones de Derecho Civil Español" ed. 3a Editorial Barcelona, Tomo II, Madrid 1930, p. 136.

tener la patria potestad sobre los mismos, tal es el caso a lo que dice el art.

414. La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- "I Por el padre y la madre;
- "II. Por el abuelo y la abuela paternos;
- "III. Por el abuelo y la abuela maternos."

Respecto al concepto legal de la patria potestad, el Código Civil Vigente, no lo define, tan sólo da algunas funciones y objetivo principal, en su numeral 413, que dice:

"La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la ley sobre Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal".

En el precepto legal, antes citado, nos habla de dos ámbitos de su aplicación:

- Sobre la persona.
- Sobre los bienes de la persona.

B. Caracteres de la patria potestad.

Primero, nos referiremos a la doctrina argentina, la cual sostenía que la "patria potestad" es una función social, pero el concepto de la institución no se agota en los deberes que impone a los padres, ni en la función social contenida en el cumplimiento de esos deberes, si no se implica también derechos.

El artículo 411 de Código Civil, claramente menciona en deber de los menores.

"Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Es oportuno señalar que el citado artículo, tiene una validez más que jurídica, moral, en virtud de que el legislador se olvidó de señalar a qué se hace acreedor el individuo que no observe la citada disposición.

Si es verdad que la patria potestad es una función que supone, al propio tiempo un derecho, un deber, es natural que ofrezca un carácter de irrenunciabilidad,

Irrenunciabilidad.

Al respecto, el derecho comparado muestra un general reconocimiento de la irrenunciabilidad de la patria potestad, diciendo que:

En Francia, así, la jurisprudencia ha declarado que "Los derechos de la patria potestad son de orden público y no pueden ser modificados por convenciones particulares hechas sea en el contrato de matrimonio entre esposos sea por los padres o el menor con un tercero; tales convenciones, que tendrían por fin limitar o modificar la aplicación de las reglas relativas a la patria potestad, serán radicalmente nulas"²⁵.

Esto quiere decir en derecho comparado con nuestra ley que las normas establecidas en el Código Civil, son de carácter dispositivo.

En el Derecho alemán, la doctrina afirma que, siendo el cuidado de la persona del hijo no sólo un derecho, sino también un deber, el padre no puede renunciar a él con efecto vinculante.

El Código Federal Mexicano, aún declarando irrenunciable la patria potestad, ofrece la particularidad de admitir algunas causas de excusa del ejercicio en el art. 148, en efecto, dice:

²⁵ *Op. Cit.*, Castán Vázquez, José María. p. 38.

"La patria potestad no es renunciabile; 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 su desempeño"²⁶.

Esto, mismo lo menciona nuestra ley, en su art. 448.

Intransmisibilidad.

La doctrina admite, generalmente, que la patria potestad está fuera del comercio y no puede, por tanto, cederse en todo ni en parte.

Pero sin embargo, cabe la posibilidad que el padre delegue en un tercero derechos concretos derivados de la patria potestad. Es así, frecuente que el padre interne al hijo en un colegio; no hay, en este caso, transmisión de la patria potestad, que sin duda, sigue, atribuida al padre: lo que ocurre es que éste se vale de terceros para ejercer el derecho y el deber de educar y custodiar al hijo.

Imprescriptibilidad.

Hablar de que la patria potestad, puede prescribir o no, es referirnos a un derecho real o personal, situación que no corresponde a

²⁶ Fernández, Clérigo. "El derecho de Familia en la legislación comparada" ed. 3ª. Editorial Grijalvo, México 1947, p. 337.

esta situación, pues es un derecho familiar, que si bien es cierto que puede cesar, por causas que la propia ley establece, y que en el momento oportuno se explicarán, lo que si es verdad, es que no es un derecho, que Por el pasar del tiempo, se extinga o se adquiriera, como es lo que se entiende por la figura de la prescripción.

Algunos civilistas, como Messina o Borda señalan también el carácter temporal de la patria potestad. Los poderes que de ésta se derivan son, en efecto, temporales, pues cesan por la mayoría de edad del hijo; o aún antes de dicha mayoría de edad, cuando los menores son emancipados²⁷.

Art. 641. "El Matrimonio del menor de 18 años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".

Quiere decir, que el menor que contraiga matrimonio por el hecho de contraerlo, adquiere la calidad de un individuo de mayoría de edad, aunque de hecho no la tenga.

Incluso después de extinguida la patria potestad subsisten en la relación paterno-filial, algunos efectos como el deber de respeto de los hijos y la obligación recíproca de alimentos entre éstos y los padres.

²⁷ *Op. Cit.* Messineo. p. 31.

La patria potestad, como otros derechos subjetivos puede ser limitada o suprimida por los Tribunales, cuando el padre titular la ejerce mal; pero cuando se hace un ejercicio normal de ella, el Estado respeta y debe respetar el poder del padre.

C. Efectos de la patria potestad.

Para su estudio la clasificamos en dos partes:

- I. Respecto de la persona de los hijos.
- II. Respecto de los bienes de los hijos.

I. Respecto de la persona de los hijos.

El capítulo I. del Título Octavo de la patria potestad habla de importantes disposiciones que haremos referencia en las siguientes hojas, tomando como punto de partida los artículos 414-424.

Entre las cuales están:

- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejercerá por:

Artículo 414

“I. Por el padre y la madre;

“II. Por el abuelo y la abuela paternos;

"III. Por el abuelo y la abuela maternos."

A este respecto, haremos una observación, ya que los legisladores, debieron haber utilizado la palabra de menor en vez de hijo.

A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

A este respecto consideramos que el legislador debió de haber determinado, que se entiende por "educarlo convenientemente", pues la mayoría de los padres, no saben hasta donde tienen alcance para considerar una educación conveniente, y mucho menos, los medios para poder llegar a ese objetivo.

- Los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente.

En este punto, es donde consideramos que debe existir un parámetro para los padres, para saber hasta donde la ley considera que los padres estaban cumpliendo con la facultad que le concede el art. 423, o se están excediendo y se están encuadrando en un tipo penal como el de lesiones.

Artículo 415

"Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad. Si viven separados, se observará lo que dispone el art. 380 y 381," los cuales dicen:

380: "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor".

381: "En caso de que el reconocimiento se efectúa sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa por los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave."

Artículo 416

"En los casos antes indicados, cuando por cualquiera circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro."

Artículo 419

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

Artículo 418

- "Sólo por falta o impedimento de los padres del menor entrarán al ejercicio de la patria potestad, los que sigan en el orden establecido en el art. 414. "

Artículo 421

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

Artículo 424

- "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."

Al respecto, mencionaremos que aquí el legislador considerando al menor como incapaz para saber la magnitud de las cosas que realice, el padre, siempre deberá estar al tanto de la conducta y actos que realiza el menor.

Entre las obligaciones que se derivan de la patria potestad se encuentran las establecidas en los siguientes artículos:

Art. 301. "La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos".

Quiere decir, que la obligación de proporcionar alimentos tiene la característica de reciprocidad.

Art. 303. "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado".

Art. 304. "Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado".

En estos dos últimos casos, podemos desprender, la gran preocupación que manifiesta el legislador, para que en cualquier circunstancia los menores no queden desamparados.

II. Respecto de los bienes de los hijos.

El ilustre maestro Don Rafael de Pina nos dice que:

Los bienes del hijo, mientras esté bajo la patria potestad, son de dos clases, los que adquiera con su trabajo y los que adquiera por cualquier otro título.

Los de la primera clase, pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

Los de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo de los bienes que el hijo adquiera por título distinto del trabajo, corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad, sin embargo,

si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenece al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

Los padres pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar la renuncia por escrito, o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda. Esta renuncia del usufructo hecha en favor del hijo se considera legalmente como una donación.

En todo caso, los réditos y rentas que se hayan vendiendo antes que los padres, abuelos y adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponde al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad.

El usufructo de los bienes concedidos a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del Título VI del Código Civil y, además, las impuestas a los usufructuarios, con la excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

“I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra o estén concursando.

“II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias.

“III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos.”

El derecho del usufructo concedido, a las personas que ejercen la patria potestad se extingue:

“I.- Por la emancipación o la mayor edad de los hijos.

“II.- Por la pérdida de la patria potestad.

“III.- Por renuncia.”

Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar los bienes inmuebles y los bienes preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa autorización judicial.

Tampoco puede celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años; vender valores industriales, comerciales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menos valor de que se coticen en la Plaza el día de la venta; hacer donación de estos actos, ni dar fianza en representación de los hijos.

Las personas que ejerzan, la patria potestad, tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes a los hijos, y deban entregárselas tan pronto como se emancipe o llegue a la mayor edad.

Las limitaciones anteriormente enumeradas, son garantías que la ley nos señala en favor de los bienes del sujeto a la patria potestad, en virtud de que el legislador ha considerado prudente dar la mayor protección jurídica posible al menor que por su inexperiencia puede ser víctima de los excesos o abusos de sus mayores.

El legislador ha otorgado a los jueces la facultad de tomar a instancia de las personas interesadas del menor, cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público, las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

La intervención judicial autorizada para los casos que se ha hecho referencia, que son los expresamente admitidos por el legislador, es necesario siempre un requerimiento expreso al juez, no estando permitida la intervención de oficio.

D. Extinción de la patria potestad.

En este apartado, para una mejor explicación tomaremos en consideración tres puntos de vista.

- I. Cuando se acaba.
- II. Cuando se pierde.
- III. Cuando se suspende.

El art. 443 nos dice: "La patria potestad se acaba:

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

Al respecto el mismo artículo nos remite al 460 que dice: "Cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, su ejecutor testamentario y en su caso de intestado los parientes y personas con quienes haya vivido, están obligados a dar parte del fallecimiento al juez pupilar, dentro de 8 días, a fin de que se provea a la tutela, bajo la pena de veinticinco a cien pesos de multa.

"Los jueces del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales tienen obligación de dar aviso a los jueces pupilares de los casos en que sea necesario nombrar tutor y que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones."

En este sentido, se plantea la circunstancia de que no existieran parientes a quien la propia ley, les autoriza para ejercer la patria potestad. Art. 414.

“II. Con la emancipación, derivada del matrimonio.

El precepto legal antes señalado nos remite al art. 641. "El matrimonio del menor de 18 años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".

Aquí, nos establece clara y precisa la circunstancia de que el matrimonio, es uno de los modos para sustraerse de la patria potestad, cuando el sujeto que realiza el contrato es menor de edad, pero de igual modo nos indica que aún cuando no subsistiese el matrimonio que fue quien dio origen a la emancipación, ya no volverá a recaer sobre el individuo la patria potestad que existía sobre él.

“III. Por la mayor edad del hijo.”

Nos remitimos al art. 646 que a la letra dice:

"La mayor edad comienza a los 18 años cumplidos".

De acuerdo a nuestra legislación, la ley nos considera capaces de adquirir obligaciones por otorgarnos la capacidad de ejercicio, y por lo mismo ya no considera el legislador que sea necesario que se cuide la persona y bienes del individuo.

Art. 444. "La patria potestad se pierde:

"I. Cuando el que ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

Refiriéndose a delitos graves, éstos están previstos en el art. 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que si recordamos hicimos referencia en el capítulo anterior.

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

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

Para que se lleve a cabo el divorcio, el cónyuge debe acreditar algunas de las causales que establece el art. 267 y que a criterio del juez, considere tal agravación en la conducta de quien ejerce la patria potestad del menor para condenarlo en la pérdida total o temporal de la misma.

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

“IV. Por la exposición que el padre o la madre hiciera de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.”

Estos dos últimos preceptos, hacen referencia a las tantas causales que establece el Código Civil, para promover el Divorcio.

Art. 447. "La patria potestad se suspende:

“I. Por la incapacidad declarada judicialmente;

Para una mayor comprensión citaremos el art. 450.

Tienen incapacidad natural y legal:

“I. Los menores de edad;

"II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;

"III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir;

"IV. Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

"II. Por la ausencia declarada en forma; es otra forma de suspenderse, la patria potestad al respecto el precepto dice:

Art. 675: "Pasados cuatro meses desde la fecha de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente no oposición de algún interesado, el juez declarará en forma la ausencia.

"El proceso a seguir para la declaración de ausencia además de lo antes citado, deberá realizarse a través de una demanda que lo funde bien, y el juez dispondrá que se publique durante 3 meses, con intervalos de quince días, en el Periódico Oficial que corresponda de acuerdo al último domicilio del ausente."

Finalmente otro modo de suspenderse es:

"III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión."

A grandes rasgos estas son las causas por la que se acaba, pierde y suspende la institución de la Patria Potestad.

E. Concepto legal de la tutela.

Referirnos, a la Tutela, es hablar de una de las figuras más importantes de nuestro Derecho Civil, el cual se encuentra muy influenciado por el Derecho Español, por ello le daremos mucha importancia a este apartado.

Comenzaremos determinando el significado de la Tutela desde su etiología.

Tutela deviene del latín "Tutéla", que significa la autoridad que el defecto a la paterna o materna se confiere a uno para que cuide la persona y bienes de un menor o de otra persona que no tiene completa capacidad civil.

Genéricamente, el vocablo latino significa dirección protección²⁸.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal consigna la definición legal de dicha institución a través del Art. 449:

"El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad

²⁸ "Diccionario Enciclopédico Ilustrado", de Selecciones de Reader's Digest, ed. 5a. Editorial Trillas, Tomo VIII, México 1972, p. 3814.

natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos".

En esta definición se aprecia el objetivo de la tutela y el objeto en quien se aplica, en el mismo artículo se menciona un tipo de tutela especial que se define:

"... La tutela puede tener también por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley".

Más adelante precisaremos algunos de los casos especiales que la propia ley establece, pero si es importante señalar, que palabras más, palabras menos, es la definición legal que comparten la mayor parte de las legislaciones, y por qué no decirlo, también coincide en las definiciones doctrinarias, como lo acreditan las que en seguida transcribimos:

Rafael de Pina menciona que la tutela "es una institución jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona o bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos"²⁹.

²⁹ De Pina, Rafael. "Diccionario de Derecho Mexicano", ed. 7a. Editorial Porrúa, México 1978, p. 364.

Víctor H. Martínez: "La tutela es la función que la ley confiere para representar y gobernar la persona y bienes del menor de edad no emancipado que no está sujeto a la patria potestad"³⁰.

Eduardo Busso: "La tutela es la misión conferida por la ley a una persona capaz, a los efectos de cuidar de un menor, o un interdicto, administrar de sus bienes y representarlo en los actos civiles"³¹.

Así mismo la institución tutelar viene a suplir la falta de la institución familiar, y por ende, a cumplir los mismos fines que esta última; por lo que se refiere a la alimentación, instrucción y educación de sus miembros incapaces o impotentes para proveerse por sí mismos.

Por ello, es de que es necesaria la tutela en los casos siguientes:

- a). Los menores de edad.
- b). Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.
- c). Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

³⁰ Cit por Pérez Puente, Rocio. "Aspectos Procesales de la Tutela", ed. 1a. Editorial Investigaciones Jurídicas UNAM, p. 27.

³¹ *Idem.* p.28.

d). Los sordomudos que no saben leer ni escribir.

Señalamos paso por paso lo anterior, para un mayor entendimiento, sobre quienes opera la figura jurídica de la Tutela, así como los casos en específico.

En el caso de los menores de edad, para que haya apertura a la tutela se requiere que el menor carezca de padres o de abuelos para ameritar la función de un tutor, el cual debe entrar en función inmediatamente al fallecimiento de la última persona que ha ejercido sobre el niño la patria potestad. Los jueces y parientes deben obrar con rapidez, para que el menor (o el incapacitado) no queden nunca exentos de protección, legal ya que esto es muy peligroso. Por ello la tutela es una institución familiar casi podría decirse que el tutor se convierte en un miembro más de la familia, aunque no haya parentesco con el menor.

También se da el caso de ausencia la apertura de la Tutela, cuando el ausente sea alguien quien legalmente tenga la patria potestad sobre el menor, en ese supuesto si el ausente tiene hijos que sean menores y estén sujetos a su patria potestad, y no hay ascendiente que debe ejercerla conforme a la ley, ni existe tutor testamentario ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre Tutor. Artículo 651.

Deviene también la tutela en los casos de suspensión de la patria potestad, o sea:

1." Por incapacidad declarada judicialmente (es decir cuando la última patria potestad se vea privada de sus facultades mentales).

2. "Por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión.

3. "Por la ausencia declarada en forma".

Art. 447 del Código Civil:

En el supuesto de mayores de edad privados de inteligencia, como son presos de locura, idiotismo o imbecilidad, etc., los sujetos no pueden valerse por sí mismos, y de ahí que sea necesaria la institución tutelar.

En el supuesto de ebrios consuetudinarios y drogadictos, que la propia ley determina, que se requiere de la tutela, es bueno mencionar el concepto de ambos términos para así, una mayor comprensión.

Alcohólico es "Todo individuo que consume alcohol cuando aún no se han extinguido los efectos de la dosis anterior"³². Cuando el

³² Weygandt, W. "Psiquiatría Forense", ed. 2ª. Editorial Nacional, México 1959, p. 389.

consumo de la bebida es constante y permanente, el alcohólico se hace consuetudinario.

Drogadicto es "Aquel sujeto que se mantiene en estado de intoxicación crónica o periódica, dañina para él y la sociedad, producida por el consumo repetido de una droga, sea natural o sintética"³³.

Por las anteriores definiciones, nos podemos percatar que en esas condiciones el individuo pierde la capacidad de valerse por sí mismo, y de ahí que sea necesaria la institución tutelar.

En el supuesto de sordomudos que no saben leer y escribir, es muy comprensible que estos individuos tampoco puedan valerse por sí mismos, y por ende, requiera de una persona normal que entienda su persona e intereses: el Tutor.

F. Tipos de tutela.

Nuestra legislación moderna, que es el código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal contempla tres clases de Tutela: Testamentaria, legítima y dativa.

³³ De Ojeda Cárdenas, Olga. "Aspectos Legales de Toxicomanía y Narcotráfico," ed. 3a. Editorial Fondo de Cultura Económica, p. 5.

1. Tutela testamentaria.- Este tipo de tutela es "la originada en la facultad conferida al ascendiente que sobrevive, de los dos que en cada grado deben de ejercer la patria potestad, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo". art. 470

Dicho nombramiento de tutor testamentario excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados, pero de primera vista, únicamente los ascendientes tienen, la facultad de nombrar un tutor a un incapacitado, pero no es así, pues el artículo 473, del Código Civil, señala que "El que en su testamento, aunque sea un menor no incapacitado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje." Esta última situación, puede considerarse como una exclusión a la ley general.

Otra hipótesis para lo que se puede realizar Tutela testamentaria, es cuando el padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela, y también la madre, en su caso, podrá hacer tal nombramiento de conformidad a lo que dice el art. 475 del Código Civil.

En ningún otro caso, se realizará la Tutela Testamentaria.

Tutela legítima.- Dicha tutela, deviene de las siguientes circunstancias que la ley previene: En su art. 482

"a) Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni hay tutor testamentario.

" b) Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio, de acuerdo a lo que el art. 283 que a la letra dice: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar TUTOR".

Indicaremos que la tutela legítima la corresponde legalmente a:

"1. Los hermanos, preferentemente a los que sean de ambas líneas.

" En caso de incapacidad de los hermanos antes mencionados, por los demás colaterales dentro del cuarto grado, en el caso de que existiesen parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos,

al que le parezca más apto para el cargo, pero en el caso de que el menor hubiese cumplido 16 años, él hará la elección." (art.483 484)

Señalaremos que al igual, que en el caso de la Tutela Testamentaria, en donde existe una clasificación de menores de edad, con ciertas condiciones, también las hay en la Tutela Legítima, como es el supuesto de:

Tutela Legítima de dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes.

En esta posición, en particular las personas que la podrán ejercitar son:

1. El marido es tutor legítimo de su mujer, y ésta de él.
2. Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre, cuando sean viudos.
3. En el caso de que existan dos hijos o más, será preferido, el que viva con ellos, o en su defecto el juez lo determinará.

Tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia.

En este caso en particular las personas que podrán ejercer la Tutela son:

1. Las personas que los hayan acogido, gozando de todas las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores.

2. Y en el caso de que sean depositados en establecimientos de beneficencia, serán los directores de las mismas.

3. Tutela dativa.- Tiene lugar esta tutela en los siguientes supuestos: De acuerdo al art. 495

"a) Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima.

"b) Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no haya ningún pariente de los ya aludidos."

El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido 16 años; y el Juez de lo Familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobala. Para que el juez reprobara la designación del menor, oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba el nombramiento hecho, el Juez nombrará tutor de la siguiente forma:

a) Si el menor no ha cumplido 16 años, el nombramiento de tutor lo hará el Juez de lo Familiar ante las personas que figuren en la lista nombrada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que queda comprobada la honorabilidad de la persona elegida, en el caso de que el Juez no realice oportunamente dicho nombramiento, será responsable de los daños y perjuicios que se sigan al menor.

b) A los menores de edad que no estén sujetos a Patria Potestad, ni a Tutela Testamentario o Legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo, teniendo como objeto la tutela el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, y aún de oficio por el Juez Familiar.

Por eso mismo tienen obligación de desempeñar la tutela mientras duran en los cargos respectivos:

Según art. 501

" a) El Presidente Municipal del domicilio del menor;

" b) Los demás regidores del ayuntamiento;

" c) Las personas que desempeñen la actividad administrativa en los lugares en donde no hubiere Ayuntamiento;

"d) Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional, del lugar donde vive el menor;

" e) Los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que disfruten sueldo del Erario;

" f) Los directores de establecimientos de beneficencia pública...."

De todas estas personas, los Jueces de lo Familiar nombrarán las que en cada caso deban desempeñar la Tutela procurando que este cargo se reparta equitativamente, sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuren en las listas que deban formar los Consejos Locales de Tutelas, cuando estén conformes en desempeñarla gratuitamente.

G. Impedimentos para desempeñar la tutela.

Existen dos principios muy importantes que se refieren sobre los impedimentos para desempeñar la tutela los cuales son:

1. La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima; y

2. El que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.

Considerando estos dos principios nos percatamos que la misma ley, establece los motivos por los cuales no se puede desempeñar la tutela, tal es el caso de lo que dice el art. 459, bajo el texto siguiente:

"No pueden ser nombrados tutores o curadores las personas que desempeñen el Juzgado de lo Familiar y las que integren los Consejos Locales de Tutelas, ni los que estén ligados con parentesco de consanguinidad con las mencionadas personas, en la línea recta, sin limitación de grados y en la colateral dentro del cuarto grado inclusive".

Las razones, resultan ser obvias, por ejemplo su desempeño oficial de los cargos públicos directamente vinculados a la institución tutelar, facilitaría la comisión de actos negativos sobre los bienes de los incapacitados, de igual manera si fueren parientes la que ejercieran la tutela.

Existen otros supuestos en cuanto a impedimentos para ejercer el cargo del tutor: de acuerdo a la doctrina:

1. Evidentemente, una persona sujeta a interdicción no podría legalmente desempeñar el cargo de tutor de otro.

2. Una persona que hubiere intentado judicialmente contra el menor un proceso en que estuviere en juego su fortuna, sus bienes.

3. Sería imposible legalmente de desempeñar la tutela personas condenadas en el ámbito penal.

4. Tampoco podrían ser tutores las personas que habitualmente observan una conducta inmoral y las que, habiendo administrado previamente otras fortunas, hubieren pruebas notorias de incapacidad o de deslealtad, o que hubieren perdido la patria potestad por haber dado motivo.

Si todas esas causas se llegasen a realizar, invariablemente entrañaría su inmediata destitución.

El Código Civil destina todo un capítulo (el VII, el Título Noveno, Libro Primero) que tiene como Título "De las personas inhábiles para el desempeño de la tutela y de las que deben ser separadas de ella".

En cuanto a las inhábiles declara que no pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo:

1. Los menores de edad;

2. Los mayores de edad que se encuentran bajo tutela;
3. Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;
4. Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo;
5. El que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad;
6. Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sea notoriamente de mala conducta;
7. Los que al diferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado;
8. Los deudores del incapacitado en cantidad considerable, a juicio del Juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento;
9. Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia;

10. El que no esté domiciliado en el lugar en que debe de ejercer la tutela;
11. Los empleados públicos de Hacienda, que por razón de su destino tengan responsabilidad pecuniaria actual o lo hayan tenido y no la hubieren cubierto;
12. El que padezca enfermedad crónica contagiosa, y
13. Los demás a quienes lo prohíba la ley como es:

Art. 505 "No pueden ser tutores ni curadores del demente los que hayan sido causa de la demencia, ni los que la hayan fomentado directa o indirecta."

Lo antes expuesto se aplicará a los idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios consuetudinarios y los que abusan habitualmente de las drogas enervantes, estableciéndolo así el art. 506, del Código Civil.

Por lo que respecta a las personas que serán separadas de la Tutela también el Código hace referencia en el numeral 504:

"a. Los que sin haber causado su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela;

"b. Los que conduzcan mal en el desempeño de la tutela ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;

"c. Los tutores que no rindan sus cuentas dentro del término legal, el cual es en el mes de enero de cada año, sea la fecha que fuese el nombramiento.

"d. Aquellos a quienes sobrevengan o se averigüe su incapacidad;

"e. El tutor que permanezca ausente por más de 6 meses del lugar en que debe desempeñar la tutela, y

"f. El tutor que se encuentre en el supuesto previsto en el art. 159 que dice:

"El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela, dicha prohibición comprenden al curador y a sus descendientes de éste y del tutor".

Como nos damos cuenta, la ley es muy explícita, manifiesta la preocupación de que el menor de edad o incapaz, se encuentre en las mejores manos para su desarrollo.

H. Excusas para no desempeñar la tutela.

A diferencia de la incapacidad, que supone la imposibilidad de ejercer el cargo en la persona en quien recae, aún en contra de su voluntad, la excusa presupone capacidad, es voluntaria y sólo evita el ejercicio de la tutela para el que la alega.

De conformidad con lo que dice el art. 511 diremos:

- 1." Por incompatibilidad de estado: "los militares en servicio activo;
2. "Por situación propia de hecho que impida atender el cargo: "Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;
3. "Los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
4. "Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente la tutela;
5. "Los que tengan sesenta años cumplidos;

6. "Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;

7. "Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela."

Indicaremos de igual modo, que si el que teniendo excusa legítima para ser tutor acepta el cargo, renuncia por el mismo hecho a la excusa que le concede el art. 512.

" Si e l que teniendo excusa legítima para ser tutor acepta el cargo, renuncia por el mismo hecho a la excusa que le concede la ley".

Para realizar lo antes citado, el tutor debe proponer sus pedimentos o excusas dentro del término que señala el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 906 que dice:

" Todo tutor, cualquiera que sea su clase, debe aceptar previamente y prestar las garantías exigidas por el Código Civil para que se le discierna el cargo, a no ser que la ley lo exceptuare expresamente.

"Todo tutor debe manifestar si acepta o no el cargo dentro de los 5 días que sigan a la notificación de su

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

nombramiento. En igual término debe proponer sus impedimentos o excusas disfrutando un día más por cada 40 kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del juez competente.

Cuando el impedimento o la causa legal de excusa ocurrieren después de la admisión de la tutela, los términos correrán desde el día en que el tutor conoció el impedimento o la causa legal de excusa.

“De igual manera: Si el tutor interpuso dicha excusa y mientras que se califique el Juez tiene la obligación de nombrar un Tutor Interino, si llegase a resolverse como desechada, éste pierde el derecho que tenga para heredar el incapacitado que muera intestado, y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia haya sobrevivido al mismo incapacitado. En igual pena incurre la persona a quien corresponda la tutela legítima, si habiendo sido legalmente citada, no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz.”

I. Funciones del tutor.

Entre las principales funciones de acuerdo con el propio concepto de tutela "es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal ...".

Por tal circunstancia para que pueda cumplirse tal cometido es que el Código Civil establece que el tutor, antes de que se le discierna el cargo, tendrá:

1. Prestará caución para asegurar su manejo la cual consistirá:

- a) En hipoteca o prenda;
- b) En fianza.

La garantía prendaria que preste el tutor se constituirá depositando las cosas dadas en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos; a falta de ella se depositarán en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad. (art. 519).

Pero están exceptuados de la obligación de dar garantía:

- Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador.
- El tutor que no administre bienes.
- El padre, la madre, los abuelos, en los casos en que conforme a la ley están llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes.
- Los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de 10 años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

Sin embargo las garantías que presten los tutores no impedirá que el Juez de lo Familiar, a moción del Ministerio Público, del

Consejo Local de Tutelas, de los parientes próximos del incapacitado o de éste si ha cumplido 16 años, dicte las providencias que se estimen útiles para la conservación de los bienes del pupilo.

En el supuesto de que la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes o en los hijos, no se dará garantía; salvo en el caso de que el Juez, con audiencia de curador y del Consejo de Tutelas, lo crea conveniente.

En el supuesto de que existiesen varios incapacitados cuyo haber consista en bienes procedentes de una herencia indivisa, si son varios los tutores sólo se exigirá a cada uno de ellos garantía por la parte que corresponda a su representado.

Cuando el tutor que deba de asegurar su manejo no posee bienes para tal efecto, la garantía podrá consistir en: parte en hipoteca o prenda, parte en fianza, o solamente en fianza, a juicio del juez, existiendo previa audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas.

Las anteriores garantías se darán:

- Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los méritos de los capitales impuestos durante ese tiempo;
- Por el valor de los bienes muebles;

- Por el de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio, a elección del juez;
- En las negociaciones mercantiles e industriales, por el 20% del importe de las mercancías, en caso que los bienes del incapacitado durante la tutela aumentan o disminuyen, a su vez la fianza, la hipoteca o prenda podrá disminuir o aumentar a petición del tutor, curador, Ministerio Público o del Consejo Local de Tutelas.

En el caso que el tutor no pudiere dentro de tres meses después de aceptado el nombramiento dar las cantidades antes citadas se procederá a nombrar a otro tutor.

Si por alguna situación el Juez no exigiera la caución para el manejo de la tutela, él también responderá subsidiariamente con el tutor por los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por tal causa.

2. Administrará los bienes del pupilo, de acuerdo a lo que señala el artículo 537:

"El tutor está obligado:

"I. A alimentar y educar al incapacitado;

"II. A destinar de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes;

"III. A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado si goza de discernimiento y ha cumplido 16 años de edad; el cual no podrá ser mayor de 6 meses.

"IV. A administrar el caudal de los incapacitados, en caso de que el pupilo sea mayor de 16 años y sea capaz de discernimiento será consultado para los actos importantes, si el pupilo por su propio trabajo ha adquirido algunos bienes, él los podrá administrar sólo.

"V. A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de los hijos, del testamento, etc."

Así, en la mayoría de los casos, el tutor puede realizar por sí mismo los actos comunes y corrientes de administración, y aquellos que fueren necesarios y útiles a su gestión. Pero debe tenerse que en todo lo que puede hacer por sí mismo, está obligado a solicitar oportunamente autorización judicial.

En síntesis el tutor podrá:

1. Recibir el dinero que procede de las redenciones de capitales y el que se adquiriera de cualquier otro modo legítimo;
2. Hacer todos aquellos gastos que simplemente fueren ordinarios de conservación y reparación;
3. Dar en arrendamiento los bienes del incapacitado por menos de 5 años;
4. Admitir las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado;
5. Inscribir o no en el inventario el crédito que tenga contra el incapacitado;
6. Determinar la cantidad que haya de invertirse en los alimentos y educación del menor, previa audiencia ante el Juez, pudiendo variarla, según el aumento o disminución del patrimonio.

En el caso de que los pupilos fuesen indigentes o no tengan medios para los gastos de alimentación y educación, podrá el tutor exigir judicialmente la prestación de esos gastos a los parientes que tienen la obligación legal de alimentar a los mismos, pero si se diera el supuesto de que el pupilo indigente no

tuviera parientes que estén obligados a alimentarlo, o no pudiesen hacerlo, el tutor, con autorización del Juez de lo Familiar, quien oirá tanto al curador como al Consejo Local de Tutelas pondrá al pupilo en un establecimiento de beneficencia pública o privada para que éste se eduque, y así poder vigilarlo, a fin de evitarle que sufra daño por la precaria educación, alimentación que se imparta en dicho establecimiento.

En el caso de que los indigentes no pudiesen estar en las condiciones antes indicadas los gastos que se realicen serán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal, pero si se llegasen a enterar que existe pariente obligado a proporcionar alimentos y no lo hicieren, el gobierno deducirá la acción correspondiente para que se reembolsen los gastos.

3. Rendir cuentas de la tutela, es otra de las principales funciones del tutor, la cual consiste a grandes rasgos en:

- Rendir juez cuenta detallada de la administración de los bienes del pupilo en el mes de enero de cada año, indistintamente en la fecha en que se le hubiere discernido el cargo, si en el término de tres meses posteriores al tiempo antes expresado, habrá como consecuencia la remoción del tutor.
- Rendir cuenta, cuando por causas graves a criterio del Juez, sean solicitadas por el curador, el Consejo Local de Tutelas o por el mismo menor cuando ya tuviera los 16 años cumplidos.

- La cuenta de administración comprenderá no solamente las cantidades en números por los productos de los bienes del menor que este hubiese trabajado, si no que comprenderá todas las operaciones que se realizaron para tal efecto, acompañada de todos los documentos justificativos de tales actos y un balance del estado de los bienes.
- Las cuentas deben de rendirse en el lugar donde se desempeña la tutela.
- La obligación de dar cuenta no podrá ser dispensada si por contrato, ni por última voluntad, aunque la hubiese hecho el propio menor.
- La garantía dada por el tutor no se cancelará, sino hasta que las cuentas hayan sido aprobadas.

De esta forma finalizamos el apartado de las funciones que debe realizar un tutor, dándonos cuenta que los legisladores tuvieron mucho cuidado para proteger tanto a la persona como a los bienes del menor o del incapacitado.

J. Extinción de la tutela.

De acuerdo al Código Civil en el precepto legal 606:

"La tutela se extingue:

"I. Por muerte del pupilo o porque desaparezca su enfermedad.

En esta fracción es notable en su primer momento que no existiendo individuo a quien deba protegerse, desaparece o resulta obsoleta la institución de la tutela.

En el aspecto de "cuando desaparezca la enfermedad del individuo ..." observamos que para que exista esto, debe considerarse al individuo un demente, idiota, imbécil, sordomudo, ebrio consuetudinario o que habitualmente abuse de las drogas enervantes, en este caso en particular, si llega a cumplir su mayoría de edad, y continúa con el impedimento el individuo se sujetará a nueva tutela, previo juicio de interdicción en el cual serán oídos el tutor y el curador anteriores."

El procedimiento a seguir lo establecen los artículos 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Art. 904. "La declaración de incapacidad por causa de demencia, se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez:

Como diligencia perjudiciales se practicarán las siguientes:

"I. Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y

bienes del señalado como incapacitado; ordenará que la persona que auxilia a aquél de cuya interdicción se trata, lo ponga a disposición de los médicos alienistas o de la especialidad correspondiente o bien, informe fidedigno de la persona que lo auxilie u otro medio de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.

“II. Los médicos que practiquen el examen deberán ser designados por el juez y serán de preferencia alienistas o de la especialidad correspondiente.

Dicho examen se hará en presencia del juez previa citación de la persona que hubiere pedido la interdicción y del Ministerio Público.

“III. Si el dictamen pericial resultare comprobada la incapacidad o por lo menos hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la personas cuya interdicción se pide, el juez proveerá las siguientes medidas:

“a) Nombrar tutor y curador interinos, cargos que deberán recaer en las personas siguientes, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlos; padre, madre, cónyuge, hijos, abuelos y hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos serán preferidos los mayores. En el caso de abuelos, frente a paternos o maternos, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias.

En caso de no haber ninguna de las personas indicadas no siendo aptas para la tutela el juez con todo escrúpulo debe nombrar como tutor interino a persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o comunidad de intereses o dependencias con el solicitante de la declaración.

“b) Poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino. Los de la sociedad conyugal, si la hubiere, quedarán bajo la administración del otro cónyuge.

“c) Proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado.

De la resolución en que se dicten las providencias mencionadas en este artículo procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo.

“IV. Dictadas las providencias que establecen las fracciones anteriores se procederá a un segundo reconocimiento médico del presunto incapacitado, con peritos diferentes, en los mismos términos que los señalados en la Fracción II. En caso de discrepancia con los peritos que rindieron el primer dictamen se practicará una junta de avenencia a la mayor brevedad posible y si no la hubiere el juez designará peritos terceros en discordia.

“V. Hecho lo anterior el juez citará a una audiencia en la cual, si estuvieren conformes el tutor y el Ministerio Público con el ordinario con intervención de Ministerio Público.”

Art. 905. ...II. “El presunto incapacitado será oído en juicio, si él lo pidiera, independientemente de la representación atribuida al tutor interino.

“III. El estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de tres médicos por lo menos, preferentemente alienistas del servicio médico legal o de instituciones médicas oficiales. Cada parte puede nombrar un perito médico para que intervenga en la audiencia y rinda su dictamen. El examen del presunto incapacitado se hará en presencia del juez, con citación de las partes y del Ministerio Público. El juez podrá hacer al examinado, a los médicos, a las partes y a los testigos cuantas preguntas estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas.

“IV. Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado. Si ocurriere urgente necesidad de otros actos, el autor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.

“V. Luego que cause ejecutoria la sentencia de interdicción, se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor definitivo que corresponda conforme a la ley.

“VI. El tutor interino deberá rendir cuentas al tutor definitivo con intervención del curador.

“VII. Las mismas reglas en lo conducente se observarán para el juicio que tenga por objeto hacer cesar la interdicción.

“VIII. El que dolosamente promueva juicio de incapacidad, será responsable de los daños y perjuicios que con ello ocasione, independientemente de la responsabilidad penal que fije la ley de la materia.”

El objetivo principal de transcribir textualmente los preceptos legales, fue con la finalidad de que se muestre cual es el proceder de las autoridades para determinar cuando un individuo sujeto a tutela está en óptimas condiciones para valerse por si mismo, o cuando acontece todo lo contrario, y se ve en la necesidad de continuar bajo la tutela.

Pues la misma ley lo dice, se realizará el mismo procedimiento, para determinar que ya no se encuentra en estado de interdicción.

La segunda causa para que se extinga la tutela es:

"II. Cuando el incapacitado, sujeto a tutela entre a la patria potestad pro reconocimiento o por adopción".

Por ello evocaremos algunos preceptos legales del Código Civil, para mejor comprensión.

Art. 369. "El reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

"I. En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil;

En el supuesto anterior, es bueno precisar que el padre realizará petición por escrito, a través de un poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos ratificándose las firmas ante Notario, Juez.

"II. ... Por testamento,...".

En el supuesto anterior, el art. 367 nos da la razón: "El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene, por revocado el reconocimiento".

Consideramos, que haciendo referencia a los preceptos legales anteriores, se entiende la forma en que se extingue la institución de la tutela, percatándonos con ello de que el legislador, en ningún momento deja desamparado al menor o incapaz.

K. El pupilo.

Referirnos a pupilos, es hablar de un niño a quien la ley considera que no tiene capacidad de ejercicio, la cual como sabemos se adquiere cumplidos los 18 años, en donde la ley nos faculta para poder realizar todas las gestiones y actos por nosotros mismos.

El término pupilo existe desde la época de los romanos, en esa comunidad distinguían a los niños en la siguiente clasificación:

a) Cercano a la infancia que es el menor que ha cumplido ya los siete años, pero que aún no tiene más de discernimiento que el infante y que por tanto no será culpable de los delitos que pueda cometer.

b) Próximo a la pubertad que se está acercando a los catorce años y que "ya se le considera capaz de obligarse por sus delitos por tener un mayor discernimiento".

Gayo reafirma estas etapas al asentar que el próximo a la pubertad ya tiene capacidad para hurtar y cometer delito de injurias.

En Roma eran importantes las etapas señaladas, por que el menor impúber próximo a los catorce años podía realizar él sólo los actos que mejorarán su patrimonio sin la intervención del tutor, negocios que le reportaran algún beneficio y para los actos que pudieran comprometer su patrimonio, entonces sí necesitaba del consentimiento del tutor.

Nos damos cuenta, que en Roma realizaron clasificaciones con respecto a los niños, en nuestra legislación vigente, existen preceptos que hablan sobre el menor y otros sobre el pupilo, considerándolo como sinónimo, no realizan alguna distinción, y mucho menos clasificación.

Solamente nos damos cuenta, que cuando se habla de Tutela, se refieren al menor como pupilo, y cuando se habla de patria potestad, adopción, se refieren al menor.

En lo referente al concepto de la patria potestad, nosotros proponemos el siguiente, que a nuestro criterio es el más adecuado.

"Es aquella facultad que tienen los padres o los parientes sobre los menores, para educarlos y protegerlos, hasta que lleguen a una madurez psíquica y física, para que puedan realizarlo por ellos mismos".

En cuanto a los efectos de la misma, consideramos que están bien determinadas por la legislación civil, pues principalmente versa sobre el menor y sobre los bienes del mismo.

En cuanto a las características, podemos establecer que no estamos de acuerdo en algunas, por ejemplo, en la referente a Imprescriptibilidad, pues es contrario a lo que la ley señala, pues ésta cesa, cuando este se encuadra en la figura jurídica de emancipación.

En cuanto a la irrenunciabilidad, consideramos que se renuncian a esta facultad: Las personas que tienen más de 60 años, y así lo soliciten. Cuando su estado de salud se considere grave y no pueda cumplir con las obligaciones inherentes a la patria potestad.

Cuando quien ejerza la patria potestad de en adopción al menor, tal como lo establece el artículo 403 del Código Civil Vigente, el cual será transcrito en el punto que viene.

En referencia a la Intransmisibilidad, resulta de igual manera contradictorio, ejemplo de ello, es lo que contiene el artículo 403 que a la letra dice: "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado por que entonces se ejercerá por ambos cónyuges"...

En referencia a la manera de que se extingue esta figura jurídica, determinamos, que todas las causales manifestadas por el Código Civil resultan poco aplicables en la vida real, pues difícilmente los jueces conceden la pérdida de la patria potestad.

La tutela la consideramos como una figura jurídica necesaria e igual de importante como lo es la patria potestad pues ésta surge cuando un menor no tiene alguna persona que legalmente tiene derecho a ejercer la patria potestad y que se encuentra en desamparo.

Es por ello, que ambas instituciones tienen mucha importancia en nuestro derecho, por que el fin para lo cual fueron creadas es el de "proteger al menor o pupilo".

Al parecer todo lo antes referido en teoría resulta ser muy bueno, y parece ser que los legisladores cuidaron todos los detalles para no dejar a un menor en el desamparo pero en la vida real, nos percatamos que no resultan ser muy eficaces nuestras leyes, pues si fuera de esa manera, no existirían tantos niños en la calle.

Concepto doctrinal de las lesiones.

El ministro francés Zanardelli, coceptualiza a las lesiones de la siguiente forma: "la lesión consiste en cualquier daño ocasionado al cuerpo. a la salud o a la inteligencia de un hombre, en virtud del cual queda éste afectado en su integridad física"³⁴.

Al reflexionar un poco el concepto, nos damos cuenta que dicho autor, menciona el término "inteligencia", el cual es un concepto subjetivo, y en el cual coincidimos, pues no sólo se está refiriendo a lesiones que dejen una huella material, sino está pensando en las lesiones mentales que se le pueden provocar al sujeto.

Para Filippini, Severi y Montalli, "lesión personal" es "todo acto violento que ocasiona en el cuerpo de un individuo dolor físico o no produce la muerte", además agregan que las lesiones personales "son todos aquellos actos, que sin violencia externa, producen alteración física por alteración funcional del aparato nervioso central"³⁵.

En este concepto , existe algo muy importante, es el hecho, de que están hablando de otro tipo de maltrato que se le puede producir a

³⁴ Zanardelli, D. "Derecho Penal Mexicano", ed. 7a. Editorial Harpe, París 1989, p. 39.

³⁵ Felippini, Servi y Montalli, "Manual de Medicina Legal", ed. 4a. Editorial Unos, París 1896, p. 679.

un individuo, y es precisamente, el que nuestra legislación no ha tomado en cuenta "maltrato emocional", y el "maltrato psíquico", los cuales son de mucha importancia, y los cuales no son contemplados para nada, en el momento de la persecución de un posible delito de lesiones a un menor.

Otro concepto es el manifestado por Tuoinot, el cual lo define como "toda herida provocada en el cuerpo humano, como también las heridas internas que no pueden ser observadas a simple vista, resultante de una acción criminal o accidental"³⁶.

Para José Flores lesión es "el daño exteriormente producido en el cuerpo por medio de un arma o un instrumento cualquiera"³⁷.

Hidalgo, Carpio y Saldoval sostienen que bajo el nombre de lesiones se comprenden no sólo las heridas, excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones y quemaduras, sino toda alteración de la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.

Nos podemos dar cuenta que todos los conceptos antes referidos, manifiestan tan sólo, el daño corporal que puede provocarse a un individuo, sin tomar en consideración el daño emocional y psíquico que

³⁶ Tuoinot, L. "Medicine Legale", ed. 6a. Editorial Harpe, Tomo I, París 1947, p. 269.

³⁷ Flores T., José. "Medicina Legal", ed. 1a. Editorial Nacional, Colombia 1906, p. 42.

pueden padecer los sujetos pasivos, más sin embargo, el concepto que vamos a transcribir en estos momentos es el más adecuado, a lo que pensamos.

"ES EL DAÑO DETERMINADO EN EL CUERPO HUMANO EN FORMA DE ALTERACIÓN ANATÓMICA, DE TRASTORNO FUNCIONAL O DE PERTURBACIÓN MENTAL OCASIONADO POR AGENTES DE ORDEN MECÁNICO FÍSICO, QUÍMICO Y AUN PSÍQUICO".

B. Concepto legal de lesiones.

Precisaremos, que antes de mencionar el concepto legal de "Lesiones", éste tuvo cambios durante toda la existencia de los Códigos Penales de México.

Por ejemplo en el Código del año de 1931 en su numeral 288, establece bajo el nombre de lesión "se comprenden no solamente las heridas, excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración de la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa"³⁸.

³⁸ Porte Pettit, Candaudap Celestino. "Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal", ed. 2ª. Editorial Jurídica Mexicana, México 1969, p. 62.

El concepto de lesiones en el Código de Defensa Social Veracruzano en su artículo 230 menciona que las lesiones "es toda alteración en la salud, producida por una causa externa"³⁹.

En nuestro particular criterio, esta definición se adecúa, más a nuestro modo de pensar, pues deja en apertura que es "alteración en la salud", y ésta no exclusivamente se puede referir a la física, sino a la mental.

Situación anversa al concepto referido en el Código Penal de 1931, pues habla de dos conceptos en los que no podemos estar acuerdo, uno de ellos es "alteración material", situación que no compartimos pues los trastornos psicológicos, no son palpables simple vista.

El término "alteración de la salud" no toma en cuenta las alteraciones de la salud, (psíquica y emocional), que padecen los menores, que son maltratados, y que sin embargo son las que dejan más huella en él, y que incluso pueden transformar notablemente su conducta, su personalidad e incluso sus valores.

El anteproyecto del Código Penal elaborado por la Procuraduría General de la República en el año de 1958 en su artículo 227

³⁹ *Idem.*, p. 63.

considera a la lesión "es toda alteración de la salud o del cuerpo humano que deje huella material producida por una causa externa"⁴⁰.

Dicha definición no puede ser más eficaz que las anteriores, pues siguen un mismo orden de ideas, solamente toman en consideración el elemento vital "alteración en la salud no especificando que comprende la palabra salud".

El Código de Campeche dispone en su artículo 253 del año 1963, bajo el nombre de lesiones "son aquellas excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, y demás, toda alteración de la salud y cualquier otro daño que deje huella materia o funcional en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa"⁴¹

El Código Penal Vigente en su artículo 288 dice:

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

⁴⁰ *Idem.*, p. 64.

⁴¹ *Idem.*, p. 65.

Debemos referirnos, que es lo que entienden los legisladores por el término "alteración en la salud", pues a nuestro entender puede haber alteración en la salud física, mental y emocional, y no se sabe a cual de estas tres se está haciendo referencia, por otro lado "huella material", nos da a entender que la lesión que se le produce al sujeto pasivo, se puede ver a simple vista, entonces, nos da pauta a pensar, que en ningún momento se refieren a las huellas emocionales y mentales que le dejan al menor, por ser constantemente maltratado.

Vinculado el precepto anterior con el artículo 295 del mismo ordenamiento al que hace referencia, dice:

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

En este punto, señalaremos tres situaciones que no precisamente completaron los creadores de dicho precepto a nuestra manera de ver.

Primero, no se contemplan las alteraciones de salud mental, en que se ven afectados los menores de edad, ya que interpretando el precepto sólo se hace referencia a la alteración de la salud que deje huella material".

Segundo, hacen la referencia que quedará a criterio del juez, en que se realice la suspensión i privación de derechos inherentes a la patria potestad o tutela, situación que de acuerdo a las múltiples investigaciones realizadas, se puede considerar que es un precepto muerto, pues del 100% de jueces, sólo un 10% aplica dicho precepto.

Tercero y último, en ningún momento, contemplaron el seno familiar en que se encuentran viviendo los menores cuando son golpeados, maltratados mental y físicamente por sus padres, para así, tomar en cuenta la pena que se merecen, por tal relación emocional y psicológica que hay entre ambos.

Nos atrevemos a manifestar, que estos tres factores son de suma importancia, para que se aminore el porcentaje de niños maltratados dentro de sus senos familiares, pues si la ley fuera más severa al respecto, y contemplara la relación emocional, del menor con el agresor, tal vez lo pensarían más para golpearlos, o tal vez, sabrían que las leyes protegen más a los niños de su misma familia .

C. Estudio dogmático del delito de lesiones.

Como lo aclaramos en el capítulo primero, el delito para un mejor estudio, se clasificó en dos aspectos uno positivo y otro negativo, y es esto lo que va a realizarse durante el desarrollo de este apartado.

Aspecto positivo.

- 1) **El hecho:** Va a consistir en la realización de cualquiera de las hipótesis contenidas en el artículo 288 del Código Penal (heridas, excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, alteración de la salud que dejen huella material).

La conducta: Esta puede consistir en un hacer (acción) o en un no hacer (omisión), en una actividad o en una inactividad, en el primer caso es un delito de acción y en el segundo es uno de comisión por omisión.

EL resultado: Consiste precisamente en lo contenido de la definición de lesiones, es decir, una alteración de la salud, desde un punto de vista fisiológico o anatómico.

Resaltaremos, en este punto, que es aquí, donde necesariamente se debe establecer el punto de vista psíquico o psicológico.

- 2) **Tipicidad:** Esto se refiere a que necesariamente el agente debe de realizar el hecho establecido en el artículo 288 del Código Penal Vigente.
- 3) **Antijuridicidad:** Para que exista el delito de lesiones el hecho debe ser antijurídico, es decir que siendo típico, no esté protegido el sujeto activo por una causa de licitud. Las lesiones serán

antijurídicas cuando no ocurra las causas de justificación, que antes eran llamadas así, y ahora se les denomina "excluyentes de responsabilidad".

- 4) **Culpabilidad:** Para que haya culpabilidad en el delito de lesiones, debe existir un nexo intelectual o emocional del sujeto con el acto, ya sea por dolo o culpa.

Una lesión es dolosa, cuando se quiere causar una alteración en la salud personal.

Una lesión es culposa cuando se ocasiona una alteración en la salud personal, habiéndose previsto el resultado con la esperanza de que no se produciría, o bien que no se previó debiendo haberlo previsto.

En otras palabras, se entiende que fue por imprudencia o negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional.

- 6) **Punibilidad:** Es la sanción en abstracto que se encuentra establecida en el Código Penal Vigente, cuando se produce una alteración en la salud que deje huella material, y la cual dependiendo del daño producido variando la punibilidad.

Art. 289: "Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres días a cuatro meses de prisión o de 10 a 30 días multa.

"Si tardare en sanar más de quince días se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión o de 60 a 270 días multa".

Art. 290: "Se impondrá de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara, perpetuamente notable".

Art. 291: "Se impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos pesos al que infiera una lesión que perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, en torpeza o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano; el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales".

Art. 292: "Se impondrá de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pie,, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre, cualquiera función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible".

"Se impondrá de seis a diez años de prisión, al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales".

Art. 293: Al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrá de tres a seis años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan conforme a los artículos anteriores".

Todos los preceptos legales antes citados, establecen las punibilidades a las cuales se hacen acreedores a los que infieran las lesiones.

Aspecto negativo.

1) Ausencia de conducta: En el delito de lesiones pueden operar todas las causas de ausencia de conducta y al darse una de ellas, habrá inexistencia del delito por estar ausente la "VOLUNTAD".

Las causas de ausencia de conducta son:

- Fuerza exterior irresistible.
- Fuerza de la naturaleza.
- Fuerza de seres irracionales.
- Movimientos reflejos.
- Sueño.
- Sonambulismo.
- Hipnotismo.

2) **Atipicidad:** Habrá atipicidad en el delito de lesiones, cuando un sujeto no encuadre o adecúa su conducta en el tipo previsto en el artículo 288, es decir cuando un sujeto no altere la salud de otro.

3) **Causas de justificación:** Ese era el nombre que antes se le daba, pero ahora se les denomina "Excluyentes de responsabilidad", y en el delito de lesiones pueden operar todas las referidas en el artículo 15, y el cual fue transcrito en el capítulo primero de este trabajo.

4) **Inimputabilidad:** En el delito de lesiones pueden operar las 6 causas de inimputabilidad las cuales son:

- Un trastorno mental permanente.
- Un trastorno mental transitorio.
- Desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter delictivo de su conducta.
- Miedo grave.
- Temor fundado.
- Minoría de edad.

Resaltaremos que el miedo grave y temor fundado, en el actual Código Penal Vigente, ya no se encuentran contemplados.

5) **Inculpabilidad:** En el delito de lesiones la inculpabilidad aparece cuando una persona realiza una "Alteración de la salud", y que siendo

típica y antijurídica se lleva acabo sin intención, ni imprudencia alguna.

Las causas de inculpabilidad son:

- Caso fortuito.
- Error de hecho esencial e invencible.
- Coacción sobre la voluntad.

Todas estas, ya han sido definidas en el capítulo primero de este trabajo, por lo que consideramos innecesario mencionar su definición.

6) **Excusas absolutorias:** En el delito de lesiones, pueden suscitarse, y van a ser aquellas que dejando subsistente el carácter delictuoso de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena, siempre y cuando se pueda acreditar lo establecido en el artículo 55 de la Ley penal, que a la letra dice: "Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva...".

D. Concepto jurídico de menor o pupilo.

Desde un punto de vista sociológico, el niño es "persona inmadura"⁴². Propiamente comprende la vida humana desde el nacimiento hasta la adolescencia.

⁴² Diversos autores. "Diccionario de Sociología", ed. 3a. Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1974, p. 200.

Francisco González de la Vega, al estudiar el delito de abandono de niños realiza un concepto jurídico penal de niño y expresa "la persona humana desde su nacimiento hasta la iniciación de la edad púber"⁴³.

Cesar Augusto Osorio nos define al niño como "aquella persona humana que se encuentra en el período de la vida comprendido entre el nacimiento y el principio de la pubertad"⁴⁴. Desde un punto de vista jurídico la ley expresamente no establece un concepto jurídico de menor, pero si menciona cual es la mayoría de edad, y cuales son los atributos de la misma, por lo que en un sentido contrario, podemos determinar, que "va a ser aquel individuo que necesariamente debe tener menos de 18 años de edad, y que aún teniendo derechos y obligaciones éstos sólo pueden ser ejercitados por sus representantes legales".

En este apartado, es conveniente mencionar, que la propia ley civil señala los posibles representantes que puede haber de un menor, tomando en consideración su situación en particular, y los cuales fueron explicados en el capítulo segundo.

43 De la Vega González, Francisco. "Derecho Penal Mexicano", ed. 5ª. Editorial Porrúa, México 1964, p. 140.

44 Osorio Nieto, Cesar Augusto. "El niño maltratado", ed. 3ª. Editorial Trillas, México 1990, p. 11.

Otro concepto de menor es: "Las personas que no han alcanzado la edad necesaria para gozar plenamente de los derechos civiles, es decir, que no han cumplido la edad de 18 años"⁴⁵.

Por lo que respecta al pupilo, tuvimos que remitirnos al derecho romano, y encontramos lo siguiente:

Pupillus o pupilo: Es el que siendo impúber, ha dejado de estar bajo la potestad paterna por muerte o por emancipación"⁴⁶.

Impúber: "Es el que debe abstenerse de toda función civil"⁴⁷

Entre las reglas que se encontraron con respecto al pupilo son las más importantes las que serán enumeradas a continuación:

1. En ningún caso el dolo del tutor, debe perjudicar al pupilo, tanto si aquél es solvente como si no lo es.
2. No se le puede pagar a un pupilo, sin el consentimiento de su tutor.
3. Cuando un pupilo recibe una cantidad en préstamo, no se obliga ni siquiera por derecho natural.

⁴⁵ *Op. Cit.*, Ramírez Gronda, Juan D. p. 215.

⁴⁶ *Idem.*, p. 269.

⁴⁷ Iglesias Redondo, Juan. "Reglas máximas jurídicas romanas", ed. 7a. Editorial Civitas, Madrid 1986, p. 186.

4. El pupilo con el consentimiento de su tutor puede realizar cualquier acto.
5. El pupilo, sin el consentimiento del tutor, no se obliga por derecho civil.
6. Si el pupilo, está presente, pero no tiene tutor debe ser tenido como ausente.
7. A los pupilos no se les concede la facultad de testar.
8. No se considera que el pupilo, mientras está en edad de serlo, tenga capacidad para querer o no querer, salvo que intervenga el consentimiento de su tutor, pues todo lo que requiere su voluntad necesita de dicho consentimiento.

Como podemos ver, existen muchas similitudes con el derecho civil mexicano, pues protegen al menor y al pupilo en sus bienes, en su persona y a ambos se les nombra a un tutor para que los cuiden y los eduquen.

Existe un concepto de pupilo, que es manejado por el derecho civil mexicano, y es el siguiente:

Pupilo: "Se dice del menor con respecto del tutor".

Esto quiere decir, que en la figura jurídica de tutela, se refieren al menor como pupilo, pero que en contenido es exactamente lo mismo.

E. Derechos de los menores segun nuestra legislación mexicana.

Propiamente la ley civil, no establece un apartado especial, donde señalen los derecho de los menores, pero aún así, realizamos un estudio de la misma, y pudimos establecer los siguientes:

- a) Tienen derechos a los alimentos, los cuales deben ser proporcionados, por los padres, y a falta de ellos o por imposibilidad, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas (padre o madre).
- b) Tienen derecho a que les aseguren los antes citados, en caso de que sus padres se divorcien o se separen (en caso de concubinato).
- c) Los alimentos comprenden la comida, el vestido la habitación y la asistencia en casos de enfermedad, además los gastos necesarios para la educación primaria y secundaria, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión, hasta la edad de los 18 años.

- d) Los hijos que fueron nacidos, antes de la celebración del matrimonio de sus padres, tienen el derecho de considerarse como nacidos de matrimonio siempre y cuando al momento de celebrarse éste, lo reconozcan. o antes o después, ya sea conjuntamente o por separado.
- e) Los menores tienen el derecho de reconocer a un hijo suyo, previo consentimiento de quien o quienes ejerzan la patria potestad sobre él, o quien ejerza la tutela sobre él.
- f) El menor tiene derecho de ser reconocido, previo consentimiento de su tutor, o del tutor que el juez le nombre para tal efecto.
- g) Los hijos que son reconocidos por su padre, madre o ambos, tienen derecho: Artículo 389 del Código Civil
- “I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.
- “II. A ser alimentado por las personas que los reconozcan.
- “III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.”
- h) El menor que este bajo la tutela, podrá ser adoptado por su tutor, siempre y cuando las cuentas de la tutela hayan sido aprobadas.

- i) El menor que fue adoptado, podrá impugnar la misma, dentro del año siguiente a cuando cumpla su mayoría de edad.
- j) El menor de edad tiene el derecho de no comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que ejerza la patria potestad, o tutela o adopción.
- k) El menor tiene derecho a que se le administren sus bienes por quienes legalmente tengan esa obligación, hasta que cumplan la mayoría de edad.
- l) Los menores de edad, una vez de que lleguen a la mayoría de edad, o sean emancipados tienen el derecho de que se le entreguen todos los bienes y frutos que les pertenecen.
- m) En el caso de la tutela, el pupilo o menor tiene derecho a que se le tome en cuenta, para actos de administración de sus bienes, siempre que ya tenga cumplidos los 16 años, y goce de discernimiento.
- n) En el caso de la tutela, de igual forma, tiene derecho a que se le respete la profesión u oficio que él desee, si el tutor infringe esto, puede el menor por conducto del curador, del Consejo Local de Tutelas, o por orden del Juez de lo Familiar, para que dicte las medidas convenientes.

- ñ) En el caso de que los menores, fueren indigentes, y no tuvieren personas que legalmente están obligadas a su cuidado, el tutor con auto-realización de le Juez de lo Familiar, podrá poner al menor en un establecimiento de beneficencia para educarse.
- o) En la figura jurídica de la tutela, uno de los derechos que gozan los menores o pupilos es de que por ninguna causa el tutor podrá vender sus bienes raíces, si no es en subasta pública, además en el caso de enajenación de bienes muebles o alhajas, sólo el juez podrá determinar si se lleva acabo en almoneda o no, y en el caso de acciones , títulos de rentas, frutos ganados, valores comerciales, industriales, etc., no podrá venderlo.
- p) El pupilo o menor, tiene derecho a que no sea maltratado por el tutor, además en el caso de que haya mala administración, sus bienes pueden cambiar de manos, nombrando a otro tutor.
- r) El menor de edad de 16 años en hombres, y 14 en mujeres, podrán contraer nupcias, previo consentimiento por quienes ejercen la patria potestad o en su defecto por tutor, o juez familiar de acuerdo a la residencia de uno de los menores.
- s) El marido y mujer, menores de edad, tendrán la administración de sus bienes, pero en el caso de que deseen venderlos, gravarlos o hipotecarlos de autorización judicial.

Como nos hemos percatado, éstos son los principales derechos de los cuales gozan los menores de edad en la legislación civil mexicana vigente, no obstante no podemos afirmar que sean los únicos, ya que en la vida real en estos tiempos se están manejando otros derechos, tales como: Los que promueve C.A.V.I. "Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar".

- 1.. Derecho a la vida.
2. Derecho desde que nacen a un nombre, nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.
3. Derecho a no ser separados de sus padres salvo cuando jurídicamente se determine por las autoridades competentes, que el niño o niña es objeto de maltrato o descuido por parte de éstos, o cuando los progenitores se hayan separado, deberá tomarse una decisión acerca del lugar de residencia de él o la menor.
4. Derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular si éstos se han separado, salvo si ello es contrario al interés de él o la menor.

5. Derecho a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, ya sea directamente, por medio de un representante o de un órgano apropiado.
6. Derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida, su familia,, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
7. Derecho a ser protegidos, legal, administrativamente, social y educativa, de todo perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo custodia de los progenitores o representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo.
8. Derecho de que los niños y las niñas mental o físicamente impedidos puedan disfrutar de una vida plena en condiciones que aseguren su dignidad desarrollando hasta donde sea posible -su autonomía- y su participación activa en la comunidad.
9. Derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y en caso de enfermedad tener acceso a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la recuperación de su salud.
10. Derecho a la educación a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades para niños y niñas.

11. Derecho a que la educación que reciban debe ir encaminada al desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades.
12. Derecho a estar protegidos contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
13. Derecho a estar protegidos contra el uso ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícito de estas sustancias.
14. Derecho a estar protegidos contra todas las formas de explotación o la coacción para que un niño o niña se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; la explotación del niño o niña en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; a la explotación de niños o niñas en espectáculos o materiales pornográficos.
15. Derecho a estar protegidos contra el secuestro la venta o trata de niños y niñas para cualquier fin o cualquier forma de lastimarlos.

Podemos darnos cuenta, que muchos de los derechos que son manejados por C.A.V.I. son tomados de nuestra legislación civil, y muchos otros más, son precisamente considerados, por que precisamente a ese tipo de conductas han sido sometidos muchos niños.

Aunque la infancia ha sido idealizada de tal manera, que se le "considera la etapa más feliz de los seres humanos", donde no hay preocupaciones y sólo es el juego la actividad principal; sin embargo nos damos cuenta que eso no es cierto, y que por ello, es de que nos encontramos a muchos niños, en las calles.

Hoy en día no podemos ignorar el gran número de infantes abandonados, maltratados, deambulan por las avenidas, dejando de vivir como tal, para convertirse en los "pequeños adultos".

En muchos casos los niños son muertos por golpizas por parte de sus propios padres, en otras ocasiones se dan diversas formas de violencias hacia los niños y niñas como: la falta de atención de sus necesidades básicas como la alimentación, la atención a la salud, la asistencia a la escuela, la poca demostración de cariño, las burlas y humillaciones, la devaluación de los mismos, los insultos, engaños, el deseo de que cumplan con nuestras expectativas de padres.

Todo esto se da, porque precisamente no se respetan absolutamente en nada, los derechos de los menores.

F. Investigación de campo relacionado con el artículo 295 del código penal.

El contenido del artículo 295 es el siguiente:

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

Para poder determinar si el contenido del precepto legal antes descrito, resulta ser el más conveniente para aminorar las lesiones que le son inferidas a los menores de edad, por quienes ejercen la patria potestad, o en su caso tutela, consideramos necesario analizarlo desde tres puntos de vista.

1. Efectividad.

Para llegar a una conclusión con respecto a si es efectiva dicha disposición, realizamos diversas entrevistas, estadísticas y visitas a sectores públicos y privados, que de alguna forma, tiene intervención en la comisión del delito.

Tal es el caso, de C.A.V.I. "Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar", la cual nos proporcionó datos muy importantes como es:

El índice de maltrato de menores en el año de 1995.

Existieron un total de 4,286 casos de menores maltratados.

mil 814 tenían entre 1 y 5 años de edad,

mil 610 tenían de 6 a 10 años,

594 tenían entre 11 y 12 años,

268 de 1 a 11 meses.

Comparando estos datos, con los obtenidos en las dependencias públicas como lo son: Los reclusorios, y agencias de Ministerio Público, determinamos lo siguiente:

- a) El tipo de delito antes multicitado en pocas ocasiones, llegan a manos de autoridades judiciales.
- b) En el caso de que se llegue a tener conocimiento de la comisión del delito, se trata de un delito considerado como no grave, y que por consecuencia goza de la garantía de "libertad bajo caución", por lo que difícilmente las madres o parientes, se atreven a realizar denuncia alguna, pues más tardan en aprehender al presunto inculpaado, que en lo que éste logra salir.

- c) Generalmente, los jueces imponen las penas correspondientes a ese tipo de conducta, tomando en cuenta, solamente las lesiones físicas que presenta el sujeto pasivo, sin importarle los problemas psicológicos y emocionales que sufren los menores.
- d) Los jueces difícilmente aplican el precepto legal 295, por que según ellos, no se acostumbre hacerlo, además que el contenido mismo pone la palabra "podrá", y no la palabra "deberá", situación que deja en desamparo al menor, pues su futuro dependerá del libre albedrío del juez, para saber si el inculpado, todavía tiene derechos sobre el ofendido.
- e) Para aprehender a un presunto inculpado, se requiere necesariamente de una denuncia o bien de un delito flagrante, situación que es por demás complicada, pues las autoridades no tienen facultad para irrumpir a los hogares, que han sido denunciados como el lugar en donde se lleva a cabo un delito.
- f) La indiferencia con la que muchas personas lo observan y conocen, y la ausencia de reacciones adecuadas, posibilitan que tales conductas se presenten sin que haya una respuesta social represiva de éstos hechos, pero es deseable que en todo caso la actitud de la comunidad sea favorable al niño, dé reproche a los agresores y dé auxilio a las autoridades, lo cual en última instancia no es más que un elemento de sentido de solidaridad.

En el número 190 de la revista Médica Aboterapia se expresa que "La causa de tales atrocidades es quizás el fracaso de la sociedad en inculcar los valores humanos a todos su ciudadanos"⁴⁸.

Estos elementos, son tan sólo una parte de todos los que nos mencionaron las autoridades judiciales, pero consideramos que son los más importantes.

Para concluir, determinamos que existen aún muchas lagunas legales en la ley penal, que puedan ayudar a que las autoridades le den correcto seguimiento y solución a este tipo de delito.

Es necesario establecer que hay otro aspecto al que nos referiremos en el siguiente apartado, y que se encuentra íntimamente relacionado con la efectividad del precepto legal.

2. Aplicabilidad.

De forma similar, realizamos entrevistas a dependencias privadas y públicas, para desarrollar en contenido de este apartado, dando como resultado lo siguiente:

⁴⁸ Medina, Carlos A. "Millón y medio de menores son explotados por sus padres." Excélsior, 25 de mayo de 1978, D.F. p. 8.

Los problemas a los que nos enfrentamos para que el tipo legal se aplique, son de dos tipos: El social y el legal.

Social:

- a) Desafortunadamente, desde el momento en que se piensa en denunciar un delito, automáticamente sabemos que implica gastos, aunque la ley precisa que la justicia, será gratuita, sabemos que en la realidad social, esto es falso, pues para darle celeridad a cualquier procedimiento se tiene que dar, dinero, por ello mismo la gente, se abstiene en denunciar.
- b) Otro problema, es el gran índice de ignorancia que prevalece en México, por que de acuerdo a la educación que se nos ha inculcado, pensamos que los padres, efectivamente, tienen derecho a golpear a sus hijos, con el pretexto de que lo están educando, para que se hagan hombre de bien.
- c) La irresponsabilidad de los progenitores que al no poder resolver los problemas entre si utilizan a sus hijos e hijas como instrumento de chantaje y agresión en contra de la pareja, ejemplo "quitarle a los hijos, o no dejarlos ver", provocando en el menor una baja autoestima y un gran miedo para denunciar.
- d) Otro problema social es:

- Que exista un gran índice de niños y niñas en la calle.
- Que existan niños y niñas con adicciones.
- Que haya niños y niñas con conductas delictivas.
- Niñas y niños adolescentes dedicados a la prostitución.

Todo este tipo de conductas, hacen que los menores crezcan con un gran rencor so sólo contra su familia, sino con la misma sociedad, por ello es de que no creen necesario acudir ante autoridades para denunciar los abusos de que son objeto.

Estos problemas, son los principales factores, que de manera inevitable, provoca, que la ley no tenga conocimiento de un delito, y por ende, que no haya tipo legal violado, y punibilidad aplicable.

Legal:

- a) El Ministerio Público, quien es la primer autoridad, que tiene conocimiento de un delito, no puede acudir, al domicilio donde se lleva a cabo el maltratamiento a un menor, pues carece de alguna facultad, para ello, pues no le concede ninguna, el Código de Procedimientos Penales, a lo más que puede hacer, es enviar a una Trabajadora Social, para que investigue lo más que se pueda.

En la vida real, al realizar la investigación muchos Ministerios Públicos, nos mencionaron que la forma en que ellos podían

detener a un presunto inculgado, era a través de engaños, para que por propia voluntad, fueran a la agencia investigadora, y se le hiciera de su conocimiento que existía una denuncia por lesionar a su hijo, si ese momento llevan al menor, se les pide dejen que el médico legisla le haga un avalúo, para verificar de esa manera, si el niño padece alguna lesión.

Si el resultado resulta positivo, en ese momento se le detiene, para realizar las investigaciones pertinentes.

Cuando el Agente del Ministerio Público reconozca que un niño ha sido maltratado, deberá profundizar las investigaciones, con el objeto de determinar la probable existencia de un delito, si es así, consignará ante el juez competente.

b) Desafortunadamente otro problema, que realiza el Ministerio Público, es de que por costumbre cuando consigna, lo realiza argumentando como un delito de Lesiones, debiendo de hacerlo como "Lesiones calificadas", que necesariamente conllevaría una punibilidad mucho mayor, por que si algo es cierto, un menor, no puede defenderse y mucho menos poner en riesgo la vida del agresor, dependiendo de las circunstancias se determinarían las agravantes, pero mínimo la agrayante de Ventaja encuadra perfectamente.

c) Otro problema a lo que se enfrenta uno, es de que desafortunadamente cuando un menor padece el "síndrome del

niño maltratado", generalmente cuando llega a manos del Agente del Ministerio Público, lleva lesiones que ya no sanarán, que ya sanaron, y que a simple vista no pueden detectarse.

d) Otro, sería de que se trata de un delito considerado como no grave, esto quiere decir, que el agresor podrá gozar de la libertad bajo caución, y que si tiene las posibilidades económicas podrá estar fuera, mientras se da seguimiento a su procedimiento penal, para determinar su responsabilidad.

e) En el momento en que realizan careos, con los menores, por estar ellos traumatados, y verlos frente a frente, en muchas ocasiones niegan lo que se les pregunta, por miedo a que vuelvan a ser golpeados, considero necesario, que al menor se le tome en cuenta, pero no se le encare con su agresor.

Afortunadamente en este aspecto, la legislación mexicana, ya no se manifiesta indiferente ante esta problemática, ya que fue creada una nueva ley, que toma en consideración el daño psicoemocional, y que aunque faculta solamente a autoridades administrativas, estamos dando un gran paso.

La ley se denomina "LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR".

En su artículo 3º., conceptualiza términos que para nosotros son de gran utilidad.

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley se entiende por:

“I. Generadores de Violencia Intrafamiliar;

Quienes realizan actos de maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual hacia las personas con la que tengan algún vínculo familiar;

“II. Receptores de Violencia Intrafamiliar;

Los grupos o individuos vulnerables que sufren el maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual en su esfera biopsicosexual; y

“III. Violencia Intrafamiliar: Aquel acto de poder u omisión recurrente, intencional y cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexual a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tenga alguna relación de parentesco por consanguinidad, tengan o lo hayan tenido por afinidad, civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases:

“A) Maltrato Físico.- Todo acto de agresión intencional repetitivo, en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún

objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro, encaminado hacia su sometimiento y control;

“B) Maltrato Psicoemocional.- Al patrón de conducta consistente en actos u omisiones repetitivos, cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias, de abandono y que provoquen en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a su estructura de personalidad.

“No se consideran maltrato emocional los actos que tengan por objeto reprender o reconvénir a los menores de edad, siempre que éstos sean realizados por quienes participen en la formación y educación de los mismos, con el consentimiento de los mismos, con el consentimiento de los padres del menor, y se demuestre que están encaminados a su sano desarrollo.

“Todo acto que se promueve que ha sido realizado con la intención de causar un daño moral a un menor de edad, será considerado maltratado emocional en los términos de éste artículo, aunque se argumente como justificación la educación y formación del menor.

“C) Maltrato Sexual.- Al patrón de conducta consistente en actos u omisiones reiteradas y cuyas formas de expresión pueden ser:

negar las necesidades sexoafectivas, inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que genere daño. Así como los delitos a que se refiere el Título Decimoquinto del Código Penal para el Distrito Federal, es decir, aquellos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, respecto a los cuales la presente Ley sólo surte sus efectos en el ámbito asistencial y preventivo.”

Proyectando todos los conceptos antes descritos, podemos establecer, que definen, al sujeto activo, sujeto pasivo, el hecho del delito, que se encuentran manifestados, cuando se llega a violar el precepto legal 295 del Código Penal Vigente, es decir:

SUJETO ACTIVO: Generador de violencia Intrafamiliar.

SUJETO PASIVO: Receptor de violencia Intrafamiliar.

EL HECHO:

- a) Maltrato físico.
- b) Maltrato Psicoemocional.
- c) Maltrato Sexual.

Determinamos que todos los conceptos, deberían ser incluidos en el Código Penal, para que de esta forma fuera más consciente en el momento de la aplicación de la pena.

3. Consecuencias psicológicas.

Es evidente que los malos tratos pueden generar múltiples resultados de lesiones físicas o mentales, o ambas simultáneamente, y que éstas pueden ser susceptibles de recuperación, o bien irreversibles con secuelas definitivas,

Primeramente nos referiremos a los rasgos que distinguen cuando un menor está siendo maltratado, y los cuales deben ser tomados en cuenta por las autoridades para una mejor investigación, e integración de una averiguación previa, e incluso durante el procedimiento.

Los niños maltratados presentan determinados rasgos distintivos comunes, presentan un aspecto triste, indiferente, temeroso o asustadizo y descuidado; es notorio su mal estado general, como consecuencia de traumatismo y negligencia, tanto afectivas como alimentarias.

Muestran trastornos de conducta tales como micción involuntaria o enuresis, debilidad mental, encefalopatías y anemias agudas.

De igual modo, hay particularidades del sujeto agresor:

Los sujetos activos son: De inteligencia poco desarrollada, conducta delictiva, prostitución, falta de adaptación social, inmadurez

emocional, impulsividad, inconsciencia, falta de dignidad, de metas positivas, problemas conyugales y familiares, aislamiento, soledad y fuertes sentimientos de importancia y frustración.

También existen además de las consecuencias psicológicas las sociales, las cuales también nos referiremos más adelante.

Como principales consecuencias psicológicas tenemos:

- a. No encuentran ni estímulo, ni reconocimiento para sus esfuerzos.
- b. Sólo conocen la indiferencia, la crítica y el desprecio.
- c. Se sienten rechazados por sus padres, y pueden proyectar este sentimiento hacia los profesores.
- d. Sus relaciones familiares tienden a evitarlos.
- e. Su estado emocional es de tensión y angustia, lo cual impide una conducta escolar positiva.

Entre las consecuencias sociales tenemos:

- a) Conductas juveniles antisociales.

Conviene hablar al respecto que existe una ley que creó el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, promulgada el 26 de diciembre de 1973 y publicada en el Diario Oficial el 2 de agosto de 1974, en vigor a los treinta días de su publicación, y la cual expresa en su artículo 2o. lo siguiente:

"El Consejo Tutelas intervendrá en los términos de la presente Ley, cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiestan otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños a sí mismo, a su familia o a la sociedad..."

Como lo diese el párrafo anterior, podemos deducir que son conductas antisociales las antes citadas, y además que las edades límites son: mínima 6 y máxima 17.

Wolf Middendorff afirma que "El castigo corporal hace al joven brutal, niega la dignidad espiritual de la personalidad y, finalmente, embrutece al que pega. Los jóvenes criminales o corrompidos, en la mayoría de los casos, nunca han recibido demasiados pocos, sino demasiados muchos azotes"⁴⁹.

⁴⁹ Wolf, Middendorff. "Criminología de la Juventud", ed. 8a. Editorial Claridad, Barcelona 1964, p. 122.

Uno de los factores principales, que tienen como punto similar entre los delincuentes, es el de que durante su infancia y adolescencia, fueron maltratados físicamente, psicológicamente, y emocionalmente.

De acuerdo con la opinión del autor antes referido, el niño que sufrió malos tratos, no sólo de índole física, llegará a la edad juvenil, en muchos casos, carente de claros y definidos conceptos de solidaridad humana de respeto a los individuos y a la colectividad, con sentimientos de odio, agresividad, y tal vez, de revanchismo; le será difícil adaptarse a la vida correctiva y puede incurrir en conductas antisociales como una reacción de los malos tratos sufridos.

El medio familiar es de primordial importancia en el desarrollo del joven, pues es la base de su desarrollo, ya sea positivo o negativo. En elevado porcentaje, los menores presentan defectos de formación moral.

Muchos de los menores maltratados, son fácil presa de la farmacodependencia, ya que al provocar un estado de desasosiego, angustia y sufrimiento, tanto en la infancia como en la adolescencia, la farmacodependencia puede presentarse como una forma de evasión de la realidad, de huida ante las complicaciones familiares, psíquicos y físicos.

2. Suicidio.

Alrededor de un suicidio se encuentran sentimientos de temor, culpabilidad, falta de dignidad, desvalorización, indolencia, apatía, retraimiento, frecuentes estados de melancolía, llanto y angustia, en una palabra condiciones familiares negativas para el individuo.

Todo lo antes mencionado, provoca en el sujeto un sentimiento de frustración que le desencadena una gran agresividad que por su propia caracterología no puede expresar, sino que la dirige contra sí mismo, se culpa de la situación, se deprime y en ocasiones se suicida.

Concluiremos, algo que es importante, y debería de ser considerado por todos los individuos que conformamos la sociedad, y que de un modo u otro, nos vemos afectados, pues de alguna forma somos espectadores.

Muchos adultos agresores fueron a su vez niños maltratados que tuvieron infancias desafortunadas, y estas situaciones se manifiestan, en la edad adulta, en actitudes de inafectividad, pues como en su niñez carecieron de afecto, les resulta difícil, cuando no imposible, desarrollarlo y manifestarlo.

El niño maltratado (física, psicológica y emocionalmente), crecen con una agresividad reprimida que van a proyectarla hacia su nueva familia, sobre sus hijos, y sobre su mujer.

CONCLUSIONES

Al haber realizado el anterior trabajo nos dimos cuenta que existen muchas anomalías y lagunas en nuestra legislación mexicana, por ello es necesario expresarlas y fundamentarlas como lo haremos a continuación.

Sabemos que las lesiones inferidas a menores por quienes ejercen la patria potestad o tutela, tiene una consecuencia mayor a la que se piensa, sabemos además que gran parte de los delincuentes que habitan en la Sociedad fueron niños maltratados que crecen con resentimiento hacia la familia y a la sociedad, y que su personalidad está muy afectada por los acontecimientos en su infancia.

Partiendo de esta idea comenzaremos expresando lo siguiente:

Primero.- El delito de lesiones debe su concepto, no sólo se deben considerar las lesiones físicas, sino también las psíquicas y psicológicas para poder imponer la pena.

Segundo.- El delito de lesiones debe ser considerado como "delito grave" por que primeramente sí afectan intereses y valores de la sociedad, y por otro lado por que de otro modo los agresores pueden

gozar de la libertad bajo caución, dejando al ofendido en peligro. Exceptuando las lesiones establecidas en el numeral 289 del Código Penal para el D.F.

Tercero.- El delito de lesiones debe ser consignado como "lesiones calificadas con ventaja".

Estableciendo que la misma es entendida de la siguiente forma: artículo 317 del Código Penal.

"Será considerada la ventaja como calificativa cuando sea tal que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido..."

Ya que es cierto, que el agresor en ningún momento corre riesgo de que lo mate el menor.

Debe descartarse que para tal efecto, se deberá tomar en cuenta la edad del ofendido y sus circunstancias personales.

Cuarto.- Durante el procedimiento penal de un menor lesionado deberá de existir por ley, la existencia de varios estudios psicológicos y psíquicos realizados al menor, para que el juez en vista de lo anterior tenga un mayor criterio en el momento de la imposición de la pena.

Quinto.- En el momento en que una autoridad judicial tiene conocimiento de la comisión del delito multicitado no puede darle pronto seguimiento en virtud de que casi siempre el ofendido se encuentra en su casa y que la autoridad no está facultada para poder sacarlo.

Por esto, es de que consideramos necesario otorgar esta facultad al Ministerio Público para darle rápido seguimiento así como darle elementos para que se integre bien la Averiguación Previa.

Sexto.- Crear con ayuda de la Secretaría de Educación Pública un plan educativo consistente en que trabajadoras sociales y psicólogas del D.D.F., se constituyan en escuelas (públicas y privadas) para la realización de estudios psicológicos a los menores y poder detectar quienes padecen del "síndrome del niño maltratado", y de esta forma hacer de su conocimiento a las autoridades competentes para su seguimiento y solución.

Séptimo.- En las lesiones previstas en los artículos 290 al 293 todos del Código Penal, se les suspenda en la vida real los derechos que sobre los menores tengan los agresores, además que dependiendo de cada caso en particular si a criterio del juez considera que lo amerita, (se les quite a los menores) y éstos sean colocados en instituciones públicas o privadas que le den al ofendido tratamiento psicológico para los traumas provocados.

Octavo.- En atención a lo dispuesto del artículo 52 del Código Penal que dice: ... "El juez fijará la pena y la medida de seguridad atendiendo para ello...la magnitud del daño causado al bien jurídico o ...".

Atendiendo lo antes descrito y considerando que las lesiones no sólo comprenden las físicas sino las psíquicas y psicológicas proponemos la adhesión de un precepto legal al artículo 294 que diga lo siguiente:

Cuando se compruebe que el sujeto activo sea quien ejerza "la patria potestad o la tutela" del ofendido, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan de acuerdo a las lesiones inferidas, la pena se aumentará hasta en una mitad más.

BIBLIOGRAFIA.

1. Castán Vázquez, José María. "La patria potestad", ed. 1a. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1960, p. 403.
2. Clemente Diego, Felipe. "Instituciones de Derecho Civil Español", ed. 3ª. Editorial Barcelona, Tomo II, Madrid 1930, p. 538.
3. Cuello Colón, Ricardo. "Manual de Derecho Penal", ed. 2ª. Editorial Lumbre, España 1978, p. 270.
4. De Ojeda Cárdenas, Olga. "Aspectos legales de Toxicomanía y Narcotráfico", ed. 3ª. Editorial Fondo de Cultura Económica, p. 237.
5. De Pina, Rafael. "Diccionario de Derecho Mexicano", ed. 7a. Editorial Porrúa, México 1978, p. 364.
6. De la Vega González, Francisco. "Derecho Penal Mexicano", ed. 5ª. Editorial Porrúa, México 1964, pags. 580.
7. "Diccionario Enciclopédico Ilustrado", de Selecciones del Reader's Digest, ed. 5ª. Editorial Trillas, Tomo VIII, México 1972, p. 5013.
8. Diversos autores. "Diccionario de Sociología", ed. 3ª. Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1974, p. 476.

9. Felippini, Servi y Montalli. "Manual de Medicina Legal", ed. 4ª. Editorial Unos, París 1896, p. 679.
10. Fernández Clérigo. "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada", ed. 3ª. Editorial Grijalvo, México 1947, p. 337.
11. Flores T., José. "Medicina Legal", ed. 1a. Editorial Nacional, Colombia 1906, p. 425.
12. García Iturbe, Octavio. "Derecho Penal Mexicano", ed. 6ª. Editorial Claridad, Argentina 1967, p. 345.
13. García Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho", ed. 3ª. Editorial Porrúa, México 1982, p. 535.
14. Iglesias Redondo, Juan. "Reglas Máximas Jurídicas Romanas", ed. 7a. Editorial Civitas, Madrid 1986, p. 604.
15. Jiménez de Asúa, Luis. "La Ley y el Delito", ed. 2ª. Editorial Porrúa, México 1954, p. 465.
16. Martínez Prieto, Marcial. "La Actitud Social Frente al Delito", ed. 3ª. Editorial Imprenta, Chile 1931, p. 367.

17. Medina, Carlos A. "Millón y medio de menores son explotados por sus padres", Periódico Excélsior, 25 de mayo de 1978, Distrito Federal, p. 8.
18. Messineo. "Manual de Derecho Civil y Comercial", Ediciones jurídicas Europa-América, Tomo III, Buenos Aires 1954, p. 780.
19. Osorio Nieto, Cesar Augusto. "El Niño Maltratado", ed. 3ª. Editorial Trillas, México 1990, p. 79.
20. Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", ed. 5ª. Editorial Porrúa, México 1982, p. 427.
21. Pellegrino, Rossi. "Traité de Droit Penale", ed. 2ª. Editorial Harpe, París 1872, p. 2399.
22. Pérez Puente, Rocío. "Aspectos Procesales de la Tutela", ed. 1ª. Editorial Investigaciones Jurídicas UNAM, p. 232.
23. Porte Petit, Caudaudap Celestino. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", ed. 8ª. Editorial Porrúa, México 1983, p. 350.
24. Porte Petit Caudaudap Celestino, "Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal", Editorial Jurídica Mexicana, Segunda Edición, México 1969, pags. 359.

25. Ramírez Gronda, Juan D. "Diccionario Jurídico", ed. 4a. Editorial Claridad, Argentina 1994, p. 376.
26. Ríos Murillo, Jesús. "De las Sanciones Penales", ed. 2ª. Editorial Investigaciones jurídicas UNAM, México 1985, p. 210.
27. Soler, Sebastián. "Derecho Penal", ed. 5ª. Editorial Claridad, Tomo II, Argentina 1951, p. 400.
28. Tuoinot, L. "Medecine Legale", ed. 6a. Editorial Harpe, Tomo I. París 1947, p. 340.
29. Weygandt, W. "Psiquiatría Forense", ed. 2ª. Editorial Nacional, México 1959, p. 389.
30. Wolf, Middendorff. "Criminología de la Juventud", ed. 11a. Editorial Claridad, Barcelona 1964, p. 320.
31. Zanardelli, D. "Derecho Penal", ed. 7a. Editorial Harpe, París 1989, p. 321.