

Nº 18  
RES.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales  
" A R A G O N "

"PROPOSICION DE REFORMA AL DELITO DE ROBO  
DE INFANTE EN EL ESTADO DE MEXICO"

T E S I S  
Que para obtener el Título de  
LICENCIADO EN DERECHO  
p r e s e n t a  
NORMA AQUINO SILVA



San Juan de Aragón, Edo. Méx.

1992

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

Todo el material contenido en esta tesis 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.

PROPOSICION DE REFORMA AL DELITO DE  
ROBO DE INFANTE EN EL ESTADO DE MEXICO

INTRODUCCION .....	XI
I.- MARCO HISTORICO.....	1
A. EPOCA PRECORTESIANA.....	1
1. EL PUEBLO MAYA.....	1
2. EL PUEBLO TARASCO.....	4
3. EL PUEBLO AZTECA.....	5
B. EPOCA COLONIAL.....	9
1. LA LEGISLACION DE CASTILLA.....	11
2. LEYES DE INDIAS.....	13
3. LEYES DE PARTIDAS.....	16
C. MEXICO INDEPENDIENTE.....	19
1. CODIGO PENAL VERACRUZANO 1835.....	19
2. CODIGO PENAL DE 1871.....	20
3. CODIGO PENAL DE 1929.....	23
4. CODIGO PENAL DE 1931.....	24
5. PRIMER CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.....	28
II. ANALISIS CRITICO DEL DELITO DE ROBO DE INFANTE TIPIFICADO EN EL CODIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO DE MEXICO.....	31
A. ASPECTOS POSITIVOS.....	33
1. CONDUCTA.....	34
2. TIPICIDAD.....	41
a. ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO.....	45

b. ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO.....	51
3. ANTIJURIDICIDAD.....	60
4. IMPUTABILIDAD.....	63
5. CULPABILIDAD.....	64
6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	68
7. PUNIBILIDAD.....	69
B. ASPECTOS NEGATIVOS.....	71
1. AUSENCIA DE CONDUCTA.....	71
2. ATIPICIDAD.....	75
3. CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	78
4. INIMPUTABILIDAD.....	83
5. INCULPABILIDAD.....	87
6. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD....	94
7. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	94
III. PROPOSICION DE REFORMA AL DELITO DE ROBO DE INFANTE.....	96
A. MARCO DE REFERENCIA.....	96
1. FAMILIA.....	96
a. CONCEPTO.....	96
b. EVOLUCION HISTORICA.....	103
c. CLASES.....	109
2. PATRIA POTESTAD.....	111
a. CONCEPTO.....	111
b. EVOLUCION HISTORICA.....	112
c. CARACTERISTICAS.....	117
d. DEBERES Y DERECHOS.....	119

e. EXCUSA.....	124
f. PERDIDA, SUSPENSION Y EXTINCION.....	125
3. TUTELA.....	127
a. CONCEPTO.....	127
b. EVOLUCION HISTORICA.....	127
c. SISTEMAS TUTELARES.....	128
d. CARACTERISTICAS.....	129
e. SUJETOS PASIVOS.....	132
f. CLASES.....	132
g. ORGANOS.....	136
B. PROYECTO DE REFORMA AL DELITO DE ROBO DE INFANTE EN EL ESTADO DE MEXICO.....	138
CONCLUSIONES.....	143
BIBLIOGRAFIA.....	148

## I N T R O D U C C I O N

La presente investigación denominada " Proposición de reforma al delito de robo de infante en el Estado de México " , un tema quizá no muy común entre los litigantes, pero sí de gran importancia para la sociedad y en especial la mexiquense; en la que con gran frecuencia se denuncia el delito de robo de infante ante las agencias investigadoras del Ministerio Público. Encontrándose una serie de problemas debido a la forma en que el legislador contempla y en especial, la segunda hipótesis que sanciona al delito de robo de infante por sus familiares que a la letra dice: " Se impondrán de seis meses a cinco años de prisión, cuando el delito lo cometa un familiar que obre de mala fe y no por móviles afectivos."

Los problemas a los que se enfrenta el agente investigador del Ministerio Público son: ¿ Qué se debe entender por familiar ? ¿ A quien se puede considerar como extraño a la familia de menor ? ¿ Cuales son los móviles no afectivos ? ¿ Sería más conveniente contemplar las instituciones de la patria potestad y la tutela en el delito de robo de infante ? ¿ Puede cometer el delito de robo de infante los padres del menor ?; los cuales pretendemos que en la presente investigación se les de una respuesta. Y para ello, en nuestro primer capítulo denominado " marco histórico " pretendemos dar un panorama evolutivo de la

figura de robo de infante; en la época precortesiana, la colonia y México independiente; ya que para entender nuestro Derecho actual es conveniente remontarnos a sus orígenes.

En nuestro segundo capítulo denominado " Análisis crítico del delito de robo de infante tipificado en el Código penal vigente en el Estado de México ", analizamos desde un punto de vista de la teoría general del delito los aspectos positivos y negativos del mismo, e inmediatamente los adecuaremos de manera concreta al delito de robo de infante.

En el tercer y último capítulo " Proposición de reforma al delito de robo de infante "; abordaremos en primera instancia un marco de referencia , en donde se analizan las instituciones que pretendemos incluir, en lugar de la mala fe y móviles no afectivos contemplando al delito de robo de infante en una sola hipótesis. En segunda instancia realizamos un proyecto de reforma al delito de robo de infante en el Estado de México; en donde manifestamos, los argumentos que consideramos válidos para hacer esta proposición de reforma al delito en referencia, además de manifestar los inconvenientes que presenta el delito de robo de infante, en la manera que se encuentra actualmente tipificado.

En la presente investigación, existen algunos puntos en los que no se abordan de una manera más profunda, solamente se mencionan, por ser tema de otra investigación, así como por tratar de que ésta sea lo menos técnica y lo más clara posible.

**CAPITULO PRIMERO.**

**MARCO HISTORICO**

**A. EPOCA PRECORTESIANA.**

1. EL PUEBLO MAYA.
2. EL PUEBLO TARASCO.
3. EL PUEBLO AZTECA.

**B. EPOCA COLONIAL.**

1. LA LEGISLACION DE CASTILLA.
2. LEYES DE INDIAS.
3. LEYES DE PARTIDAS.

**C. MEXICO INDEPENDIENTE.**

1. CODIGO PENAL VERACRUZANO 1835.
2. CODIGO PENAL DE 1871.
3. CODIGO PENAL DE 1929.
4. CODIGO PENAL DE 1931.
5. PRIMER CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

## I. MARCO HISTORICO .

### A. EPOCA PRECORTESIANA.

En la época precortesiana existió una serie de pueblos que habitaron el antiguo México; los cuales no conformaron una nación, ya que eran grupos con características e ideas muy diversas, tanto en su religión como en su modo de vivir. En esta época los pueblos más importantes son:

#### 1. EL PUEBLO MAYA.

El pueblo Maya estaba constituido por una serie de tribus indígenas americanas, que habitaron el centro de América y Yucatán durante 2000 años. Se distinguen dos pueblos Mayas, el Antiguo y el Nuevo; el primero abarca del año 613 a.c. al año 964 d.c., el segundo del año 964 al 1437 d.c.

En términos generales podemos decir, que los mayas tenían una escritura jeroglífica, encontrándose vestigios de ella en las paredes de los templos, así como en las escaleras. Asimismo, tenían conocimientos muy avanzados sobre arquitectura, arte, que en las demás culturas precortesianas no alcanzó tal desarrollo. Los Mayas también se dedicaron a la cerámica aunque en una forma muy simple y sencilla.

Por cuanto hace a su legislación se cree que contaban con una administración de justicia, la cual estaba a cargo del Batab, quien en forma directa y oral, sencilla y pronta, recibía e investigaba las quejas resolviéndolas verbal e inmediatamente y sin apelación; al pronunciarse la sentencia se procedía a ejecutarlas de inmediato por los tuptiles.

Los jueces quienes resolvían todos los litigios, se encontraban en una casa junto a un canto de plaza, amañera de consorcio, para así hacer más expedita la impartición de justicia.

" Es probable que los Mayas no tuvieran legislación escrita, sino consuetudinaria, transmitida de generación en generación, cosa de suponerse, toda vez que no acostumbraban escribir sus litigios, sino resolverlos de palabra, ..." (1)

El Derecho penal maya se caracterizó por ser muy riguroso, ya que en la mayoría de los delitos se aplicaban las penas máximas, que eran la esclavitud y la muerte.

El delito de robo de infante, el plagio, secuestro o cualquier conducta que se encaminara a la sustracción de un menor o de una persona; no se tipificó como delito en el Derecho penal

---

(1) Dr. Luna Kan, Francisco; Enciclopedia Yucateca, Epoca Maya T.II; segunda edición; edición oficial del gobierno de Yucatán; México, 1977; pág. 203.

maya, sin embargo tal conducta, sí se practicaba, porque la finalidad de las guerras que afrontaba el pueblo Maya con otros, era cautivar a los niños, para así hacerlos esclavos y después sacrificarlos. También era costumbre que un cacique a manera de obsequio, entregara niños y jóvenes para el sacrificio; sustrayéndolos de las tribus que dirigían. Por otra parte, así como el cacique podía disponer de la vida de los niños, jóvenes y mujeres; cuando los huérfanos de padre eran aún pequeños la autoridad les asignaba un tutor, ya fuera algún familiar o no, éste disponía de la vida del niño ya para la esclavitud o para el sacrificio en honor de sus dioses.

En lo personal es curioso señalar que a pesar de tener conocimientos de arquitectura, el pueblo Maya no construyó cárceles, se considera que tal circunstancia obedeció principalmente a la inexistencia de la pena de prisión; sin embargo durante el proceso de un delincuente se le acollaraba en una jaula de madera a la interperie, hasta que se dictara sentencia y se diera cumplimiento a la misma.

El pueblo Maya se considera una de las culturas que alcanzó gran apogeo en la época precortesiana, sin embargo con la llegada de los españoles, llega también su fin hacia el año de 1525.

## 2. EL PUEBLO TARASCO.

El pueblo Tarasco estaba conformado por señoríos y habitaban en un principio el actual Estado de Michoacán, pero con las invasiones que sufrieron, extendieron sus territorios a lo que hoy es Guanajuato y Querétaro.

La cultura tarasca se considera inferior a la maya y a la azteca ; ya que no sobresalieron en arquitectura, ni en la estatuaria e incluso no usaron escritura; por lo que no dejó información de su pasado, y lo que se conoce acerca de esta cultura se debe a los escritos de frayles franciscanos. Además no manejaron calendarios, por consiguiente no registraron fechas de sus principales acontecimientos.

Poco se sabe acerca de las leyes penales del pueblo tarasco, pero sin embargo se tiene la certeza de que eran muy crueles ; así tenemos que el adulterio con una de las mujeres de Cazonci se castigaba con la muerte al adultero y toda su familia además de la confiscación de sus bienes. Cuando el que cometía el delito era un señor principal por leve que fuera la falta, se le degradaba y desterraba y desnudaba a su mujer. El primer robo generalmente se perdonaba; pero si la falta se cometía por segunda ocasión el castigo era despeñar al delincuente, para que su cuerpo fuera comido por las aves.

En el pueblo tarasco no se tiene el antecedente de que se castigara el delito de sustracción de un niño de su hogar, inclusive no podemos saber si esa conducta se haya realizado; pero conociendo la crueldad de las leyes penales es probable que tal conducta no se haya realizado y de haberse realizado no llegó a conocimiento del Rey Cazonci, porque de haber sucedido así, se tendría noticia de ello.

### 3. EL PUEBLO AZTECA.

En cuanto a su Derecho el pueblo Azteca tuvo como fuente principal la costumbre; sin embargo existieron en materia penal legislación pictórica, como el Código Mendocino y las Leyes de Nezahualcóyotl.

" El Código Penal de Texcoco era más severo, los castigos establecidos por Nezahualcóyotl llevaban el sello del mayor rigor."(2)

Las penas en el Derecho azteca como ya se mencionó, eran severas, y esto se debió a que la sociedad mexicana tenía sus bases fundamentales en lo militar, por tanto era necesario mantener una disciplina rigurosa, para evitar así una disolución social. Teniendo así que las penas más comunes eran, la muerte, la esclavi

---

(2) Koler J., Deberlin; Derecho de los Aztecas; trad. Carlos Rovalo y Fernández; edición de la revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho; México, 1924; pág. 57.

tud y la prisión, sin olvidar los azotes u otros maltratamientos del cuerpo. Cabe anotar que no se usaba la pena pecuniaria ya que no existía la moneda.

El Derecho penal azteca era tan completo que tenía una clasificación de los delitos, semejante a la de nuestro Derecho positivo mexicano y que a saber son: " Contra la seguridad del imperio; contra la moral pública; contra el orden de las familias; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio"(3)

Así tenemos, que la sustracción de un menor de su hogar, ya se tipificaba como delito en el Derecho penal azteca. Y lo encontramos en la anterior clasificación en los delitos contra la libertad y seguridad de las personas; teniendo así que " Era ley y con rigor se guardada, que si algún indio vendía por esclavo a un niño perdido, que hiciese esclavo al que lo vendía y su hacienda partiesen en dos partes; la una daban al niño y la otra al que lo había comprado, si los que lo habían vendido eran más

---

(3) Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal.(Parte General); vigésima tercera edición; editorial Porrúa S.A; México, 1986; pág. 43.

de uno, o todos los hacían esclavos (Códex Alcobiz)."(4)

Por su parte Lucio Mendieta y Nuñez señala " el que hacía esclavo a un niño libre perdía a su vez la libertad , y con el precio que daban por él, se restituía al comprador del niño lo que por él había dado, y el resto se aplicaba a éste para su educación."(5)

Asimismo, Kolher afirma " Quien vendía como esclavo a un niño libre, hijo de otro, se volvía esclavo y su fortuna se repartía entre el niño, representado por su madre, el comprador de buena fe y el descubridor; en caso de varios descubridores, entre todos se distribuía esa parte."(6)

Cuando en este delito se usaba la violencia, la pena era la estrangulación y así es como lo manifiesta Kolher " Cuando el raptor se había apoderado del niño por la fuerza la pena era la estrangulación, según la ley de Nezahualcōyotl."(7)

Salvador Toscano señala, que existía la sustracción de un menor de su hogar, pero cuando éste estaba perdido; Lucio Mendieta y Nuñez refiriéndose al mismo delito, señala que la condición

(4) Toscano, Salvador; Derecho y Organización de los Aztecas; México, 1937; pág. 64.

(5) Mendieta y Nuñez, Lucio; El Derecho Precolonial; quinta edición; editorial Porrúa S.A.; México, 1985; pág. 71.

(6) Kolher, op.cit., pág. 63.

(7) Kolher, loc. cit.

es que el niño sea libre, para que se cometa el ilícito; Kolher también menciona que el niño debe ser libre , pero hace un señalamiento muy importante, que el niño sea hijo de otro, además añ de un elemento que los otros dos autores no señalan, un tercer sujeto , que es el descubridor (a quien también se le reparte el dinero que por la venta recibió el vendedor). Por otra parte Kolher manifiesta , que existía una modalidad del delito en cuestión en el Derecho penal azteca, y era cuando mediaba la violencia o la fuerza, en donde lógicamente la pena aumentaba; siendo la estrangulación el castigo, como quedo mencionado anteriormente.

La venta del menor para hacerlo esclavo, era severamente sancionado, cuando la sustracción y venta lo realizaba persona diferente a su padre. Este sin embargo podía venderles no solamente a sus hijos , sino inclusive a su esposa; esto cuando la familia era pobre y eran tiempos de hambre.

Afirma Orozco y Berra " si el padre de varios hijos, alguno de ellos salía malo e incorregible, podía venderle, previa licencia de los jueces, para servir de corrección a los de su especie: el padre estaba obligado a dar un convite, con el precio, del cual solo podían participar él, la madre, los hermanos y parientes más próximos; avisábase a los criados no comiesen aquella comida que era precio del hijo, y si a pesar de ello la tomaban uno o muchos, quedaban esclavos." (8)

(8) Orozco y Berra; Historia Antigua y de la Conquista de México; segunda edición; editorial Porrúa S.A.; México, 1978; pág. 231.

El pueblo Azteca en cuanto a su Derecho y en especial el Derecho penal, fue uno de los más completos y avanzados en la época precorteciana; sin embargo con la conquista española, pasa a manos de la Corona el " Imperio Azteca ", hacia el año de 1519.

#### B. EPOCA DE LA COLONIA.

Con la conquista española se produjo un cambio trascendente en los regímenes político, jurídico, económico; así como en la cultura, religión, costumbre, idiosincracia, etc. En cuanto al Derecho que existía en el México precortesiano, vino una decadencia de sus instituciones, o quizá un olvido de las mismas, ya que no hubo influencia de éstas en la nueva legislación para las colonias, y esto " apesar de la disposición del emperador Carlos V, anotada más tarde en la recopilación de Indias en el sentido de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral; por lo tanto la legislación de la Nueva España fue netamente europea."(9)

Es de gran importancia hacer mención que en la época de la colonia, las instituciones Iglesia y Estado formaban una sola unidad; esta situación dio lugar a una institución llamada Regio

---

(9) Castellanos, op. cit., pág. 44.

Patronato Indiano, ésta consistía en que el Rey se convertía en jefe de la Iglesia de América.

Podemos afirmar que en la Nueva España existió una doble legislación; una para los aborígenes y otra para los españoles, sin embargo en la práctica siempre se aplicó la legislación española.

Los indígenas fueron considerados por los españoles, como niños menores de edad, incapaces de valerse por sí solos, situación que de alguna manera favoreció a los indios; de tal suerte que había leyes que los protegían de ser juzgados por los tribunales de la Santa Inquisición, ya que para ellos existía el Real Consejo de Indias ( Supremo Tribunal ). Este Consejo lo integraban, un presidente o canciller, ocho consejeros que podían ser médicos o abogados, un fiscal, cuatro contadores, tres relatores y un secretario.

En la época de la Colonia existieron las siguientes leyes: Leyes del Toro, Leyes de Indias, Fuero Real, Fuero Juzgo, Las Siete Partidas, La Nueva y Novísima Recopilación; así como algunas Ordenanzas dictadas especialmente para la Nueva España, como la de Minería, la de Intendentes y las de Gremios. Indudablemente que al haber gran número de legislaciones, se presentó gran confusión. Para los efectos de la presente investigación so lo abordaremos el estudio del Fuero Juzgo considerado como legis

lación de Castilla; aunque de hecho todas las leyes de esa época podríamos llamar de Castilla por haber emanado de la corona Española; las leyes de Indias, como ley común para los aborígenes de la Nueva España; y como ley supletoria, las Siete Partidas.

#### 1. LA LEGISLACION DE CASTILLA.

En las leyes escritas por España, el Fuero Juzgo, tuvo especial fuerza y preferencia como ley obligatoria; su primera edición se hizo en el año de 1600, por Alonso Villadiego quien de un texto en castellano realizó comentarios en latín.

El Fuero Juzgo llegó a México, en la época de la colonia a través de la influencia del Derecho español a la Nueva España. Fué de gran importancia esta ley en materia penal, quien aún consumada la independencia de México siguió la influencia del Fuero Juzgo.

Miguel Macedo afirma que " Los orígenes de las leyes codificadas en el Fuero Juzgo se encuentran por una parte en las costumbres godas en cierto modo influenciadas por las leyes y costumbres romanas y por el sentimiento religioso católico." (10)

---

(10) Macedo, Miguel; Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano; editorial Cultura; México, 1931; pág. 48.

El Fuero Juzgo fue redactado en tiempos de Chindasvinto entre los años 642 y 643, teniendo como base compilaciones anteriores. Se dice que se realizó una primera traducción al castellano hecha por el Rey Fernando III ( el Santo ), en el año de 1241, quien la designó Fuero particular para la ciudad de Cordoba.

El Fuero Juzgo se divide en " ( un primer título, como preliminar y ) doce libros, subdivididos en títulos y éstos a su vez en leyes, capítulos o eras."(11)

Por lo que respecta al delito de robo de infante, en este ordenamiento encontramos un antecedente que se desprende del precepto de la ley 3, título 3, libro VII que a la letra dice:

" Quien vendiere fio o fiia de omne libre, ó de mujer libre en otra tierra, o lo saca de su casa por engaño, e lo lleva en otra tierra, sea siervo del padre o de la madre, ó de los hermanos da quel mismo, quel puedan justiciar ó vender, si quisieren; o si quisieren tomen del la emienda del omecilio , que son CCC sueldos; ca tal cosa cuemo a questa los padres pudieren cobrar el fio , el que lo vendio peche á los padres la meadad del omecilio que son CL sueldos, é si non oviere de que los pague, sea siervo de los padres." (12)

---

(11) Ibid., pág. 47.

(12) Pacheco Joaquín, Francisco; Código penal Concordado y Comentado. T. III; tercera edición; España, 1867; pág. 247.

Daremos una interpretación al precepto del Fuero Juzgo; teniendo que quien vendiere hijo o hija de hombre libre o de mujer libre en otra tierra, o lo saquen de su casa por engaño o lo lleve a otra tierra, sera hecho siervo del padre o de la madre o de los hermanos de aquél mismo que puedan justiciar o vender si quisieran; o tomen la enmienda del homicidio que son trescientos sueldos; y si los padres pudieren recobrar al hijo, el que lo vendio pague a los padres la mitad del homicidio que son ciento cincuenta sueldos, y si no hubiere quien los pague sera siervo de los padres.

Como podemos observar, la sustracción de un hijo o hija de hombre o de mujer libre era sancionado, de tal suerte que el castigo era pecuniario o servicios personales; esto hace pensar que para los españoles, la libertad era un bien jurídico tutelado por su Derecho, pero la libertad de los que eran libres. Esto parece redundante, pero no es así, protegían a los hombres libres para que no perdieran su libertad, pero no hacían nada para que los esclavos salieran de su estado de esclavitud y fueran libres.

## 2. LAS LEYES DE INDIAS.

Las Leyes de Indias fueron todas aquellas disposiciones que dieron los Reyes, a lo largo de la vida de la colonia para el mejor gobierno de la misma.

La legislación de Indias empieza en el año de 1492 con las capitulaciones de Santa Fe, propuestas por Cristóbal Colón.

Estas leyes tienen una visión religiosa, esto por la unidad que formaban Iglesia Estado.

Respecto a ésta legislación Macedo manifiesta " En la legislación especial de las colonias españolas podemos distinguir dos períodos. El primero, que comienza con las disposiciones de los Reyes católicos, poco después del descubrimiento de América, abarca más de dos siglos; durante él la legislación colonial se forma por el mismo procedimiento de simple yuxtaposición que la de España; esto es, por medio de pragmáticas, cédulas, reales órdenes, instrucciones, ordenanzas, etc., disposiciones numerosas, frecuentes y desligadas entre sí, en cada una de las cuales se resuelve una cuestión, se estatuye sobre un punto especial o se intenta poner remedio a determinado mal..."(13)

" El segundo período comienza con el reinado de Carlos III (1759); en él se cambia el sentido general de la legislación de las colonias, haciéndose más ilustradas y apareciendo en ellas principios más racionales y elevados, que forman cuerpos ordenados de legislación y leyes importantes que abarcan toda una materia y constituyen sistemas de tendencias y objetos definidos."(14)

---

(13) Macedo, op. cit., pág. 160.

(14) Ibid., pág. 161.

Las leyes de Indias, al ser leyes especiales para los indios de la colonia, manifiestan una serie de preceptos tendientes a la protección y desde luego a la evangelización; pero esto constituía meras manifestaciones de los Reyes católicos en hojas de papel, ya que la realidad era muy diferente como lo expresa Ignacio Villalobos al decir "... legislación de las Indias que no era aplicada sino contrastada por las costumbres y prácticas de los comenderos y pobladores del territorio. De un lado la explotación y el aniquilamiento de la población indígena, y del otro, una lucha de defensa teórica, de intención y a muy larga distancia, iniciada por Isabel la Católica y apenas secundada por algunas audiencias..."(15)

Las leyes de indias fueron muy numerosas , y hubo la necesidad de reunir las en una colección , que fuera ordenada para así facilitar su consulta; por lo que en 1596 se forma la primera recopilación, la cual para el siglo XVII contaba con nueve libros.

Por lo que respecta al delito de robo de infante, encontramos como antecedente en esta legislación, en el libro primero , título tercero, ley 8, lo siguiente " En que se pone la orden que se ha de tener en dar por libres a los indios esclavos, y que las mujeres de cualquier edad y los varones que eran menores de catorce años cuando se hicieran esclavos, se den ante

---

(15) Villalobos, Ignacio; Derecho Penal Mexicano. (Parte General); quinta edición; editorial Porrúa S.A.; México, 1990; pág. 112.

todas cosas por libres, cómo se han de pagar los que cumplieron al Rey en su consejo y el servicio a los que se dieron por libres..."(16)

Este antecedente, lo es en forma general, esto es, no específicamente en cuanto al robo de infante, sino en cuanto a los delitos en contra de la libertad y seguridad de las personas. Asimismo podemos mencionar como antecedente, la Real Cédula del 20 de Diciembre de 1503, desde luego expedida por la corona Española; en donde se manifestaba que los indios jurídicamente eran hombres libres.

### 3. LAS LEYES DE PARTIDAS.

Las Leyes de Siete Partidas, fueron al igual que las leyes de Indias, una recopilación de leyes, ordenanzas, etc., dictadas por la Corona, pero a diferencia de éstas, las Partidas se referían a las leyes dictadas para España.

Las Partidas fueron realizadas en el reinado de Alonso X, por lo que originariamente se les denominó " libro de las leyes que hizo el Rey Don Alonso ". La finalidad con que se realizó esta compilación fue la de, consolidar el poder real así como, de ser sancionadas como Código general. Sin embargo hasta el reinado de su bisnieto Alonso XI; se continuó y perfeccionó las Partidas, dándoles una autoridad legal y obligatoria.

---

(16) Zorita, Alonso; Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias del Mar Oceano; editorial Miguel Angel Porrúa; México, 1984; pág. 30.

Las Siete Partidas tienen una influencia romana y canónica, por lo que existe equiparación del delito con el pecado.

Fue tal la influencia de las Siete Partidas en México, como lo afirma Miguel Macedo al expresar " En México la autoridad de las Partidas fue de hecho muy superior a la del Fuero, todavía en tiempos recientes\*, nuestros tribunales, sobre todo los de orden Federal, fundaban sus resoluciones en aquéllas, en tanto que el Fuero no era ya invocado desde hacia mucho tiempo por abogados ni por jueces."(17)

Las Partidas están constituidas por siete libros; en la Partida VII encontramos lo referente al Derecho penal de aquella época. Pero lo referente al antecedente del robo de infante lo podemos encontrar en el título XIV que a la letra dice " De los hurtos; e de los siervos que hurtan a si mesmo e de los que aconsejan , o los fuerzan, que fagan mal e de los guardadores que fazen furto a menores."(18)

Interpretandose este precepto de la siguiente manera: de los robos; y de los siervos que roban a si mismos y de los que aconsejan, o los obligan a que hagan mal y de los guardadores que roban a los menores.

(17) Macedo, op. cit., pág. 46

\* Don Miguel Macedo, al manifestar tiempos recientes, se refiere al año de 1908.

(18) Ibid., pág. 112.

Pero más específicamente, encontramos sancionado en esta legislación el robo de infante como delito en la ley 22, título 14 Partida VII que a la letra dice:

"Sosocan ó furtan algunos ladrones los hijos de los omes, ó los siervos ajenos, con intención de los llevar á vender á tierras de los enemigos, ó por servirse dellos como de siervos. E porque estos tales fazen en muy gran maldad, me recen pena. E por ende dezimos que cualquier que tal furto como este fiziese, quasi el ladrón fuere fijodalgo, deve ser echado en tierras, é condenado para siempre que labre en las labores del Rey. E si fuere otro ome que non sea fijodalgo; deve morir por ende, essa mesma pena ha lugar en todas aquellas que dan ó venden ome libre, é los que lo compran, ó resciben de otra manera en don á sabiendas, con intención de servir dél como de siervo o venderlo."(19)

Podemos interpretar dicho precepto de la siguiente manera: El ladrón que saca o roba, a los hijos de hombres libres o los siervos ajenos, con la intención de llevarlos a vender a tierras de los enemigos, o para servirse de ellos como siervos. Y porque los ladrones hacen un gran mal, merecen pena. Y por ende decimos que cualquiera que robe como éste, que si el ladrón fuere hijo de un Hidalgo debe ser echado en fieras o condenado para siempre que labre en las labores del Rey. Y si fuere otro hombre que no sea hijo de un Hidalgo debe morir por ende, esa misma pena ha lugar en todos aquellos que dan o venden hombre libre, y los que los compran, o reciben de otra manera en donde a sabien-

---

(19) Pacheco, op. cit., pág. 248.

das con intención de servirse de él como de siervo o para venderlo.

### C. MEXICO INDEPENDIENTE.

Al consumarse la Independencia de México, la nueva Nación se encontraba en un serio problema, cómo gobernarse así misma y remediar el estado en que había quedado las cosas, después de la guerra de independencia, México se vió en la necesidad, de reglamentar la portación de armas, el consumo de bebidas, combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto y demás a través de leyes aisladas.

La Constitución de 1824, la cual era de tipo federal, dispuso que cada entidad federativa tuviera su legislación propia; y es que, los primeros Códigos penales se ensayaron en algunos Estados. Luego el primer Código penal en México después de la independencia fue "El Plan General de Código penal para el Estado de México" del año de 1831; siguiendo un serie de Códigos, siendo los más importantes "Código penal veracruzano" del año de 1835; "Código de Martínez de Castro" del año de 1871; "Código de Almaraz" del año de 1929; "Código penal de 1931".

#### 1. CODIGO PENAL VERACRUZANO 1835.

La mayoría de los autores consideran que el Código penal

veracruzano fue el primero en el México independiente, pero revisando fechas y Códigos, encontramos que el primero en esa materia es, "El Bosquejo General del Código penal para el Estado de México" del año de 1831, al cual haremos referencia más adelante.

El Código penal veracruzano del año de 1835, fue realizado durante el imperio de Maximiliano; siendo así que, el 15 de septiembre del año de 1832 fue enviado al cuarto Congreso Constitucional de la entidad, la primera parte del proyecto elaborado por el Ministro Lares y la segunda el 15 de noviembre del mismo año. Este Código no se promulgó sino hasta el año de 1869.

Este Código sancionó el delito de robo de infante en su título sexto; sin embargo por no poder obtener el texto del precepto, ignoramos de que forma se haya sancionado dicho delito.

## 2. CODIGO PENAL DE 1871 ( CODIGO DE MARTINEZ DE CASTRO )

Este Código se realizó durante el gobierno del Licenciado Benito Juárez, quien ordenó que se nombrará una comisión para la elaboración de un proyecto de Código penal, siendo que en el año de 1861 el C. Jesús Terán Ministro de Justicia nombró dicha comisión, la cual empezó sus labores siendo éstas interrumpidas en el año

de 1863 por la invasión francesa; y una vez restablecida la paz en México, en el año de 1868 se reorganiza nuevamente la comisión continuando así sus labores; el 7 de diciembre de 1871 se terminó y aprobó el Código que regiría en el Distrito Federal y en el Territorio de Baja California, sobre delitos de fuero común, y en toda la República sobre delitos contra la federación. Entró en vigor el primero de abril de 1872.

La exposición de motivos del Código penal para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California, fue elaborada por el Señor Martínez de Castro, de donde se tomó el nombre para denominar a dicho Código.

Es de gran importancia, en cuanto al delito de robo de infante hacer mención a la exposición de motivos del Código penal en referencia.

" Este delito, que por su enorme gravedad y por la frecuencia con que se ha cometido, tiene aterrorizada a la población, debe castigarse, sin duda, severamente. Sin embargo de esto, y de por estar declarado que los plagiarios se hallan comprendidos entre los salteadores de camino público se les podía imponer en todo caso, el último suplicio, la comisión ha creído que no se les debe aplicar esa pena, sino la de prisión, cuando el plagiario, antes de ser aprehendido, ponga en libertad al plagiado sin haberle maltratado gravemente de obra, ni obligándole a cumplir el objeto con que le plagió. Así se presentará a los plagiarios un estímulo

para que se les persigue y para que las trate con humanidad . De otro modo haría lo contrario, sabiendo que en todo caso se les había de imponer la última pena.

Esta es la que, en concepto de la comisión, debe aplicarse cuando la persona plagiada sea un niño menor de diez años o mujer, por que esta circunstancia aumenta mucho la gravedad del delito. En efecto si se trata de una mujer bastará el solo hecho que la plagien para que nadie deje de creer que ha sido deshonrada; y éste es un daño grave e irreparable. Si se trata de un niño, el espanto y las angustias que padezca bastará muchas veces para causarle una enfermedad que dure toda su vida. Además como las personas que se hallan en tierna edad no pueden defenderse y estan mucho más expuestas a que se cometa en ellas ese atentado, debe la ley protegerlas con mucho mayor eficacia."

El delito de robo de infante en este Código se encuentra localizado en los artículos 775 y 780, Capítulo I (delitos contra el estado civil de las personas) del Título sexto (delitos contra el orden las familias, la moral pública o las buenas costumbres) del libro tercero (delitos en particular). que respectivamente establecen:

"Son delitos contra el estado civil de las personas; la suposición, la supresión, la sustitución y la ocultación de un infante, el robo de éste, y cualquier otro hecho como los mencionados, que se ejecuten con el fin de que alguno adquiera de rechos de familia que no le corresponden, ó pier

da los que tienen adquiridos ó se imposibilite para adquirir otros."

" Se impondrán ocho años de prisión al robador de un infante menor de siete años, aunque éste le siga voluntariamente. Pasando de esta edad el ofendido, se castigará el delito como plagio."

este ordenamiento emplea la palabra infante en su verdadera acepción, ya que establece la edad máxima de siete años, por ende, cuando se sobrepasa a esa edad deja de ser infante, para ser menor.

### 3. CODIGO PENAL DE 1929 ( CODIGO DE ALMARAZ ).

A fines del año de 1925, el presidente de la República General Plutarco Elías Calles nombró una comisión por conducto del Secretario de gobernación con la finalidad de que se elaborará un Código penal para el Distrito y Territorios Federales. Terminándose en septiembre de 1929. Este Código tuvo poca vigencia ya que para el año de 1930, existía un proyecto firmado por la comisión redactora integrada por los Licenciados José López Lira, José Ángel Ceniceros, Luis Garildo, Alonso Teja Zabre y Ernesto G. Garza.

La vigencia tan corta se debió a que, desde que entro en vigor el Código de 1929, se observaron dificultades en su aplicación e inclusive se hace mención de errores en su redacción ; es por ello, que se iniciaron estudios de revisión, dando como resultado

el proyecto de Código penal que ya se mencionó.

En cuanto al delito que nos ocupa, lo encontramos tipificado en el artículo 882, dentro del capítulo primero (de los delitos contra el estado civil de las personas), Título décimocuarto (de los delitos cometidos contra la familia), del libro tercero (de los tipos legales de los delitos) que dice:

" Se impondrán de tres a ocho años de segregación al robador de un infante menor de diez años, aunque éste le siga voluntariamente; pero si considerando al delito secuestro mereciere mayor sanción, se impondrá ésta."

Por su parte el artículo 872 del Ordenamiento en cuestión que se refiere al rapto y que es aplicable en su caso al delito de robo de infante; y que a la letra dice:

"Cuando al dar el raptor su primera declaración, no entregue a la mujer raptada ni dé noticias del lugar en que la tiene se agravará la sanción que le corresponda con segregación hasta por diez años, atendidas las circunstancias del caso, la temibilidad del delincuente y el mayor o menor tiempo que mantenga a la ofendida fuera de su domicilio; si al dictarse la sentencia, el delincuente no hiciere entrega de la raptada, la segregación será hasta de doce años..."

4. CODIGO PENAL DE 1931 ( CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL ).

Este Código nace a partir de la revisión del Código de 1929, resultando de dicha revisión hacia el año de 1930 un ante-

proyecto de Código penal, finalmente se cristalizó en el año de 1931 como " Código penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal ".

Este ordenamiento sigue vigente hasta la fecha a pesar que continuamente es objeto de reformas.

En cuanto al delito que nos ocupa (robo de infante) el Código de 1931 en su capítulo referente a la privación de la libertad, prescribe:

" Artículo 366. Se impondrán de cinco a veinte años de prisión y multa de cien a mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga carácter de plagio o secuestro, en alguna de las formas siguientes:

- I.- Cuando se trate de obtener rescate, o de causar daños o perjuicios al plagiado o a otra persona relacionada con éste;
- II.- Cuando se haga uso de amenazas graves, de maltratamiento o de tormento;
- III.- Cuando la detención se haga en camino público o en paraje solitario;
- IV.- Cuando los plagiarios obren en grupo o en banda, y;
- V.- Cuando cometa robo de infante menor de siete años un extraño a la familia de éste.

Si el plagiario pone en libertad a la persona secuestrada, espontáneamente, antes de tres días y sin causar ningún perjuicio grave, solo se aplicará la sanción correspondiente a la detención ilegal, de acuerdo con los artículos anteriores."

La fracción V fue suprimida por Decreto de 31 de diciembre de 1945 y publicada en el Diario Oficial de 9 de Marzo de 1946, por el siguiente párrafo:

" El robo de infante menor de 10 años, se castigará con prisión de 10 a 30 años."

En una segunda reforma por Decreto de 29 de diciembre de 1950 y publicada en el Diario Oficial del 15 de enero de 1951, el primer párrafo y la fracción V quedan en los siguientes términos:

" Se impondrán de cinco a treinta años de prisión y multa de cien a diez mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro, en alguna de las formas siguientes:  
V.- Cuando se cometa el robo de infante menor de doce años por quien sea extraño a su familia y no ejerza la patria potestad sobre él."

En una tercera reforma que sufre en su totalidad el artículo 366; por Decreto de 31 de diciembre de 1954 y publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1955, quedando en los siguientes términos:

" Se impondrán de cinco a cuarenta años de prisión y multa de cien a diez mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro - en alguna de las formas siguientes:  
I.- Cuando se trate de obtener rescate o de causar - daños o perjuicios al plagiado o a otra persona relacionada con éste;  
II.- Cuando se haga uso de amenazas graves de maltrato o de tormento;  
III.- Cuando la detención se haga en camino público o paraje solitario;  
IV.- Cuando los plagiarios obren en grupo o en banda, y ;

V.- Cuando se cometa robo de infante menor de doce años por quien sea extraño a la familia y no ejerza la patria potestad sobre él.

Si el plagiario pone en libertad a la persona - secuestrada, espontáneamente, antes de tres días y sin causarle ningún perjuicio grave, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la detención ilegal de acuerdo con los dos artículos anteriores."

Actualmente el precepto en referencia se encuentra en los términos siguientes:

" Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días multa, cuando la privación ilegal de la libertad tenga carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

I.- Para obtener rescate o causar perjuicio a la persona privada de la libertad o a otra persona relacionada con aquélla;

II.- Si hace uso de amenazas graves de maltrato o de tormento;

III.- Si se detiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o causarle un daño, sea aquélla o a terceros, si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza;

IV.- Si la detención se hace en camino público o en paraje solitario;

V.- Si quienes cometen el delito obran en grupo, y

VI.- Si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela sobre el menor.

Cuando el delito lo cometa un familiar del menor - que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la pena será de seis meses a cinco años de prisión.

Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 364.

En caso de que el secuestrado sea privado de la vida, por sus secuestradores, la pena será hasta - de cincuenta años de prisión."

##### 5. PRIMER CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

En el Estado de México encontramos el primer antecedente después de la independencia de México. En el gobierno interino de Mariano Esteva, se elaboró " El Plan General de Código penal para el Estado de México, del año de 1831" redactado por el mismo Mariano Esteva, con al colaboración de Agustín Gómez Eguiarte, Francisco Ruano y José María Heredia.

Este Bosquejo o Plan en su parte Segunda ( delitos contra los particulares ) en su libro primero ( Delitos contra la existencia y seguridad de las personas ) capítulo siete (exposición, ocultación, o cambio de niños ). Encontramos que el delito de robo de infante se sanciona en este ordenamiento, sin embargo no tenemos el texto; por lo que ignoramos de que manera se sancionó tal delito.

Hacia el año de 1874 durante el gobierno del Licenciado Alberto García, se expidió un Código penal para el Estado Libre y Soberano de México. Y encontramos que el delito que nos ocupa esta tipificado en dicho ordenamiento, en el libro tercero ( Delitos y penas ). Título primero ( De los delitos públicos ), ca-

pitulo tercero ( De los delitos comunes ) sección 42 ( De los delitos contra el estado civil de las personas ), en los artículos siguientes:

" Artículo 839. Los culpables de robo, ocultación ó de supresión de un niño; de sustitución de uno por otro, de atribución de un hijo a una muger - que no sea en realidad su madre; o de suposición de un parto que no se haya verificado serán castigados con la pena de cuatro años de prisión. Si para la perpetración de los delitos de que habla este artículo, se cometiera algún otro en la persona del niño de cuyo perjuicio se trate, se observaran las reglas de acumulación."

"Artículo 840. Se entiende que se comete el delito de supresión ó ocultación de parto para los efectos del artículo anterior;

I.-....

II.-....

III.-....

Se entiende por robo para los efectos del artículo 839 el que se cometa con el niño menor de siete años con tal de que no se exija dinero por su rescate . Si el robado pasare de esa edad, o si exigiere dinero por el rescate del infante, el caso constituirá delito de plagio y será castigado como tal.

Para el caso primero del período anterior de este artículo se entiende que hay robo, aun cuando el niño menor de siete años siga vountariamente al raptor."

Mientras el artículo 841 dice:

"El que por medio de robo, ocultación, suposición, sustitución ó supresión de infante, perjudique o intente perjudicar los derechos de familia de éste o de cualquier otro individuo, no podrá heredar ab-intestado al perjudicado ó intentado perjudicar - sufrirá además la pena de que habla el artículo 839."

Y el artículo 842 establece:

"Si el responsable fuere ascendiente del ocultado se impondrá una mitad más de la pena."

Como podemos notar existe una semejanza en la forma en que se tipifica al delito de robo de infante en el Código Penal para el Estado de México de 1874 y el Código para el Distrito y Territorios Federales de 1871 (Código de Martínez de Castro). Este tipo de semejanza lo refiere Ignacio Villalobos al manifestar "... Y nótese que los Códigos expedidos por el Distrito Federal, por razones que no son de mera imitación extralógica, se reproducen por los Estados de la república realizando una querida y justificada tendencia a al unificación."(20)

Actualmente el delito de robo de infante en el Estado de México, se encuentra tipificado en su Código penal, en el libro segundo, título tercero ( de los delitos contra las personas ), subtítulo tercero (Delitos contra la libertad y seguridad), capítulo III, Robo de Infante, en el artículo 269 que dice:

" Se impondrán de cinco a cuarenta años de prisión a quien siendo un extraño a su familia se apodere de un menor de doce años de edad. Se impondrán de seis meses a cinco años de prisión cuando el delito lo cometa un familiar que obre de mala fe y no por móviles afectivos.

Se impondrán de tres meses a cuatro años de prisión, si el menor es restituido espontáneamente a su familia o a la autoridad dentro de tres días y sin causar perjuicio. Se impondrán de seis meses a seis años de prisión si se causare perjuicio."

---

(20) Villalobos, op.cit., pág. 122.

## CAPITULO SEGUNDO.

ANALISIS CRITICO DEL DELITO DE ROBO DE INFANTE TIPIFICADO EN EL CODIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO DE MEXICO.

### A. ASPECTOS POSITIVOS.

1. CONDUCTA.
2. TIPICIDAD.
  - a. ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO.
  - b. ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO.
3. ANTIJURIDICIDAD.
4. IMPUTABILIDAD.
5. CULPABILIDAD.
6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.
7. PUNIBILIDAD.

### B. ASPECTOS NEGATIVOS.

1. AUSENCIA DE CONDUCTA.
2. ATIPICIDAD.
3. CAUSAS DE JUSTIFICACION.
4. INIMPUTABILIDAD.
5. INCULPABILIDAD.
6. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.
7. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

## II. ANALISIS CRITICO DEL DELITO DE ROBO DE INFANTE TIPIFICADO EN EL CODIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO DE MEXICO.

Etimológicamente hablando podemos decir que la palabra delito " deriva del verbo latino delinquere que significa abandona, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley."(21)

Desde el punto de vista sociológico Rafael Garófalo lo define como "la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia o piedad y providad o justicia en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad."(22)

Por ende considera al delito como un fenómeno natural y social producido por el hombre.

Por otra parte, para el maestro Carrancá y Trujillo el delito es "siempre una conducta (acto u omisión) reprochada o rechazada (sancionados). La reprobación opera mediante amenaza de una pena (por leyes penales). No es necesario que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena, basta con que ésta amenace, es decir, se enuncie como consecuencia misma, legalmente necesaria."(23)

---

(21) Castellanos , op.cit., pág. 125.

(22) Porte Petit Candaudap, Celestino; Apuntamientos de la Parte General de De recho Penal; 7ª edición; editorial Porrúa S.A.; México, 1982; pág. 242.

(23) Carrancá y Trujillo, Raúl; Derecho Penal Mexicano. Parte General; 8ª edición; editorial Porrúa S.A.; México, 1967; pág. 172.

Jiménez de Asúa estima al delito "como un acto típicamente antijurídico, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción."(24)

Existen varias definiciones respecto al término "delito" ya que éste va íntimamente relacionado con la idiosincracia de cada pueblo y las necesidades del mismo; por consiguiente no podemos hablar de una definición de validez universal.

Por lo que respecta al estudio del delito podemos decir que existen tres teorías que a saber son: la teoría totalizadora o unitaria, analítica o atomizadora y la sintética o acléctica.

Teoría totalizadora o unitaria. Considera al delito como un todo orgánico y que debe ser estudiado como tal para así comprender su verdadera esencia.

Teoría analítica o atomizadora. Sostiene que el delito es una unidad, y para su estudio necesita fraccionarse, sin perder de vista la estrecha relación existente entre sus elementos constitutivos.

---

(24) Pavón Vasconcelos, Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano; sexta edición; editorial Porrúa S.A.; México, 1984; pág. 162.

En esta teoría, existen diversos criterios en cuanto al número de elementos del delito, hay quienes consideran que son cinco los elementos, como Carrancá y Trujillo y Pavón; o siete como Jiménez de Asúa y Porte Petit.

Teoría sintética o ecléctica. Es una teoría que acepta las dos corrientes, la totalizadora y la analítica.

Por lo que a nosotros respecta adoptamos la teoría analítica o atomizadora, considerando que el delito está constituido por siete elementos (conducta o hecho, antijuridicidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y condiciones objetivas de punibilidad). De tal suerte que nos afiliamos a la corriente heptatómica, coincidiendo con la definición que sostiene Jiménez de Asúa.

#### A. ASPECTOS POSITIVOS.

Los aspectos positivos del delito son los elementos del mismo; sin embargo son denominados así por Jiménez de Asúa, ya que él, contempla también los aspectos negativos del delito; esto es, contraponen lo que el delito es, con lo que no es; basándose en el método aristotélico de "sic et non."(25)

Los elementos positivos del delito los analizaremos, desde un punto de vista de la teoría general del delito, los cuales adecuaremos

---

(25) Castellanos, op. cit., pag. 133.

al delito de robo de infante previsto en el artículo 269 del Código penal para el Estado de México, y de manera particular las hipótesis; primera, el robo de infante menor de doce años realizado por un extraño a su familia y segunda, realizado por un familiar que obre de mala fe y no por móviles afectivos; hipótesis esta última, en razón de la cual se propone una reforma a los términos familiar, mala fe y móviles afectivos, por los de tutela y patria potestad de tal manera; que el delito de robo de infante contemple una sola hipótesis.

#### 1. CONDUCTA.

El primer elemento del delito, algunos autores lo denominan, hecho; otros conducta, como Jiménez Huerta; o bien, acción, como Puig Peña; o acto, como Jiménez de Asúa. Nosotros le denominaremos conducta o hecho según se trate de delitos de mera conducta o de resultado, afiliándonos al criterio del maestro Porte Petit quien considera que "... el elemento objetivo del delito puede estar constituido por una conducta en el caso de un delito de mera conducta, o de un hecho, si estamos frente a un delito material o de resultado, los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presente." (26)

---

(26) Porte Petit, op. cit., pág. 293.

Castellanos Tena Fernando, denomina al primer elemento del delito, conducta, y dice " La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."(27)

Por su parte Carrancá y Trujillo se inclinan por decir que " la conducta es, así, el elemento básico del delito. Consistente en un hecho material, exterior positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico."(28)

Porte Petit considera que la conducta "... consiste en un hacer voluntario o no voluntario (culpa)." (29)  
Y hecho es "... la conducta, el resultado y el nexo de causalidad." (30)

Para Nosotros el hecho va más allá de la conducta, de tal forma que la conducta implica, un hacer o un no hacer y una voluntad; y el hecho además implica un resultado material y un nexo entre la conducta y el resultado material. De tal suerte que la

---

(27) Castellanos, op. cit., pág. 149.

(28) Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 197.

(29) Porte Petit, op. cit., pág. 295.

(30) Ibid., pág. 326.

diferencia entre conducta y hecho es, que la primera implica un resultado formal y el segundo un resultado material.

**Conducta.** Esta reviste tres formas, acción, omisión y comisión por omisión

**Acción.** " Consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad o un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva."(31)

**Omisión y Comisión por omisión.** " Es la conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de ésta y una prohibitiva ( omisión impropia o comisión por omisión)."(32)

**Elementos de la conducta.** La conducta se integra con dos elementos uno físico y otro psíquico.

**Elemento físico.** Consiste en un movimiento corporal o ausencia de ese movimiento, constituyendo el elemento externo de la conducta.

**Elemento psíquico.** Voluntad del sujeto de realizar o no una actividad, constituyendo el elemento subjetivo de la conducta.

**Hecho.** Sus elementos lo constituyen la conducta, el re-

---

(31) Pavón, op. cit., pág. 183.

(32) Pavón , loc. cit.

sultado y el nexo causal.

La conducta como elemento del hecho. Consiste en un hacer o no hacer voluntarios, o no voluntarios en el caso de la culpa.

Resultado. Es el cambio que se da en el mundo exterior por un hacer o un no hacer voluntarios, en caso de la culpa, no voluntarios.

Nexo causal. Unirá y relacionará la conducta y el resultado material. En el mismo sentido el maestro Porte Petit manifiesta " que la relación de causalidad, es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado."(33)

Villalobos hace la referencia a la hipótesis de que se presenten una serie de causas y resuelve que se atenderá a aquella causa cuya supresión implique la desaparición del resultado.

Clasificación de los delitos en orden a la conducta:

De acción. Para su ejecución se requiere una actividad corporal, violando una norma prohibitiva.

De omisión. Se comete mediante un no hacer, es decir,

---

(33) Castellanos Tena, Fernando cita a Porte Petit; op. cit., pág. 157.

una abstención de actuar, violando una norma preceptiva. Y esta se subdivide en: omisión simple y omisión impropia.

Omisión simple. Se viola una norma preceptiva.

Comisión por omisión u omisión impropia. Se viola al mismo tiempo una norma preceptiva y una norma prohibitiva.

Unisubsistentes. Cuando el delito se consuma con una sola actividad.

Plurisubsistentes. Para su ejecución se necesita una pluralidad de actos.

Habitual. Son los delitos por acciones repetidas de la misma especie.

Clasificación de los delitos en orden al resultado:

Delitos instantáneos. Es cuando se consuma en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos del delito.

Delitos instantáneos con efectos permanentes. Que tan pronto se consuma, se agota el delito perdurando los efectos producidos.

Delitos permanentes o continuos. Son delitos donde la acción u omisión se prolonga un tiempo más o menos largo.

Delitos continuados. Se da cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

Delitos formales o de simple conducta. Son aquellos que se consuman con la realización de la acción o de la omisión, sin que se produzca un resultado material, pero si formal.

Delitos de resultado material. Son aquellos que al consumarse se produce un cambio en el mundo exterior.

Delitos de daño. Son aquellos que causan un daño directo o afectivo a bienes jurídicos protegidos.

Delitos de peligro. Son aquellos que no causan daño a bienes jurídicamente protegidos, pero los ponen en peligro.

Una vez analizado el primer elemento, conducta o hecho, del delito conforme a la teoría general, la adecuaremos al delito de robo de infante en el Estado de México, el cual se encuentra tipificado en el artículo 269 del Código penal para esa entidad, que a la letra dice:

\* Se impondrán de cinco a cuarenta años de prisión, a quien siendo un extraño a su familia se apodere de

un menor de doce años de edad.

Se impondrán de seis meses a cinco años de prisión cuando el delito lo cometa un familiar que obre de mala fe y no por móviles afectivos.

Se impondrán de tres meses a cuatro años de prisión, si el menor es restituido espontáneamente a su familia o a la autoridad dentro de tres días y sin causar perjuicio. Se impondrán de seis meses a seis años de prisión si se causare perjuicio."

La conducta en el robo de infante tipificado en el Estado de México, estará constituida por el "apoderamiento del menor de doce años". Teniendo así que hablamos de un delito de acción (un hacer) ya que el apoderamiento consiste en un movimiento corporal del sujeto activo hacia el sujeto pasivo, mejor dicho sobre la persona del sujeto pasivo. El apoderamiento constituye la acción, el movimiento corporal del sujeto activo, para hacerse o tener en sus manos al sujeto pasivo (menor de doce años). Implicando una voluntad en ese hacer del sujeto activo del delito. El resultado de esta acción constituye la sustracción del menor de su núcleo familiar; asimismo coartando su libertad como individuo.

En cuanto al resultado el delito de robo de infante, constituye un delito permanente o continuo; esto es porque la acción de apoderamiento se prolonga un tiempo más o menos largo. De igual manera constituye un delito de daño, porque causa un daño directo al bien jurídico protegido, que en este caso es la libertad individual del menor de doce años.

## 2. TIPICIDAD.

Primeramente abordaremos el término tipo e inmediatamente el de tipicidad.

Mezger considera que el " tipo no es otra cosa que la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal; es, en otras palabras un presupuesto de pena."(34)

Villalobos por su parte manifiesta que el " tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorados como tal), en su aspecto objetivo y externo..."(35)

En el mismo sentido que Villalobos, Castellanos considera " Que el tipo es la creacción legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales."(36)

Además considera muy acertadamente que " El tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones la descripción del elemento objetivo (comportamiento)."(37)

Pavón Vasconcelos dice que tipo legal "... es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en oca-

(34) Carrancá y Trujillo cita a mezger, op. cit., pág. 217

(35) Villalobos, op. cit., pág. 267.

(36) Castellanos, op. cit. pág. 167.

(37) Ibid., pág. 168.

siones se suma un resultado, reputada como delictuosa al concretarse a ella una sanción penal."(38)

Como podemos observar el criterio del maestro Pavón Vasconcelos concuerda con el de Mezger, al referirse a la sanción penal.

Por otro lado Porte Petit considera que el " Tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula: nullum crimen sine typo."(39)

Y concibe al tipo como "... una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, es mera descripción objetiva, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos."(40)

Podemos concluir, que el tipo constituye un presupuesto general del delito y que generalmente es descriptivo ya que posee elementos que solo se perciben a través de los sentidos y consecuentemente se comprobaran por medio de un juicio cognocitivo.

En el delito de robo de infante en el Estado de México, el tipo es lo que el legislador manifiesta en el artículo 269 del Código penal vigente para esa entidad y que, con antelación fue transcrito.

---

(38) Pavón, op. cit., pág. 265.

(39) Porte Petit, op. cit., pág.423.

(40) Porte Petit, loc. cit.

Por lo que respecta a la tipicidad es el encuadramiento de una conducta a la que describe el legislador como delito, en este sentido se manifiestan los autores Castellanos Tena y Carrancá y Trujillo; el primero de ellos considera que la "... tipicidad es la adecuación de la conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto."(41)

Y para el segundo la tipicidad es "... que la acción ha de encajar dentro de la figura del delito creado por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que lo es la tipicidad penal; dicha acción no constituiría delito."(42)

Nosotros no estamos de acuerdo con Carrancá y Trujillo, cuando manifiesta que el signo distintivo de la antijuridicidad es la tipicidad; ya que para nosotros es lo contrario, tiene que darse en primer término la antijuridicidad y posteriormente la tipicidad.

Pavón Vasconcelos afirma que la tipicidad es "... la adecuación de la conducta o el hecho a la hipótesis legislativa."(43)

---

(41) Castellanos, loc. cit.

(42) Carrancá y Trujillo, loc.cit.

(43) Pavón, op. cit., pág. 283.

Agregando que " No debe, sin embargo confundirse el tipo con la tipicidad; el primero es el antecedente necesario del delito, es decir, su presupuesto, mientras que la tipicidad es uno de los elementos constitutivos."(44)

Porte Petit considera que la tipicidad " consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo."(45)

Agregaríamos por último el criterio de Villalobos que dice " es un elemento de la definición de delito, desde un punto de vista dogmático y supuesto del apotegma liberal nullum crimen sine lege. "(46)

En la definición de tipicidad que da Villalobos, en la última parte confunde lo que es el tipo y tipicidad al considerar a la tipicidad como un supuesto del apotegma no hay crimen sin ley, ya que este supuesto viene siendo del tipo y no de la tipicidad.

La tipicidad específicamente en el robo de infante consistirá en la adecuación a la hipótesis legislativa consagrada en el artículo 269 del Código penal vigente para el Estado de México.

---

(44) Pavón, loc. cit.

(45) Porte Petit, op. cit., pág. 471.

(46) Villalobos, loc. cit.

#### a. ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO

Los elementos generales del tipo son: sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico protegido, objeto material, acto (acción u omisión) y el resultado.

Sujeto activo. Lo constituye la persona física que realiza la conducta que se encuadra en el tipo penal legal.

Castellanos se pronuncia en este sentido al manifestar que "las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia independiente de la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito." (47)

Carrancá y Trujillo considera que "El sujeto activo (ofensor o agente) del delito es quien lo comete o participa en su ejecución. El que lo comete es activo primario, el que participa activo secundario." (48)

Pavón Vasconcelos da una definición más completa del término Sujeto Activo diciendo "...que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, cul-

---

(47) Castellanos, op.cit., pág. 150.

(48) Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 185.

pable o punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participe en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (complice y encubridor)."(49)

La persona moral o jurídica no puede ser sujeto activo del delito, sin embargo existen autores como Fran Von Liszt, que reconocen plenamente la posibilidad de comisión de delitos por las personas morales, basandose en una equiparación de la acción civil y de la acción penal, asimismo porque la ley sanciona la responsabilidad de las personas morales.

Como hemos venido analizando en el delito de robo de infante existen dos hipótesis; por lo tanto en la primera, el realizado por extraño a su familia del menor, será precisamente el sujeto activo, una persona extraña a la familia del menor; y en la segunda el realizado por un familiar, en la que el sujeto activo lo será éste último.

Sujeto Pasivo. Cuello Calón considera que es el " Titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito."(50)

---

(49) Pavón. op. cit., pág. 163.

(50) Pavón Vasconcelos cita a Cuello Calón, op. cit., pág. 167.

Pueden ser sujetos pasivos : la persona física, la persona moral o jurídica, el Estado , la sociedad en general; esto en razón de que la ley tutela bienes personales así como colectivos.

a) Persona física. Es sujeto pasivo del delito desde antes de su nacimiento hasta después de su muerte.

b) La persona moral. En este caso es sujeto pasivo solamente cuando los bienes jurídicos lesionados o en peligro son el patrimonio o el honor.

c) El Estado. Ya que constituye un poder jurídico, siendo titular de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico penal.

d) La sociedad en general. Como en el caso de los delitos contra la moral pública o la economía pública.

Carrara manifiesta que " por sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, se entiende la persona, que sufre directamente la acción; sobre la cual recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito."(51)

Carrancá y Trujillo distingue dos tipos de sujeto pasivo, el llamado sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo del daño; el primero es quien sufre la acción directamente, y el segundo es quien sufre el perjuicio pecuniario o moral originados por el delito; generalmente ambos se reúnen en la misma persona aunque

---

(51) Carrancá y Trujillo cita a Carrara, op. cit., pág. 191.

no necesariamente.

En este sentido podemos afirmar que en el robo de infante el sujeto pasivo del delito será el menor de doce años; y por otra parte el sujeto pasivo del daño lo constituye la familia del menor al ser sustraído del núcleo familiar.

Bien Jurídico Protegido. Pavón Vasconcelos lo denomina objeto jurídico y es "... el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante amenaza de sanción."(52)

En el robo de infante podemos afirmar que el bien jurídico protegido, es la libertad individual del menor de doce años; y lo podemos constatar si observamos como está clasificado en el Código penal vigente para el Estado de México. El robo de infante se encuentra localizado en el capítulo III denominado robo de infante del subtítulo tercero, delitos contra la libertad y seguridad ; del título tercero, delitos contra las personas; del libro segundo de dicho ordenamiento.

Objeto Material. " Es la persona o cosa sobre la que recae el delito, lo son cualesquiera del sujeto pasivo o bien las cosas animadas o inanimadas."(53)

---

(52) Pavón Vasconcelos, op. cit., pág. 171.

(53) Carrancá y Trujillo , op. cit., pág. 193.

Y en este sentido se manifiesta el maestro Castellanos Tena Fernando.(54)

Pavón Vasconcelos considera que el objeto material " es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado en la conducta delictiva ." (55)

El objeto material en el delito de robo de infante que tipifica el Código penal vigente para el Estado de México en su precepto 269; es el menor de doce años, ya que en él recae la acción de apoderamiento que realiza el sujeto activo del delito; de tal suerte que coincide con el sujeto pasivo del delito.

Acto como elemento general del tipo. Respecto al acto como elemento podemos decir que es la acción u omisión y constituye primordialmente el elemento principal del tipo; de tal suerte que todos los tipos penales contienen un verbo; efectuando así una actividad o inactividad.

---

(54) Castellanos, op. cit., pág. 152.

(55) Pavón Vasconcelos, loc. cit.

Carrancá y Trujillo respecto al acto y a la omisión manifiestan lo siguiente "... en el acto se realiza una conducta positiva, se hace lo que no se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe; en la omisión se realiza una conducta negativa, se deja de hacer lo que se debe hacer, se omite la obediencia a una norma que impone un deber."(56)

Dentro del acto podemos mencionar la comisión por omisión que como afirma Carrancá " Consiste en que el individuo no impide el comienzo de un suceso punible, y se produce, así, el resultado; por el acto de su autor, y que él omitió, el resultado hubiere sido impedido;..."(57)

El acto en el robo de infante está constituido por una conducta consistente en el apoderamiento del menor; pudiendo afirmar como ya se mencionó (en el primer elemento del delito, conducta) que se trata de un delito de acción.

También el delito de robo de infante, es un delito permanente. Entendiéndose por éste aquel delito en donde la acción u omisión se prolonga por un tiempo más o menos largo; pero la conducta constituye el mismo delito. De tal suerte que la acción de apoderamiento del menor, se prolonga más o menos tiempo; manteniéndose en el estado típico-penal. Y esto de conformidad, con

---

(56) Carrancá, op. cit., pág. 198.

(57) Ibid, pág. 147.

el artículo 20 del Código penal para el Estado de México que manifiesta:

" No hay concurso cuando se trata de un delito continuado o permanente.  
Es delito continuado...  
Es delito permanente aquél en el que la acción, la omisión o la comisión por omisión que lo constituye se prolonga de manera ininterrumpida durante un lapso mayor o menor."

Resultado. Como elemento general del tipo, Porte Petit considera que " debemos entender por resultado la mutación jurídica o jurídica material, producida por un hacer (acción) o un no hacer (omisión)." (58)

En el robo de infante tipificado en el Código penal del Estado de México, el resultado de la acción de apoderamiento, se constituye por la sustracción del menor de doce años de su núcleo familiar; esto en razón de ser un delito de resultado jurídico material; ya que se da un cambio en el mundo exterior.

#### b. ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO.

Los elementos que integran al tipo de forma especial son: calidad del sujeto activo, sujeto pasivo y del objeto material ;

---

(58) Porte Petit, op. cit., pág. 328.

referencias temporales, espaciales, de ocasión y a los medios comisivos; la cantidad en el sujeto activo, en el sujeto pasivo y en el objeto material; elemento normativo, subjetivo y objetivo.

La calidad del sujeto activo. " A veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo a la cual queda subordinada, por así decirlo, la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo."(59)

La doctrina clasifica al sujeto activo en cuanto a la calidad en: sujeto común o indiferente y sujeto activo propio, particular o exclusivo; en el primero, el delito puede ser cometido por cualquier persona, en el segundo, se exige la concurrencia en el sujeto activo de determinada calidad o relación personal.

En el robo de infante la calidad del sujeto activo en ambas hipótesis se trata de un sujeto activo exclusivo o propio; en la primera hipótesis (robo de infante por extraño a su familia) , la calidad radica precisamente en ser "extraño" a la familia del menor. En la segunda hipótesis (robo de infante por su familiar), el sujeto activo, el familiar del menor, exige la calidad de familiar, es decir, de parentesco del sujeto activo con el pasivo. Lo anterior en base al precepto vigente; pero atendiendo a nuestra reforma propuesta, la cual quedará configurada al concluir la presente in

---

(59) Pavón, op. cit., pág. 270.

investigación. Tendríamos que la calidad del sujeto activo (exclusivo) estaría constituida por el no ejercicio de la tutela y la patria potestad, ya que solo existiría una hipótesis.

Aquí, nos preguntamos ¿Que ese entiende por familia y, que por extraño a la familia?. Para dar contestación a estas interrogantes nos apoyamos al respecto con el criterio de la Suprema Corte de Justicia.

"ROBO DE INFANTE, CONCEPTO DE "FAMILIA" Y " EXTRAÑO" TRATANDOSE DEL DELITO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE QUERETARO). El artículo 336, fracción V, del Código Penal vigente en el Estado de Queretaro, dice: " 336. Se impondrán de cinco a cuarenta años de prisión y multa de mil a cinco mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes...V.- Cuando cometa robo de infante menor de siete años a la familia de éste". En efecto, la disposición en comento, aunque sintética y aparentemente confusa, contiene dos hipótesis: 1ª cuando el robo de infante lo cometa un extraño al mismo y 2ª cuando lo cometa un familiar del infante. En este sentido se pronuncia el Código Penal del Distrito Federal en su artículo 366, fracción VI, de donde fue tomado el Código Punitivo del Estado de Queretaro, aunque aquél es más explícito y alude también respecto a que se ejerza o no la patria potestad o tutela. Ahora bien, por lo que ve a la conditione sine quanon de la primera hipótesis de la figura jurídica de que se habla, consistente en que el sujeto activo debe ser un "extraño al menor", debe decirse lo siguiente: la palabra "familia", según el Diccionario de la Real Academia Española, significa un "conjunto compuesto por un matrimonio y sus hijos, y, en sentido amplio, todas las

personas unidas por un parentesco, ya vivan bajo el mismo techo ya en lugares diferentes", por lo que en forma alguna puede considerarse como familiar aun "compadre" o "amigo" de la familia, pues sabido es que se trata de un vínculo religioso que reconoce la ley. Y por lo que ve al término "extraño" que emplea el dispositivo en comento también conforme a la obra citada, es sinónimo de "ajeno" y ambas palabras significan "perteneciente a otro", y, por ende, "extraño a la familia" es el que no pertenece a ella, precisamente por no tener vínculo de parentesco que lo ligue a ella."(60)

Calidad en el sujeto pasivo. El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, pero en ocasiones la ley exige una calidad especial en el sujeto pasivo, en tal situación estamos ante el sujeto pasivo exclusivo o propio.

En el robo de infante estamos frente a una calidad exclusiva del sujeto pasivo y estará constituido por la persona menor de doce años y en la segunda hipótesis (robo de infante por familiar), debe existir la relación de parentesco entre el sujeto pasivo y el sujeto activo.

La calidad en el sujeto pasivo en el robo de infante es muy importante, ya que si el menor excede esa edad de "doce años" estaríamos en presencia de otro delito, que bien pudiera ser privación de la libertad o secuestro.

---

(60) Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes (1980-1981); Tomo VII; ediciones Mayo; Pág. 389.

Calidad del objeto material. Se habla de que el objeto material es la persona o cosa en quien recae la acción del sujeto activo; luego podemos afirmar que sí existe una calidad del objeto material en el robo de infante y que consiste en que el sujeto pasivo sea menor de doce años.

Referencias temporales y espaciales. El lugar y tiempo de ejecución o hecho quedan condicionados para que sea punible la acción u omisión.

Respecto a esto la Suprema Corte de Justicia sostiene:

"ROBO DE INFANTE, EXISTENCIA DEL DELITO DE.- El tipo del delito de robo de infante, se consuma apenas la criatura menor de doce años es conducida por una persona extraña a su familia, aunque sea corta la distancia del lugar de su domicilio y por breves momentos, pues la libertad individual es un derecho que no reconoce confines de espacios ni de tiempo, y queda íntegramente lesionada tan pronto se suprime, aunque sea por breves espacios de lugar y de tiempo..."(61)

Podemos concluir que en el robo de infante no existen referencias espaciales ni temporales, porque la libertad del individuo es un derecho que no reconoce confines de espacio ni de tiempo, quedando lesionada tan pronto se suprime.

---

(61) Ibid., pág. 390.

Referencias de ocasión. La ley en ocasiones exige referencias de ocasión, es decir circunstancias determinadas en las que se deberá cometer el delito y si faltare alguna circunstancia que el tipo señala, dicho delito no podrá ser imputado al sujeto que ejecute la conducta o el hecho.

En el robo de infante el tipo no exige referencias de ocasión para que se cometa el delito.

Referencias a los medios comisivos. Es la exigencia de la ley al empleo de un medio determinado esencial para integrar la conducta o para que opere una agravante en la pena.

En el robo de infante, específicamente en la segunda hipótesis, la referencia a los medios comisivos estará integrada por la mala fe y la no existencia de móviles afectivos.

Por mala fe se entiende, " Alevosía, doblez. Der. malicia o temerosidad con que se hace una cosa o se posee o detenta algún bien."(62)

---

(62) Palomar de Miguel, Juan; Diccionario para juristas; primera edición; ediciones Mayo; México, 1981; pág. 590.

Por malicia debemos entender " (Lat. malitia) f. calidad de malo// inclinación a lo malo y contrario a la virtud// perversidad del que obra mal por pura malignidad.//... con que una cosa se hace o se dice, ocultando la intención con que se proceda..."(63)

Afectivo, va. Se define como " (lat. affectivus) adj. perteneciente o relativo al afecto..."(64)

Afecto significa " (Lat. affectus) m. cualquiera de las pasiones del ánimo, como el amor, el odio, la envidia, la ira, aunque se toma más particularmente por el amor o el cariño."(65)

Por lo anterior podemos entender que la mala fe en el robo de infante, consistirá en el apoderamiento del menor de doce años actuando para dañar ya sea al menor y/o a la familia ocultando - su verdadero interés. Y no por móviles afectivos, esto es, que se actue por móviles diferentes del amor o cariño. Esto en el robo de infante por sus familiares.

Cantidad del sujeto activo. En ocasiones el tipo requiere de dos o más sujetos activos que realicen la acción u omisión para que se tipifique el delito, y si faltare el número de sujetos activos que el tipo señala no existirá el delito. En cuanto al número del sujeto activo la doctrina clasifica el delito en; in

---

(63) Ibid., pág. 821.

(64) Ibid., pág. 55.

(65) Palomar, loc.cit.

individuales o monosubjetivos y plurisubjetivo, colectivo o de concurso necesario; en el primero se permite la comisión de la conducta o hecho por una sola persona y en el segundo, solo puede realizarse con el concurso necesario de varios sujetos.

En el delito de robo de infante podemos calificar al sujeto activo como individual o monosubjetivo, esto es, que el tipo permite la comisión de la conducta de apoderamiento por una sola persona.

Cantidad en el sujeto pasivo. De igual manera que en el sujeto activo, hay ocasiones en que el tipo exige un número determinado del sujeto sobre el cual recae la acción del activo; generalmente los tipos penales para su consumación requieren solamente de un sujeto pasivo.

El tipo penal en el robo de infante en el Estado de México; en cuanto a la cantidad del sujeto pasivo, para que se consume el delito, solamente se requiere de una sola persona ( el menor de doce años ).

Cantidad en el objeto material. Esta situación se presenta cuando con una sola conducta se daña uno o varios objetos materiales, y así debe señalarlo el tipo penal de que se trate.

En el delito en comento, el tipo penal se refiere solamente

te a un objeto material, el menor de doce años.

Elemento normativo. Es el elemento que señala el tipo penal en su contenido y que deben ser valorados por la sociedad o el juzgador y que tienen el carácter cultural y jurídico.

Pavón Vasconcelos al respecto dice que " forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley."(66)

En el delito de robo de infante el elemento normativo esta constituido por los términos "extraño a la familia" y "familiar"; atendiendo a la propuesta que presentaremos, será la "tutela" y "patria potestad".

Elemento subjetivo. Son aquellos que se refieren al motivo o fin de la conducta descrita en el tipo penal, configurandose así, el estado anímico del sujeto activo del delito.

El maestro Ignacio Villalobos opina que los elementos subjetivos, existen dentro de la concepción objetiva de la antijuridicidad constituyendo estos elementos subjetivos la antijuridicidad de ciertas conductas, por estar incluidas en la valoración objetivas del acto que con ello resulta antisocial o contrario al orden jurídico.

---

(66) Pavón, Vasconcelos, op.cit., pág. 272.

En el robo de infante constituyen elemento subjetivo del tipo, la mala fe y los móviles no afectivos, esto por lo que hace a la segunda hipótesis ( robo de infante por sus familiares ); ya que atañe un estado anímico del sujeto activo del delito.

Elemento Objetivo. Constituye la descripción de la conducta o hecho mismo y es apreciable de manera objetiva.

Pavón Vasconcelos se refiere a los elementos objetivos como " aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es descubrir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal."(67)

En este sentido, el elemento objetivo en el robo de infante lo constituye el apoderamiento del menor de doce años y con ello la conducta se coloca en un verbo (acción) ya que implica un proceso de tomar y sustraer al menor de su ámbito (nucleo familiar).

### 3. LA ANTIJURIDICIDAD.

El sólo hecho de que la acción este tipificada y sancionada, constituye antijuridicidad, por lo que si una acción desde el punto de vista ético constituye una grave falta no será antiju

---

(67) Pavón, op. cit., pag. 270.

rdica, sino reúne el requisito primordial de estar tipificada por la ley y además ser punible.

La antijuridicidad es objetiva, ya que comprende la conducta en su fase exterior.

Para Cuello Calón, la antijuridicidad " presupone un juicio, una estimación de oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por solo recaer sobre la acción ejecutada."(68)

En el mismo sentido se inclina Carrancá y Trujillo al manifestar que la antijuridicidad es " la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado..."(69)

Franz Von Liszt afirma que existen dos tipos de antijuridicidad " El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley ) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos."(70)

En este sentido se manifiesta Cuello Calón y Villalobos.

Mientras que Pavón Vasconcelos concibe lo antijurídico como " un juicio valorativo de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por

---

(68) Castellanos cita a Cuello Calón, op. cit., pág. 177.

(69) Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 213.

(70) Castellanos, op. cit., pág. 180.

cuanto se opone a las normas de cultura reconocidos por el Estado."(71)

Pavón Vasconcelos no acepta la existencia de la antijuricidad formal y material, porque considera al Derecho como un todo orgánico como ordenación unitaria por lo que no puede entender la antijuridicidad como fraccionable sino como unidad. En el mismo sentido Castellanos Tena Fernando se manifiesta al decir que " la antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial."

Nuestro criterio coincide con el de Franz Von Liszt, y en ese sentido afirmamos que la antijuridicidad en el delito de robo de infante en el Estado de México, se presenta al actualizarse la conducta establecida en el precepto 269 del Código penal de esa entidad, ya que se infringe la norma que garantiza la libertad individual (antijuridicidad formal) y en sentido amplio se atenta contra el interés social al perturbarse el orden jurídico (antijuridicidad material). Se ofende la esencia misma del Derecho, por tanto es antijurídico el acto de apoderamiento de un menor de doce años por persona ajena a su familia, o quien siendo de ésta obre de mala fe y no por móviles afectivos.

---

(71) Pavón, op. cit., pág. 297.

#### 4. LA IMPUTABILIDAD.

" Será, pues imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana."(72)

Podemos considerar que la imputabilidad esta integrada por un mínimo físico representado por la edad (mayor de dieciocho años) y otro psíquico, consistente en la salud mental (que no exista causas de inimputabilidad).

Para el maestro Villalobos la imputabilidad consiste en " la capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad."(73)

Pavón Vasconcelos considera que " la noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, reconocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la

---

(72) Carrancá y Trujillo, op cit., pág. 227.

(73) Villalobos, op. cit., pág. 286.

norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad."(74)

Castellanos considera que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad y expresa que la primera es " la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho penal."(75)

La imputabilidad del sujeto activo en el robo de infante consistirá en que el sujeto se debe encontrar en un estado físico óptimo, es decir una persona mayor de dieciocho años; y en condiciones mentales óptimas, esto es, que debe entender y querer la conducta realizada, así como su resultado y que no se encuentre en ningún supuesto de inimputabilidad. Por lo tanto el sujeto activo debe tener una capacidad volitiva para desear el resultado del apoderamiento de un menor de doce años. De tal suerte que si se actualiza el precepto 269 del Código penal para el Estado de México, en esas condiciones podemos afirmar que el sujeto activo es imputable.

##### 5. CULPABILIDAD .

La imputabilidad anteriormente analizada es el presupuesto de la culpabilidad, ya que solo es culpable el sujeto que es impu

---

(74) Pavón, op. cit., pág. 365.

(75) Castellanos, op. cit., pág.218.

table.

Nosotros consideramos al igual que el maestro Castellanos Tena a la culpabilidad " como un nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto."(76)

En el mismo sentido se manifiesta Villalobos.(77)

Jiménez de Asúa considera que la culpabilidad en el más amplio sentido puede definirse " como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica."(78)

Por su parte Carrancá y Trujillo, considera a la culpabilidad en el mismo sentido que Jiménez de Asúa.(79)

La culpabilidad presenta tres formas que a saber son: el dolo, la culpa y la preterintencionalidad.

El Código penal para el Estado de México con respecto a la culpabilidad en su artículo 7º prescribe en su primera parte:

---

(76) Castellanos, op. cit., pág. 234.

(77) Villalobos, op. cit., pág. 281.

(78) Castellanos, op. cit., pág. 232.

(79) Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 225.

"...  
 Los delitos pueden ser:  
 I.- Dolosos;  
 II.- Culposos; y  
 III.- Preterintencionales."

Dolo. Por lo que hace al dolo Carrancá y Trujillo expresa que " el dolo puede ser considerado en su noción más general como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o sea dañada. Sobre ser voluntaria la acción deberá estar calificada por la dañada intención para reputarse dolosa."(80)

Cuello Calón, considera que " el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso." En ese sentido también se conduce la opinión de Castellanos.(81)

El Código penal en su artículo 7º, primer párrafo dice:

"...  
 El delito es doloso cuando se causa un resultado querido o aceptado, o cuando el resultado es consecuencia necesaria de la acción u omisión."

La Suprema Corte de Justicia al respecto sostiene:

"... el dolo o elemento psíquico consiste en la conciencia y voluntad del delincuente para privar ilegítimamente a alguno de la libertad personal, ya con el fin de pedir rescate, o bien de causar daño..."(82)

---

(80) Ibid., pág. 237.

(81) Castellanos, op. cit., pág. 239.

(82) Jurisprudencia T. VII, op. cit., pág. 335.

Culpa. Por lo que hace a la culpa Cuello Calón dice, que existe culpa cuando se obra sin intención y sin diligencia debida, causando un resultado dañoso y previsible y penado por la ley. En el mismo sentido Carrancá y Trujillo manifiesta que la culpa "es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa daño anti-jurídico y penalmente tipificado."(83)

Pavón Vasconcelos dice que la culpa es " resultado típico y anti-jurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable por los usos y costumbres."(84)

El Código penal al respecto en su numeral 7º, preceptua que:

"...

El delito es culposo cuando se causa un resultado por negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado."

Existen dos modalidades de culpa; con representación y sin representación; la primera se presenta cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, sin embargo no lo acepta y es más espera que no ocurra; la segunda se da cuando no se prevee el resultado el cual es previsible.

---

(83) Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 397.

(84) Pavón, op. cit., pág. 418.

Preterintencionalidad. El Código penal en referencia en su último párrafo del ya citado numeral preceptua:

"...

El delito es preterintencional cuando se causa un daño que va más allá de la intención y que no ha sido previsto ni querido y siempre y cuando el medio empleado no sea el idóneo para causar el resultado."

La culpabilidad en el robo de infante implica la modalidad de dolo, ya que la acción de apoderamiento esta relacionada con la intención de causar un daño al menor, a su familia o a cualquier persona relacionada con el primero. En la segunda hipótesis ( robo de infante por su familiar ) la mala fe y los móviles no afectivos, denotan el dolo con que actua el sujeto activo en relación con la acción del apoderamiento del sujeto pasivo.

#### 6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Las condiciones objetivas de punibilidad son " aquellas exigencias ocasionales establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación." (85)

Tal es el criterio de Castellanos Tena, quien afirma que la doctrina no delimita con claridad la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad; pero lo que si queda claro, es que no constituye un elemento del delito sino más bien una característica del tipo cuando la contiene la descripción legal.

---

(85) Castellanos, op cit., pág. 278.

Para Guillermo Colín Sánchez las condiciones objetivas de punibilidad y las cuestiones prejudiciales constituyen requisitos de procedibilidad, expresando que " Quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el punto de vista general del Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales en focan el problema desde el punto de vista procesal."(86)

En el robo de infante no se condiciona la punibilidad de dicho delito a ciertas condiciones en especial, por lo tanto no existen tales condiciones objetivas de punibilidad en el delito que nos ocupa.

## 7. PUNIBILIDAD.

La punibilidad será en relación al resultado, que la primera es la amenaza de una pena, cuando la conducta humana encuadra en un tipo penal.

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."(87)

---

(86) Castellanos, loc. cit.

(87) Pavón, op. cit., pág. 421.

La punibilidad tiene dos acepciones como lo menciona Castellanos, por un lado como merecimiento de una pena por la realización de una conducta típica; y por otro lado, como la pena que impone el Juez de manera concreta al responsable de delito.

Punibilidad Elemento o consecuencia. Existen autores como Pavón Vasconcelos, que consideran a la punibilidad como elemento del delito y otros como Carrancá y Trujillo que niega que la punibilidad constituya un elemento del delito, y le da solamente el carácter de aspecto positivo.

Pavón Vasconcelos dice que la pena sí constituye una consecuencia del delito, y no así la punibilidad y niega la existencia de delitos no punibles.

Por su parte Carrancá y Trujillo afirma que la punibilidad es un aspecto positivo del delito pero no se integra al mismo; ya que la pena puede o no aplicarse sin que eso altere al delito en sí, nosotros nos afiliamos a tal consideración.

La punibilidad en el robo de infante, en la primera hipótesis (robo de infante por extraño a su familia) será de cinco a cuarenta años de prisión, y en la segunda (robo de infante por sus familiares) será de seis meses a cinco años de prisión; esto en relación al precepto 269 del Código penal vigente para el Estado

de México.

Sin embargo, la punibilidad en el robo de infante en relación a la reforma que propondremos al concluir la presente investigación, sería de cinco a cuarenta años de prisión.

## B. ASPECTOS NEGATIVOS.

Hemos analizado todos y cada uno de los aspectos positivos del delito, ahora analizaremos desde un punto de vista de la ausencia de esos aspectos; en primer orden lo haremos conforme a la teoría general del delito y en seguida, la adecuaremos al delito que nos atañe.

Aspectos negativos:

1. Ausencia de la conducta.
2. Atipicidad.
3. Causas de justificación.
4. Inimputabilidad.
5. Inculpabilidad.
6. Ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad.
7. Excusas absolutorias.

### 1. AUSENCIA DE LA CONDUCTA.

La ausencia de la conducta, constituye un aspecto negativo del elemento conducta; consistente en la falta de hacer o abste

nerse ( acto u omisión ) humano voluntario; que pueden presentar se varias hipótesis, que la doctrina enumera y que en algunos casos la ley adopta.

Tales casos son: vis mayor, vis absoluta, movimientos reflejos, sueño, sonambulismo e hipnotismo.

Vis Mayor. Consiste en una fuerza de la naturaleza que no proviene del hombre y propicia, que un sujeto realice un acto u omisión, pero sin voluntad no pudiendo controlar su conducta; como ejemplo de esta hipótesis de ausencia de conducta podemos mencionar, los terremotos y los uracanes.

El Código penal vigente para el Estado de México, no hace referencia alguna a esta hipótesis.

Vis Absoluta. Consiste en un hacer o un no hacer involuntario provocado por fuerza física irresistible proveniente de otro sujeto.

Castellanos al respecto, considera que " la aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad."(88)

El Código penal vigente para el Estado de México en su artículo 16

---

(88) Castellanos, op. cit., pág. 163.

fracción I, se refiere a la Vis absoluta.

" Son excluyentes de responsabilidad:  
I.- Obrar el inculpado por una fuerza física exterior irresistible;..."

Movimiento reflejos. Son aquellos movimientos que realiza el sujeto sin voluntad, constituyendo un reflejo; el estornudo y el parpadeo constituyen ejemplo de ello.

Castellanos Tena al respecto menciona que "los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios ( si el sujeto pue de controlarlos o por lo menos retardarlos ya no funciona como factores negativos del delito)."(89)

El sueño. Lo considera Villalobos como una falta de atención, un observamiento de la conciencia, en donde coinciden la realidad con las ilusiones o alucinaciones, en donde se puede realizar una conducta típica y presentarse la omisión.

Para Maury " El sueño ha sido considerado como un estado puramente cerebral, análogo a las alucinaciones y a las crisis de delirio."(90)

Sonambulismo. Por lo que hace al sonambulismo Carrancá y Trujillo

---

(89) Ibid., pág. 164.

(90) Carrancá y Trujillo cita a Maury, op. cit., pág. 310.

manifiesta que el " sonambulismo se ha caracterizado por el automatismo de la acción como consecuencia del estado de inconciencia."(91)

Freud manifiesta al respecto que " el sujeto se mueve y ejecuta actos sin dirección de una verdadera conciencia, sino regido por imágenes de la subconciencia que se provocan por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos, los cuales sufren una incorrecta asociación y dan al sujeto una impresión, una especie de conciencia que no corresponde a la realidad ."(92)

Por su parte Castellanos Tena coincide con la definición de Freud, pero él ubica al sonambulismo como causa de inimputabilidad ; situación en la que nosotros diferimos, toda vez que en el sonambulismo efectivamente se habla de una especie de conciencia que no corresponde a la realidad, por tal razón no puede haber una voluntad , para realizarse un hacer o un no hacer.

El hipnotismo. Se entiende por hipnotismo lo siguiente:  
 "( del gr. Hypnus, sueño ) Med. conjunto de los fenómenos que constituyen el sueño artificial provocado."(93)

(91) Ibid., pág. 311.

(92) Villalobos, op. cit., pág. 420.

(93) Ramón García Pelayo y Grass; Diccionario Pequeño Larousse, Ilustrado; décima sexta edición; ediciones Larousse, S.A.; México, 1992; pág. 543.

" Estado de sueño o de algo semejante, susceptible de ser provocado por varios medios, en el que se exalta el grado de sugestibilidad o la aptitud a ser influido por una idea, sugestión o mandato, influencia que puede subsistir aún después del trance."(94)

De las hipótesis planteadas por la doctrina podemos considerar, que la vis mayor puede presentarse en el delito de robo de infante, a pesar de que el Código no lo contempla como excluyente de responsabilidad; podría darse el supuesto del robo de infante en el Estado de México cuando el sujeto activo se apodere del me-nor digamos en un terremoto ( vis mayor) siempre y cuando su conducta de apoderamiento este fincada en esa vis mayor.

## 2. ATIPICIDAD.

La atipicidad se presenta cuando no existe el encuadramiento de la conducta al tipo legal.

Castellanos manifiesta que " es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, jamas podrá ser delictuosa."(95)

La ausencia del tipo no es lo mismo que atipicidad, ya que

---

(94) Palomar, op. cit., pág. 669.

(95) Castellanos, op. cit., pág. 174.

la primera " se presenta cuando el legislador deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos."(96)

Sin embargo, podemos decir que en el fondo, tanto la atipicidad como la falta de tipo viene siendo lo mismo, ya que si un elemento específico del tipo no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.

Las causas de atipicidad en el robo de infante son: falta de calidad en el sujeto activo, en el sujeto pasivo y en el objeto material; falta de referencia temporal y espacial; así como falta de un medio comisivo.

Falta de calidad en el sujeto activo. En el robo de infante en el entendido de la existencia de dos hipótesis, robo por un extraño y robo por familiar; en la primera, la calidad del sujeto activo se trata de un sujeto activo exclusivo o propio, esto es, no cualquier persona puede cometer el delito, solamente un extraño a la familia del menor; por tanto aquí si opera la falta de calidad en el sujeto activo. Por lo que hace a la segunda hipótesis (robo de infante por familiar) se trata de un sujeto exclusivo o particular, esto es, que debe existir un parentesco entre el sujeto pasivo y el sujeto activo, de tal suerte que si faltare esta calidad en el sujeto activo estaríamos, ante la presencia de la primera hipótesis.

---

(96) Castellanos, loc. cit.

Falta de calidad en el sujeto pasivo. Esta causa se presenta en el delito de robo de infante, toda vez, que existe calidad del sujeto pasivo, la cual consiste en "ser menor de doce años"; si el sujeto pasivo excede a esa edad, estaríamos frente a una causa de atipicidad y en todo caso ante el delito de privación de la libertad sancionado en el artículo 267 fracción I del Código penal del Estado de México.

Falta de calidad en el objeto material. En el robo de infante existe una coincidencia del sujeto pasivo y el objeto material " el menor de doce años ", por lo tanto si no se da tal elemento estaremos frente a una causa de atipicidad.

Falta de referencia temporal y espacial. Tales elementos en el robo de infante no se presentan por lo que su ausencia o falta no alteran en nada al delito y no estaríamos frente a una causa de atipicidad.

Falta de referencia a los medios de comisión. En el robo de infante específicamente en la segunda hipótesis, la referencia a los medios comisivos estará integrada por la mala fe y la no existencia de los móviles afectivos; faltando tales referencias estaríamos frente a una causa de atipicidad.

### 3. CAUSAS DE JUSTIFICACION

Son aquellas causas o condiciones que excluyen la antijuridicidad de una conducta típica, por estar permitida, autorizada o facultada por la ley.

Fundamento. La exclusión de la antijuridicidad se funda en la ausencia de interés o en función de interés preponderante. En el entendido del doble carácter, material y formal de la antijuridicidad, ésta solo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador.

La ausencia de interés. Se presenta cuando no existe el interés que se trata de proteger y que en condiciones ordinarias subsistiría la antijuridicidad pero que el Estado la excluye.

Interés preponderante. Este se presenta cuando existen dos intereses incompatibles, y ante la imposibilidad de la existencia de ambos, el Derecho sacrifica el de menor valor para salvar el de mayor, como única alternativa para la salvación del preponderante.

Las causas de justificación que la ley establece son:

1. Legítima defensa.
2. Estado de necesidad.

3. Cumplimiento de un deber.
4. Ejercicio de un derecho.
5. Impedimento legítimo y
6. Obediencia jerárquica.

Legítima defensa. Tiene verificativo " cuando se contrata ca a fin de que una agresión grave no consume el daño con que amenaza inminentemente."(97)

No entraremos al estudio minucioso de esta figura toda vez, que esta causa de justificación no se presenta en el delito en es tudio.

El Estado de Necesidad. Cuello Calón dice al respecto que " es el peligro actual e inminente para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados pertenecientes a otra persona."(98)

Al respecto el Código penal del Estado de México en su artículo 16 fracción tercera dice:

"... la necesidad de salvar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, grave, actual e inminente ,

---

(97) Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 323.

(98) Castellanos cita a Cuello calón, op. cit., pág. 203.

sacrificando otro bien jurídico igual o menor siempre que dicho peligro no hubiere sido causado por el necesitado. Esta causa no beneficia a quien tenga el deber jurídico de sufrir el peligro..."

Esta causa de justificación no opera en el delito de robo de infante, tipificado en el Código penal para el Estado de México.

Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. Esta causa de justificación o licitud la encontramos en la fracción IV del ya citado artículo 16 que al respecto señala:

"...  
Obra en el ejercicio de un derecho consignado por la ley. Esta causa no beneficia a quien ejerza el derecho con el sólo propósito de perjudicar a otro..."

Cumplimiento de un deber. Quien cumple con la ley no comete delito al realizar una conducta o hecho típicos cuando acata un mandato legal.

Los deberes cuyo cumplimiento impide el nacimiento de la antijuridicidad, puede derivar:

- a) De una norma jurídica, esto es de una ley, reglamento o simple ordenanza.
- b) De una orden de la autoridad, Pavón Vasconcelos dice al respecto debiendo entenderse por tal, la manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual exige al subordinado un comportamiento

to determinado.

Ejercicio de un derecho. Puede originarse por dos fuentes que a saber son:

- a) Reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado, el ejercicio de un derecho debe encausarse por vías legales sin que medie violencia.
- b) Facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente y necesitan los siguientes requisitos:
  1. Que la facultad o autorización derive de una autoridad.
  2. Que la autoridad actúe dentro del marco de su competencia.
  3. Que la autorización reúna los requisitos legales.

el ejercicio de un derecho puede presentarse en el delito de robo de infante, ya que podríamos estar ante el supuesto del apoderamiento de un menor por su padre, en el ejercicio de la patria potestad.

Impedimento legítimo. Podemos decir que " se refiere a omisiones nunca a actos . Tales omisiones han de reconocer una causa legítima."(99)

---

(99) Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 372.

El Código penal ya mencionado en la fracción VIII del mul  
tificado numeral 16 expresa:

"...  
Omitir un hecho debido a un impedimento legíti-  
mo o insuperable..."

Esta causa de justificación no opera en el delito de robo de infante, toda vez, que éste es un delito de acción y el impedi  
mento legítimo opera en delitos de omisión.

Obediencia jerárquica. Al respecto Carrancá y Trujillo, dice que " requiere dependencia jerárquica entre el que manda y el que ejecuta la orden; además, que el mandato se refiera a las relaciones habituales existentes entre el que manda y el que obedece y a su respectiva competencia; por último que la orden se halle revestida de formas exigidas por la ley. Excepcionalmente , o sea en el orden militar, procede mayor benignidad para el subal  
terno, por razón de rigurosa exigencia disciplinaria..."(100)

El Código penal ya mencionado prescribe:

"16.Son causas excluyentes de responsabilidad.  
...  
VII.- Obedecer a su superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito ,

si esta circunstancia no es notoria, ni conocida, ni previsible racionalmente; y ..."

La obediencia jerárquica, puede presentarse en el delito de robo de infante.

#### 4. INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, y si ésta es considerada, como el querer y entender la conducta y el resultado, aquella es la falta de ese querer y entender.

El Código penal para el Estado de México enumera las causas de inimputabilidad en su artículo 17 y en el 16 fracción III y que a saber son:

1. Trastorno mental.
  - a) permanente.
  - b) transitorio.
2. No comprender el acto ilícito (sordomudez)
3. Miedo grave.
4. Minoría de edad.

El trastorno permanente como causa de inimputabilidad. Lo prescribe el Código penal vigente para el Estado de México en su artículo 17 fracción primera que dice:

"17. Son causas de inimputabilidad.  
I. La alienación u otro trastorno permanente de la

persona..."

Esto cuando el trastorno haya privado del dominio necesario al sujeto para conducir su conducta dentro de las normas legales.

Villalobos considera que las personas que padecen trastornos mentales permanentes " no tienen la capacidad necesaria para ser influenciados por la conminación penal; que no tienen discernimiento suficiente para justipreciar su conducta y aun llegan a vivir en un mundo autístico ( o "derefístico") e irreal, lo que hace que falte identidad entre el supuesto yo, que actúa en sus delirios, y aquel que podría ser destinatario de la prohibición o del mandato jurídico."(101)

Transtorno transitorio. Lo prescribe el mismo ordenamiento y numeral, en su fracción II que dice:

"...  
 II.- El trastorno transitorio de la personalidad producido accidentalmente o involuntaria; y  
 ... Cuando priven al sujeto del dominio necesario sobre su conducta para mantenerla dentro de las normas legales que castiguen la acción u omisión realizada..."

Por su parte Carrancá y Trujillo considera que " por trastorno mental debe entenderse toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas, innatas o adquiridas, cualquiera que sea su origen. En este estado morboso de la mente debe quedar el sujeto incapacitado

(101) Villalobos, op. cit., pag. 414.

para decidir voluntariamente la acción criminosa, de suerte que ésta pueda ser considerada como ajena y no propia de él."(102)

No estamos de acuerdo con la primera parte de la definición anterior, cuando dice que cualquiera que sea su origen de la perturbación, por que si el origen radica, en que el sujeto se haya puesto en tal situación de inimputabilidad, de manera voluntaria, no estaríamos frente a una causa de justificación sino ante un sujeto imputable.

No comprender el acto ilícito. Con respecto a la sordomudez se prescribe en la fracción III del artículo 17 del Código penal para el Estado de México, que dice:

"...  
III.- La sordomudez cuando el sujeto carezca de instrucción..."

Consideramos que las palabras " carezca totalmente de instrucción " sobran, ya que al hablar de un sujeto que carece de esos dos sentidos al mismo tiempo es poco general, que el sujeto en tal situación, pueda instruirse ya que como menciona Villalobos " La falta de oído y de la palabra, por ser falta de comunicación con los demás hombres deja al sujeto aislado en la sociedad y le priva del adelanto, la comprensión del medio y aun la correcta interpretación de sus percepciones visuales y sensitivas.

---

(102) Carrancá, op. cit: pág. 308.

Especialmente se hallan los sordomudos en la posibilidad de recibir y asimilar las ideas abstractas del bien y del mal, del Derecho, de la solidaridad, del deber, y por tanto carecen de una conciencia jurídica que les haga responsables de sus actos."(103)

Miedo grave. El Código penal vigente para el Estado de México clasifica como excluyente de responsabilidad, y nosotros\_ la consideramos como una causa de inimputabilidad, ya que el que rer y entender de la conducta y su resultado se encuentran vicia das por ese miedo.

Esta causa de justificación se encuentra prevista en el artículo 16 en su fracción III, del ordenamiento ya citado que dice:

"...  
El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraven-  
tor..."

Debemos distinguir los conceptos de miedo y temor, y al respecto Véjar Vázquez dice " Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuánto se engendra con causa interna y el temor obedece a cau sa externa. El miedo va de adentro para fuera y el temor de afue ra para dentro."(104)

---

(103) Villalobos, op. cit., pág. 418.

(104) Carrancá y Trujillo cita a Véjar Vázquez, op. cit., pag. 293.

El miedo es un fenómeno psicológico de carácter subjetivo, capaz de producir inconciencia o reacciones imprevistas, que causen un descontrol de la conducta, engendrandose así un estado de inimputabilidad fundado en la alteración de las funciones psicológicas. Siguiendo el criterio de Castellanos Tena, consideramos al temor fundado como una causa de inculpabilidad, el cual analizaremos en su momento.

La minoría. Constituye una causa de inimputabilidad y así lo prescribe el artículo 4º del Código penal ya mencionado, el cual dice:

"No se aplicará este código a los menores de 18 años. Si éstos, siendo mayores de 7 años, ejecutan algún hecho descrito como delito, serán puestos a disposición del Consejo tutelar para menores infractores."

En el robo de infante es posible que se realice la conducta de apoderamiento del menor de doce años ( sujeto pasivo ) por el sujeto activo quien se encuentre en esos precisos momentos en alguna de las hipótesis prevista en la inimputabilidad.

##### 5. LA INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad como aspecto negativo de la culpabilidad, consistente en la ausencia del nexu intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto ( dolo o culpa ).

La inculpabilidad puede darse por las siguientes hipótesis; error, la no exigibilidad de otra conducta y el caso fortuito.

Error. Existen dos clases de error, el de hecho y el de Derecho; los cuales se subdividen de la siguiente manera.

A. Error de hecho.

1. Error esencial. Error de hecho esencial lo prescribe el ordenamiento citado dentro de las excluyentes de responsabilidad en su precepto 16 fracción VI, que dice:

"... Obra por error substancial de hecho que no derive culpa..."

Antolisei considera que " el error recae sobre uno o más elementos que se requieren para la existencia del delito." (105)

Por otro lado Carrancá y Trujillo considera que el error se presenta cuando el conocimiento acerca de algo es falso o equivocado, siendo esencial que el error recaiga en elementos esenciales del tipo.

El error esencial de hecho constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo, conociendoseles como eximentes putativos, entendiendose las situaciones en las cuales el agente en función de un error de hecho invencible, cree fundadamente es-

---

(105) Castellanos cita a Antolisei, op. cit., pág. 260.

tar amparado por una causa de justificación, o bien que su conducta no es típica.

Respecto a las llamadas eximentes putativas, Castellanos Tena Fernando manifiesta que se " entiende las situaciones en las cuales el agente por error esencial de hecho insuperable, cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo." (106)

Teniendo así que la primera eximente putativa, es la legítima defensa putativa; la cual " radica en la creencia, por parte del sujeto, de que su actitud es legítima. Fundada, pero erróneamente, supone obrar con derecho, hallarse frente a una defensa legítima mediante la cual repele, conforme a la permisión legal, una injusta agresión." (107)

La segunda de las eximentes es la legítima defensa putativa recíproca, la cual consiste en que dos personas obran respectivamente, en legítima defensa, sin que exista realmente la agresión simultánea y esto debido a un error de ambas partes. Con respecto a esta segunda eximente putativa Castellanos considera que no es admisible, ya que no puede darse al mismo tiempo dos

---

(106) Castellanos, op. cit., pág. 266.

(107) Ibid., pág. 267.

supuestas agresiones simultaneas; opinión que compartimos con el autor.

La legítima defensa real contra la putativa, como tercera eximente putativa; se presenta cuando un sujeto se cree (imaginariamente) agredido y obra en legítima defensa (putativa) pero el supuesto agresor, reacciona ante la supuesta defensa, que es una agresión real.

La cuarta putativa, el estado necesario putativo, se presenta cuando el sujeto cree estar en un estado de necesidad, en un peligro grave inminente, actual en contra de su persona o sus bienes o de la persona o bienes de un tercero; y de esta manera lesiona bienes tutelados de otra persona.

La última de las eximentes putativas es el deber y los de rechos legales putativos, esta se presenta cuando el sujeto activo, por error pero fundadamente cree estar ante el ejercicio de un derecho que no existe o en el cumplimiento de un deber que no concurre.

2. Error accidental. Se presenta sobre circunstancias secundarias del hecho y pueden ser:

a. Error en el golpe. Cuando el resultado no es el queri-

do por haber errado.

b. Error en la persona. O en el objeto, el error no se origina en el acto sino recae sobre la persona debido a una errónea representación.

El error accidental no es causa de inculpabilidad por que existe voluntariedad delictuosa en el actuar inicial del sujeto activo, es decir existe dolo.

Con relación a esto el Código penal para el Estado de México en su artículo 8º dice lo siguiente:

" En el caso de que, queriéndose cometer un delito se cometa otro, por error en la persona o en el resultado, se aplicará la pena correspondiente al delito cometido valorándose además, las circunstancias subjetivas de deliberación y ejecución."

B. Error de Derecho. Consiste en el equivocado concepto sobre la significación de la ley. Nuestra ley penal no regula el error de Derecho, porque no justifica ni autoriza la violación de la ley por tener un concepto equivocado de la misma.

No debemos confundir el error de Derecho con las eximentes putativas, ya que el sujeto activo en estas últimas estima que su conducta o hecho son jurídicos, no por desconocimiento (ignorancia) o inexacto conocimiento de la norma penal sino que el sujeto cree estar ante una causa de justificación.

La no exigibilidad de otra conducta:

A. Temor fundado. En atención a lo dispuesto por la fracción III del Código penal del Estado de México y en razón al criterio de Castellanos Tena Fernando al que nosotros nos afiliamos; se considera que existe una fuerza sobre la voluntad del sujeto activo donde su comportamiento está bajo una auténtica coacción mental, impidiendo conducirse con plenitud de juicio o de determinación.

B. Estado de necesidad. Este ya fue analizado como causa de justificación, aspecto negativo de la antijuridicidad; sin embargo podemos además considerarlo como una causa de inculpabilidad, cuando los intereses en conflicto son de igual valor.

El caso fortuito. Se encuentra previsto al igual que el error de hecho, dentro de las excluyentes de responsabilidad, en el numeral 16, pero en la fracción V, que dice:

" Obra causando un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas;..."

Para Castellanos en el caso fortuito " la conducta nada - tiene de culpable; se trata de un problema de meta culpabilidad , según denominación nuestra, en virtud de no ser previsible el resultado."(108)

---

(108) Castellanos, op. cit., pag. 254.

Para Carrancá y Trujillo el caso fortuito " no es otra cosa que mero accidente, hecho causal o contingente es el caso fortuito, desde el punto de vista del sujeto a quien no puede imponerse ni intención (dolo) ni imprudencia (culpa), por lo que el elemento psíquico del delito se encuentra, desde luego, ausente, y por ello, - ausente también de voluntad; Constituye por eso el caso, el límite mínimo de la culpabilidad."(109)

En el robo de infante puede darse la causa de inculpabilidad llamada error substancial de hecho esto cuando recaiga sobre elementos constitutivos del delito haciendo suponer el dolo; como por ejemplo cuando el sujeto activo del delito, es el padre del menor.

También puede presentarse como causa de inculpabilidad en el robo de infante, el deber y los derechos legales putativos; en caso de que la madre o padre que se apoderen del menor creyendo - que siguen ejerciendo la patria potestad, la cual se haya perdido por resolución judicial. Los padres actuaran con base en un derecho que no les asiste, pero sin embargo estaran ante una eximente putativa.

Asimismo se presenta el error accidental ( error en la persona ), esto es, cuando el sujeto activo del delito pretende apoderarse de un menor de doce años determinado ( su hijo) y se apode-

---

(109) Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 258.

ra de otro (su vecino). Sin embargo debemos tomar en cuenta, que el error accidental no es una causa de culpabilidad, ya que existe voluntariedad delictuosa en el actuar inicial del sujeto activo, es decir existe dolo.

#### 6. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Si entendemos que condiciones objetivas de punibilidad, son aquellas condiciones que se deben presentar o dar para que opere la punibilidad; entences la usencia de éstas, pués, es la falta de las mismas.

En el robo de infante, el legislador no expresa condición alguna para que la punibilidad tenga verificativo; por lo tanto la usencia de tales condiciones, no altera en nada a nuestro delito en cuestión.

#### 7. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Las excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad (aspecto positivo más no elemento esencial).

Degois expresa que las excusas absolutorias son " Caracteres o circunstancias de diversos hechos por los cuales, no obstante que existe y esta plenamente integrado el delito, la ley

no impone sanción por razones particulares de justicia o de convinencia contra los cuales no puede ir la pena aun cuando no sea admitida que justicia y utilidad son su ratio escendi, su fundamento y su fin."(110)

Las excusas absolutorias a pesar de que impiden la aplicación de la pena, sin embargo dejan subsistir el carácter delictivo del acto.

El Código que nos ocupa, concede en determinados delitos; tales excusas en razón de la conservación del núcleo familiar, de la mínima temibilidad, de la maternidad conciente (aborto no punible) y otras que específicamente prescribe.

En el delito de robo de infante no opera alguna causa absolutoria ya que el Código no menciona nada al respecto.

---

(110) Villalobos cita a Degois, op. cit., pág. 426.

CAPITULO TERCERO.

PROPOSICION DE REFORMA AL  
DELITO DE ROBO DE INFANTE

A. MARCO DE REFERENCIA.

1. FAMILIA.

- a. CONCEPTO.
- b. EVOLUCION HISTORICA.
- c. CLASES.

2. PATRIA POTESTAD.

- a. CONCEPTO.
- b. EVOLUCION HISTORICA.
- c. CARACTERISTICAS.
- d. DEBERES Y DERECHOS.
- e. EXCUSA.
- f. PERDIDA, SUSPENSION Y EXTINCION.

3. TUTELA.

- a. CONCEPTO.
- b. EVOLUCION HISTORICA.
- c. SISTEMAS TUTELARES.
- d. CARACTERISTICAS.
- e. SUJETOS PASIVOS.
- f. CLASES.
- g. ORGANOS.

B. PROYECTO DE REFORMA AL DELITO DE ROBO DE INFANTE  
EN EL ESTADO DE MEXICO.

### III. PROPOSICION DE REFORMA AL DELITO DE ROBO DE INFANTE.

#### A. MARCO DE REFERENCIA.

Al proponer en el presente trabajo de investigación una reforma, al delito de robo de infante tipificado en el Código penal para el Estado de México, pretendemos modificar los conceptos de "extraño a la familia", "familiar" y "móviles no afectivos" - por los conceptos de "patria potestad" y "tutela"; procurando analizar dichas instituciones de una manera clara y sencilla.

#### 1. FAMILIA.

##### a. CONCEPTO.

Etimológicamente " El término "familia" significa, en el antiguo latín, "patrimonio doméstico ",... En el latín posterior, el término "familia" comienza a referirse a un sector determinado del patrimonio doméstico, o sea, los famuli, es decir los esclavos..."(111)

---

(111) Floris Margadant, Guillermo; El Derecho Privado Romano; décima tercera edición; editorial Esfinge, S.A.: México; 1985; pág. 197.

La familia, institución considerada como pilar principal de la sociedad, ligada desde siempre, la primera a la religión; como lo menciona acertadamente el maestro Ibarrola, al manifestar que el nacimiento de la familia lo podemos encontrar en el libro del Génesis (de la Biblia), indicando que en un principio, Dios crea al hombre y cuando existe en la tierra, sin embargo ve que el hombre se encuentra solo y le crea una compañera, semejante a él; para que la unidad de ambos se generen más hombres y mujeres.

El concepto de familia según Rafael de Pina es "un agregado social constituido por personas ligadas por un vínculo de parentesco." (112)

Por su parte Sara Montero considera que la familia es "un grupo humano primario, natural e irreductible que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer." (113)

Compartimos el criterio de la autora cuando manifiesta que para que haya familia, se necesita la existencia de dos factores de carácter biológico; la unión sexual y la procreación. La unión sexual para que pueda constituir familia debe ser permanente y además existir la cohabitación, aunque no exista procreación; pero cuando exista ésta pero la unión sexual esporádica y pasajera, hay

---

(112) De Pina Rafael; Derecho Civil Mexicano. (Elementos de Derecho Civil Mexicano), V. I.; décima sexta edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1989 Pág. 303.

(113) Montero Duhalt, Sara; Derecho de Familia; Tercera edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1987; pág. 2.

familia pero la relación se entabla entre la madre y el hijo.

Los conceptos antes mencionados hablan de familia como un grupo, sin embargo, no hacen mención de quienes constituyen familia; por lo que nos remitiremos para tal efecto al Código civil vigente para el Estado de México.

De la lectura de los artículos 142 fracción III y IV, 275 al 283, 288 y 216, fracción V; se desprende que constituyen familia los cónyuges, los concubinos, los parientes en línea recta ascendientes y descendientes sin límite de grado, ya sean surgidos dentro o fuera del matrimonio, los colaterales hasta el cuarto grado, los afines, el adoptante y el adoptado entre sí.

" El nexu jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado, se denomina parentesco ..... Así pues el parentesco, al mismo tiempo que vincula a los miembros de la familia, limita el círculo del grupo familiar."(114)

Nuestra ley reconoce tres clases de parentesco:(115)

1. Parentesco consanguíneo,
2. Parentesco por afinidad,y

---

(114) Galindo Garfias, Ignacio; Derecho Civil. Parte General. Personas.Familia.; sexta edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1983; pág.443.

(115) Cfr.artículo 275 Código civil para el Estado de México.

### 3. Parentesco civil.

Parentesco de consanguinidad. Es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor. Tiene como fuente la paternidad y la maternidad.

Al respecto Rafael de Pina dice " Paternidad significa, en sentido estrictamente gramatical, calidad de padre, como maternidad - significa calidad de madre; pero en el sentido jurídico la relación existente entre los padres y los hijos. En sentido amplio, bajo la denominación general de paternidad, se comprende no sólo el vínculo especial que une al padre a los hijos, sino también el de la maternidad, con el cual están unidos la madre y sus hijos." (116)

El matrimonio de los padres establece la presunción de que el hijo concebido por la mujer, ha sido engendrado en ella por el marido.

Efectos del parentesco por consanguinidad. A este parentesco se le atribuye derechos, crea obligaciones y entraña capacidades:

- a. El derecho de heredar en la sucesión legítima. Es cuán

---

(116) De Pina, op. cit., pág. 347.

do no hay testamento válido o cuando no se dispone legalmente de todos los bienes tienen derecho a heredar los ascendientes, descendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Cabe mencionar que los cónyuges sí tienen derecho a heredar en la sucesión legítima, pero ellos entre sí no son parientes sin embargo constituyen familia.(117)

b. El parentesco por consanguinidad engendra obligaciones de índole diversa, como el dar y exigir alimentos, el cargo de tutor.

La obligación de dar alimentos es recíproca y el que los da tiene a su vez el derecho de exigirlos.

El desempeño del cargo de tutor legítimo es una obligación de los hermanos mayores de edad y a falta de ellos los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive.(118)

c. Constituyen impedimento para celebrar el contrato de matrimonio, el parentesco de consanguinidad legítima o natural sin limitación de grado en línea recta, ascendiente o descendiente. En línea colateral igual el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos siempre que estén el tercer grado y no hayan obtenido dispensa.(119)

---

(117) Cfr. artículos 1428, 1430 y 1431. del Código civil para el Estado de Méx.

(118) Cfr. artículos 463, 464, y 465 del Código civil para el Estado de México.

(119) Cfr. artículo 142 fracción III del Código civil para el Estado de Méx.

Parentesco por afinidad. Es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.

El parentesco por afinidad, hace entrar a uno de los cónyuges en la familia del otro cónyuge, a semejanza de los parientes consanguíneos, pero sin producir los efectos de éste último; ya que la afinidad no origina obligación alimenticia ni el derecho a heredar.(120)

Efectos del parentesco por afinidad. Este tipo de parentesco como se dijo no da derecho a heredar ni establece la obligación alimenticia, también tiene los siguientes efectos:

a. No impone la obligación de desempeñar el cargo de tutor o curador de los afines menores o incapacitados.

b. Es impedimento para contraer matrimonio, el parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna.

c. El parentesco por afinidad impide al Juez del Registro civil autorizar el acta o actos relativos a los parientes de su esposa en línea recta ascendiente o descendiente.

Los Jueces y Magistrados o secretarios de acuerdos tendrán por forzosamente impedido para conocer casos de parientes consanguíneos o afines del abogado o de las partes.(121)

---

(120) Cfr. artículos 287 y 1432, op. cit.

(121) Cfr. artículos 142, fracción IV y 49 del Código civil; y 70 fracc. IV, V del Código de procedimientos civiles para el Estado de México.

Parentesco civil. Es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.

Rojina Villegas al respecto dice " El parentesco por adopción resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y que para algunos autores constituye un contrato, por virtud del cual se establecen entre el adoptante y el adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación."(122)

La adopción cumple dos finalidades; la primera, atribuir una descendencia ficticia a quienes no hayan tenido hijos de su propia carne y, segunda que los menores o incapacitados encuentren de esta manera el cuidado y la protección que requiere su estado.

Efectos de la adopción: (123)

- a. Crear el parentesco civil entre el adoptante y el adoptado.
- b. Extinguir la patria potestad de quien ejercía anteriormente y a tribuirla al adoptante.
- c. el adoptante adquiere la representación, la administración y la mitad del usufructo de los bienes del menor adoptado.
- d. El adoptado adquiere todos los derechos y la obligación que tiene un hijo.
- e. Usar el nombre del adoptante, ya que la adopción da lugar al cambio de nombre.
- f. Mientras dure el lazo jurídico de adopción, el adoptante

(122) De Pina, op. cit., pág. 365.

(123) Cfr. artículos, 143, 278, 377 y 378 del Código civil para el Estado de México.

no puede contraer matrimonio con el adoptado.

#### b. EVOLUCION HISTORICA.

La familia al igual que cualquier otra institución jurídica, tiene una evolución; que va desde la primitiva promiscuidad hasta la monogamia, pasando por matrimonios por grupos y la poligamia.

Primitiva promiscuidad. Basado en una convivencia gregaria del hombre, existiendo una primitiva promiscuidad sexual, guiado solo por el instinto.

Uniones por grupos. Estas Uniones revistieron tres formas según Sara Montero; la consanguínea, punalúa y sindiásmica.

Unión consanguínea. En la familia consanguínea se daba una inter-relación sexual con sujetos de una misma generación; prohibiéndose las relaciones entre ascendientes y descendientes.

Familia Punalúa. Esta forma reviste dos variedades; primera, la relación sexual entre un grupo de hermanas que compartían de manera común sus maridos; la segunda, un grupo de hermanos que compartían sus mujeres. Se prohibía la cohabitación entre hermanos, medios hermanos y primos. El parentesco se estableció entre la madre y el hijo.

Esta forma de matrimonio se práctica actualmente en los pueblos mahometanos y los mormones.

La monogamia. " Consiste en la forma de constituirse familia mediante la unión exclusiva de un solo hombre y una sola mujer." (124)

La familia monogámica reviste dos formas; patriarcal por tradición y la familia moderna.

Patriarcal por tradición. Se debió o se presentó en Roma desde la República hasta el Imperio. En donde el paterfamilias era el jefe supremo de los miembros de la familia, teniendo un poder sobre estas, de vida o muerte; era el representante de la familia y sacerdote de sus dioses familiares.

Familia moderna. Está constituida por padres-hijos y cónyuges entre sí en donde regirán principios mutuos de respeto, colaboración; igualdad y reciprocidad de derechos y deberes.

Ahora bien, mencionaremos la forma de familia que se dió en algunos pueblos de gran trascendencia en la historia de la humanidad.

---

(124) Montero, op. cit., pág. 6.

El pueblo de Israel. Este pueblo practicaba la monogamia, excepcionalmente el esposo podía tomar a otra mujer por esposa, cuando ésta no le diera hijos. Bajo la Monarquía los Reyes tenían un harem numeroso, pero solo existía una mujer titular.

Familia Sindiasmica. Es la relación exclusiva entre una mujer y un hombre, esto en relación a la procreación durando tal exclusividad hasta el destete del hijo.

La Poligamia. Este tipo de familia revistió dos formas; la poliandria y la poligenia.

Familia poliandria. Consiste en la cohabitación de una mujer con varios hombres. Esta forma de familia se debió a que; existía una escases de satisfactores, por lo que evitaron el crecimiento de la población con el infanticidio de niñas, originando así que en la edad adulta existieran más hombres que mujeres. De tal suerte que la mujer era la que ejercía la autoridad de sus descendientes.

Familia poligenia. Consistía en la cohabitación de un solo hombre con varias mujeres como sus esposas; y esto se originó por:

- a. El predominio masculino.
- b. El interés sexual constante del hombre.

- c. Escases de hombres por guerra, caza, etc.
- d. Tolerancia de la sociedad a la actividad sexual promiscua del varón.

Como ejemplo de esta forma de familia podemos mencionar el hermanazgo, levirato y sororato. El primero de ellos, consiste en el derecho del varón de contraer nupcias con las hermanas menores de la primera esposa; el segundo es un deber del hombre de casarse con la viuda de su hermano; y por último el sororato, que consistía en el derecho del hombre de casarse con la hermana de su mujer cuando ésta era estéril.

Naciones paganas. Se practicaba la poligamia, la mujer y los hijos eran sometidos al poder del padre, rompen la unidad del matrimonio por esas costumbres corrompidas.

La India. Presenta un sistema patriarcal al estilo romano, pero no tan estricto; en donde el padre es el centro de todas las relaciones familiares.

China. El padre era la cabeza de la familia poseía una autoridad amplia, disponía así de por vida de los miembros de la familia así como de sus propiedades.

Egipto. En la civilización egipcia en los primeros siglos a su nacimiento, la institución de la familia tenía un carácter

promiscuo, en donde solo existía una relación entre la madre y el hijo.

Posteriormente el matrimonio se configura en la monogamia en donde la mujer es respetada por el esposo quien le daba el título de ama de casa, y para ambos los niños eran su mayor tesoro. La familia sin hijos solía adoptarlos, esta institución era bien vista; los reyes y príncipes practicaban la poligamia.

Roma. La familia romana constituía la domus, la que a su vez formaba parte de una gens y éstas formaban la Roma antigua.

El paterfamilias tenía plena capacidad de goce y de ejercicio, esto es, era una persona que según la ley romana reunía los tres requisitos; a) Tener el status libertatis, es decir, ser libres y no esclavos; b) Tener status civitatis, ser romano y no extranjero; c) Tener el status familia, ser independiente de la patria potestad.

El paterfamilias ejercía un poder sobre los esclavos la llamada dominica potestas; sobre la esposa y la nuera casadas cum manu (manus) y sobre los hijos y nietos, la patria potestad, instituciones que veremos en su oportunidad.

También ejercía un poder sobre los libertos la llamada iura patronatus; que consistía en determinados derechos que el antiguo patrón tenía sobre el liberto y que eran los siguientes:

a. El derecho a obsequium. Consistente en el derecho a alimentos en caso de indigencia y sobre todo el respeto que el li

berto le debía a su ex-patrón, de tal suerte que el primero no podía ejercer acción penal contra éste último.

b. El derecho a operae officiales. Constaba en servicios que el liberto debía a su ex-patrón, como por ejemplo acompañarlo en viajes peligrosos.

c. El derecho a la herencia del liberto. Cuando el liberto moría sin descendientes y sin heredero testamentario su antiguo patrón tenía derecho a la herencia del liberto, pero; también tenía la obligación de ser tutor de los hijos menores del liberto difunto.

Asimismo, no podía contraer matrimonio con mujer libre (de nacimiento) ni ocupar una magistratura.

Grecia. Familia "colectividad que reposó invariablemente en lazos y deberes religiosos comunes y en un patrimonio común. Sobre el cual los miembros de la familia tuvieron derechos potenciales."(125)

Aztecas. En la evolución de este pueblo también se dieron sucesivamente, el matrimonio por grupos, el matriarcado, el patriarcado, la poligamia y por último la monogamia; aunque la poligamia no perdió vigencia, solo para la clase pudiente y algunos militares reconocidos; pero se distinguía a la mujer legítima.

---

(125) De Ibarrola, Antonio; Derecho de Familia; tercera edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1984; pág. 100.

El matrimonio base de la familia era entre los aztecas un acto exclusivamente religioso, que carecía de validez sino se celebraba de acuerdo con las ceremonias rituales, en donde únicamente intervenían los parientes y amigos de los contrayentes y el sacerdote, que solamente bendecía el lecho de los recién casados."(126)

La edad para contraer matrimonio, era: para el hombre entre los veinte y ventidos años; y para las mujeres entre los quince y los dieciocho años; y algo muy trascendente, a ésta última se le requería de su consentimiento para celebrarlo. " Eran también ritos matrimoniales, ciertos sacrificios tales como herirse con espinas de maguey la lengua y una oreja; la abstención durante algunos días y la presentación de la sábana del lecho conyugal en el templo, como testimonio de virginidad."(127)

#### c. CLASES.

Como se observa en el apartado anterior la familia llega a través de la historia a una concepción monogámica considerando-se así que la monogamia es " la manifestación patente de la madurez de los individuos y de las sociedades que la consagran."(128)

Partiendo de que la familia, es manogámica, y que, dicha

(126) Cfr. Mendieta y Nuñez, op. cit., pág. 91.

(127) Mendieta y Nuñez, cita a Kohler, op. cit., pág. 97.

(128) Montero, op. cit., pág. 8.

institución dependerá de varios factores como la cultura, la clase social, la época y lugar, etc.; podemos considerar dos formas de familia, esto en razón de los miembros que la componen, la familia extensa y la familia nuclear.

Familia extensa. En ésta además de la pareja y sus hijos, incluye a los ascendientes, descendientes en segundo grado colaterales, afines y adoptivos.

Familia nuclear. Llamada también conyugal, la constituyen la pareja y sus hijos.

La familia conyugal (moderna) se funda en la institución del matrimonio y excepcionalmente en el concubinato.

El matrimonio como base de la familia es la unión legítima de un hombre y una sola mujer, para procurar la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente.

El concubinato. Es la vida marital de un solo hombre con una sola mujer sin que haya precedido celebración de acto jurídico solemne.

El matrimonio deberá celebrarse ante los funcionarios que establezca la ley y con las solemnidades que se establecen.

El matrimonio es un acto revestido de publicidad con el objeto de que se pueda denunciar algún impedimento para su cele-

bración; pero una vez celebrado tiene a su favor la presunción de ser válido.(129)

## 2. PATRIA POTESTAD.

Desde un punto de vista etimológico patria potestad es " El poder del padre ", ya que patria significa padre y potestad poder. Desde este punto de vista fue considerado en la antigüedad por Roma y otros pueblos; pero actualmente tiene el término de patria potestad otra concepción como " las facultades o deberes que tienen los padres o abuelos con respecto a los hijos o nietos según el caso."

La maestra Montero considera que patria potestad es " la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad."(130)

Rafael de Pina dice que los tratadistas afirman que existen dos contenidos en la patria potestad uno moral y otro jurídico, los cuales se entrelazan, sin que ninguno de ellos pueda ser separado, claro sin atacar su naturaleza esencial de dicha insti-

(129) Cfr. artículos 131 y 132 del Código civil para el Estado de México.

(130) Montero, op. cit., pág. 339.

tución. Asimismo, considera a la patria potestad como " el conjunto de facultades que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con objeto de salvaguardar en la medida necesaria."(131)

#### b. EVOLUCION HISTORICA.

Es de gran importancia tratar el tema de la evolución de la patria potestad, ya que podemos percatarnos si se ha dado en relación dicha evolución con la del robo de infante, y así relacionar ambas figuras en la actualidad.

La patria potestad en un inicio, constituía una institución netamente privada, en donde el padre tenía un poder absoluto sobre la familia; este poder posteriormente se compartió con la madre, llegando finalmente a una institución limitada; esto debido a la intervención estatal, respecto a la regulación de las relaciones familiares.

Mencionaremos como se concibió a la patria potestad en algunos pueblos de la antigüedad.

Roma. El poder que ejercía el paterfamilias sobre los diferentes miembros de la familia era: la dominica potestas, sobre

---

(131) De Pina, op. cit., pág. 373.

los esclavos; la manus, sobre la esposa y nueras *cum manu*; y la patria potestad, sobre los hijos y nietos.

**Dominica potestas.** Consistía en el poder del paterfamilias sobre los esclavos, siendo comparable con el de la propiedad privada, por lo que al resultar un valor patrimonial había un cuidado especial en el esclavo, de tal suerte que la posición del esclavo era mucho mejor que la de liberto. Antes de las guerras contra Cartago los dueños romanos tenían pocos esclavos generalmente eran de razas afines, por lo que había una relación paternal entre los esclavos y señores.

**La manus.** El matrimonio romano quedaba fuera del *ius civile* y en su celebración no intervenía la República. El matrimonio podía conbinarse con la institución llamada manus, que consistía en una "naturalización doméstica de la mujer en la domus del marido". Asimismo esta institución podía hacerse con independencia de de todo matrimonio.

La *conventio in manu* se verificaba de tres modos:(132)

a. Como consecuencia automática de un matrimonio celebrado en forma de la de la *conferratio*, es decir una ceremonia religiosa en honor de Iupiter Farreus.

b. La *conventio in manum*, toma en este caso la forma de

---

(132) Cfr. Floris Margadant, op. cit., pág. 199.

los esclavos; la manus, sobre la esposa y nueras con manu; y la patria potestad, sobre los hijos y nietos.

Dominica potestas. Consistía en el poder del paterfamilias sobre los esclavos, siendo comparable con el de la propiedad privada, por lo que al resultar un valor patrimonial había un cuidado especial en el esclavo, de tal suerte que la posición del esclavo era mucho mejor que la de liberto. Antes de las guerras contra Cartago los dueños romanos tenían pocos esclavos generalmente eran de razas afines, por lo que había una relación paternal entre los esclavos y señores.

La manus. El matrimonio romano quedaba fuera del ius civile y en su celebración no intervenía la República. El matrimonio podía convalidarse con la institución llamada manus, que consistía en una "naturalización doméstica de la mujer en la domus del marido". Asimismo esta institución podía hacerse con independencia de todo matrimonio.

La conventio in manu se verificaba de tres modos:(132)

a. Como consecuencia automática de un matrimonio celebrado en forma de la de la conferratio, es decir una ceremonia religiosa en honor de Iupiter Farreus.

b. La conventio in manum, toma en este caso la forma de

---

(132) Cfr. Floris Margadant, op. cit., pág. 199.

coemptio ( la compra de la esposa ), acto solemne en que interviene el antiguo paterfamilias de la novia y el nuevo.

c. También podía la manus resultar del usus, esto sucedía cuando la esposa por el hecho de convivir ininterrumpidamente con su marido durante el último año, cambia su nacionalidad doméstica.

El paterfamilias conservaba la patria potestad sobre su hija casada sine manu y la mujer que celebraba matrimonio sine manu conservaba el poder sobre sus propios bienes.

La patria potestad. Este poder normalmente duraba hasta la muerte del paterfamilias. El padre o abuelo tenía un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre el hijo e incluso podía matarlo , pero con causa justificada.

En tiempos de Augusto se permitía que el hijo fuera propietario de un "peculio castrense", que se ganaba por su actividad militar, pero en tiempos de Constantino se permitía tener un peculio "quasi-castrense", obtenido por ejercer alguna función pública, también se le concede al hijo la propiedad de los bienes adquiridos por sucesión de la madre, sus abuelos, etc. (bona adventitia).

La patria potestad en tiempos de Marco Aurelio, reconoce la existencia de una relación padre-hijo, en donde existe un derecho recíproco de alimentos.

Fuentes de la patria potestad. La patria potestad puede

originarse de :

a. Las *iustae nuptiae*. Los hijos nacidos de justas nupcias caen bajo la patria potestad; los hijos nacidos de concubinato duradero, los naturales *liberi*, están exentos de la patria potestad; los nacidos de relaciones transitorias, los *sporii*, son considerados hijos legítimos del marido de la madre.

b. La legitimación. Era un procedimiento para establecer la patria potestad sobre los hijos naturales y se realizaba de tres maneras diferentes:

1. El justo matrimonio con la madre algo que no era siempre posible.
2. Por un prescripto del emperador, quien autorizaba la legitimación en caso de ausencia de los hijos legítimos y cuando el matrimonio no era posible o aconsejable.
3. La *obligatio a la curia*, el padre se hacía responsable de que su hijo aceptara ser consejero municipal y respondía con su propia fortuna.

c. La adopción. El *paterfamilias* adquiría la patria potestad sobre el *fillius familia* de otro ciudadano romano a través de tres ventas ficticias (*mancipatio*).

d. La *adrogatio*. Cuando el *paterfamilias* adquiría la patria potestad sobre otro *paterfamilias*, como por ejemplo su propio hijo natural, sirviendo esta figura como reconocimiento.

Extinción de la patria potestad en el derecho romano:

- a. Por la muerte del *paterfamilias*.

- b. Por la muerte del hijo.
- c. Por la adopción del hijo por otro paterfamilias o la adrogatio del paterfamilias.
- d. Por casarse una hija cum manu.
- e. Cuando el hijo era nombrado funcionario civil o religioso.
- f. Por emancipación.
- g. Por disposición judicial como castigo del padre.

La extinción de la patria potestad convertía al hijo en paterfamilias, aun sin ser padre, con excepción de la adopción, - adrogación del paterfamilias o muerte del hijo. (133)

China. El poder del padre era de por vida, del cual no se podía salir, es más la mujer casada entraba bajo la patria potestad del suegro; y éste a quien se le debía obediencia absoluta podía vender, hipotecar a sus hijos. La única forma en que cesaba la patria potestad, era cuando el hijo pasaba a ser funcionario.

Cosa muy curiosa y en Roma no ocurría es lo que menciona Ibarrola y es " que después de la muerte del padre la patria potestad pasaba a la madre."

Pueblo Azteca. En este pueblo la patria potestad era ejer

---

(133) Cfr. Floris Margadant, op. cit., pág. 206.

cida por la madre y el padre, éste educaba y castigaba a los niños y la madre a las niñas.

La patria potestad era un concepto muy amplio, el hijo necesitaba el consentimiento del padre para contraer matrimonio, ya que de lo contrario no era legal tal acto; igualmente el padre podía vender a su hijo en caso de extrema pobreza. Y cuando el padre moría, el tío podía ejercer ese derecho sobre los sobrinos, siempre y cuando contrajera nupcias con la viuda.

#### c. CARACTERISTICAS.

La patria potestad posee características propias que la distinguen de cualquier otra institución, y que a saber son:

- a) Es un cargo de interés público.
- b) Irrenunciable.
- c) Intransferible.
- f) Imprescriptible.
- g) Temporal.
- h) Excusable.

Cargo de interés público. " El Derecho que es un instrumento de convivencia, recoge valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección a los desvalidos y los eleva a la categoría de conductas de interés público." (134)

---

(134) Montero, op. cit., pág. 342.

**Irrenunciable.** Se le considera irrenunciable por ser de interés público y además, porque implica el cumplimiento de la responsabilidad más seria del ser humano, traer un hijo al mundo.

**Intransferible.** Por ser de carácter personalísimo, no es objeto de comercio, ni se transfiere por título oneroso o gratuito, excepción hecha de la adopción.

**Imprescriptible.** Es un derecho que no se adquiere por el transcurso del tiempo y tampoco se pierde por el mismo, y solo corresponde a quien la ley lo señale.

**Temporal.** Ya que se ejerce sobre menores de edad no emancipados, dura toda la minoría de los hijos o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría de edad, por tanto el plazo máximo de ejercicio de la patria potestad, es de dieciocho años. Cuando es un incapaz el menor de edad una vez que cumple la mayoría de edad se le nombra tutor. Ver lo relacionado con la tutela.

**Excusable.** La ley concede ese derecho a los que tienen sesenta años de edad cumplidos y a los que no pueden atender debidamente su desempeño.

#### d. DEBERES Y DERECHOS.

Los deberes y obligaciones de los que ejercen la patria potestad se dividen en: a) respecto a la persona de los menores, como lo es la representación legal, la designación de domicilio, educación, corrección y ejemplaridad y nombramiento de tutor testamentario; y b) respecto de sus bienes.

Representación legal. El Código civil para el Estado de México en su artículo 406 reza:

" El que esta sujeto a la patria potestad no puede com parecer en juicio, ni contraer obligación alguna, siñ expreso consentimiento del que o de los que ejerzan a- quel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez."

Es importante destacar que el menor no goza de la capacidad de ejercicio, solamente de la de goce.

Designación de domicilio. La designación de domicilio es con el fin de que, el que ejerce la patria potestad custodie al menor, por lo tanto debe de vivir con el menor, los padres o los abuelos pueden encargar la custodia a extraños o parientes o centros educativos.

Educación. El deber de educar recae en la persona que tiene la obligación de alimentar, sin embargo cuando los padres no

tienen los medios para alimentarlos y dicha obligación pasa a otra persona conforme a la ley; no por ese hecho pierde la patria potestad, ni aun el derecho de educarlos convenientemente con los medios que el deudor alimentista le proporcione.

Asimismo, el artículo 404 del mismo ordenamiento respecto de la obligación de educar manifiesta:

" A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento del presidente municipal o del juez de primera instancia del lugar donde viva el menor, que las personas de que se trate no cumplan esa obligación, le avisaran al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda."

Por lo que hace a la educación, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice en su artículo 3º primer párrafo:

" La educación que imparte el Estado-Federación, Estados, Municipios-, tenderá a desarrollar armónicamente todas las funciones del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia."

Asimismo, el artículo 4º de dicho ordenamiento, expresa:

" El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia..."

Corrección y ejemplaridad. Por lo que hace al derecho de corrección y buen ejemplo el artículo 405 del Código sustantivo - civil, consagra lo siguiente:

" para los efectos del artículo anterior, los que ejercen la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y castigarlos mesuradamente y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Las autoridades en caso necesario auxiliaran a esas - personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna."

El Código penal al respecto contempla en el artículo 242 lo siguiente:

" al que ejerciendo la patria potestad o la tutela, in fiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guardia, el juez podrá imponerles además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos."

Respecto al nombramiento de tutor testamentario lo abordaremos, cuando se vean las clases de tutela.

Los derechos y las obligaciones respecto de los bienes del menor son: la administración de los bienes del menor y el usufructo legal.

La administración de los bienes del menor. La administración de los bienes del menor corresponde a quienes ejercen la pa

tria potestad. Si la patria potestad la ejercen los dos padres o abuelos, sólo uno llevará la administración y en los negocios importantes consultará y requerirá del consentimiento expreso de su consorte y además la autorización del juez si así lo expresa la ley. Por ser representante en juicio del menor, para terminarlo - requerirá de igual manera el consentimiento de su consorte. Según lo disponen los artículos 407, 408 y 409 del Código civil del Estado de México.

Podemos inferir que los bienes de los hijos se dividen en dos clases:(135)

- a) Los adquiridos por su trabajo.
- b) Los adquiridos por cualquier otro título.

Los primeros pertenecen al hijo en propiedad, administración y usufructo. Y los segundos la propiedad y la mitad del usufructo al hijo, y al padre o quien ejerza la patria potestad la mitad del usufructo y la administración.

Por lo que respecta a la enajenación de inmuebles o muebles preciosos los artículos 418 y 419 imponen una serie de restricciones al que ejerce la patria potestad.

El administrador tiene obligación de dar cuentas a petición de parte interesada.

Para impedir la mala administración de los bienes de los menores, por quienes ejercen la patria potestad, el juez tiene la facultad

---

(135) Cfr. artículos 410 y 412 del Código civil para el Estado de México.

para evitar el derroche o la disminución de los bienes; por lo que hace a la extinción de la administración, ésta se da cuando el menor se emancipe o llegue a la mayoría de edad y en tal caso los que ejercen la patria potestad, entregarán los bienes y los frutos que le pertenecen al hijo.(136)

Respecto al usufructo legal. El usufructo legal corresponde de la mitad al administrador, pudiendo los padres renunciar al usufructo legal por escrito, considerando como donación los frutos de los bienes, que se den antes de que los padres entren en posesión, corresponderán al hijo.(137)

La obligación del que recibe la mitad del usufructo de los bienes del menor son:

- a) Hacer un inventario y avalúo de los bienes.
- b) No alterar su forma ni sustancia.
- c) Usarlos para el objeto destinado.
- d) devolverlos cuando se extinga el derecho.

Para gozar del usufructo legal se otorgará fianza en los siguientes casos:

- a) Cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados

---

(136) Cfr. artículos 421, 423 y 424 del Código civil para el Estado de México.

(137) Cfr. artículos 412, 413, 414,, 415, 416 y 420 del Código civil para el Estado de México.

en quiebra o esten concursados.

- b) Cuando contraigan ulteriores nupcias.
- c) Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para sus hijos.

Por último podemos decir que el usufructo se extingue por:

- a) Renuncia.
- b) Pérdida de la patria potestad.
- c) Emancipación o mayoría de edad del hijo.

Por lo que hace a los derechos y obligaciones del menor , podemos indicar que existen dos; la primera, honrar y respetar a sus padres y demás descendientes y; la segunda no dejar la casa de los que ejercen la patria potestad.

Respecto de la primera obligación el Código civil de referencia en su artículo 393 dice:

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

#### e. EXCUSA.

Respecto de ésta característica de la patria potestad el artículo 430, del Código civil del Estado de México reza:

" La patria potestad no es renunciable; pero aquellos. a-

quines corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I.- Cuando tenga sesenta años cumplidos;
- II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente su desempeño."

#### f. PERDIDA, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN.

La patria potestad se pierde en los términos del artículo 426 que contiene:

" La patria potestad se pierde:

- I.- Cuando el que la ejerza; es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II.- En los casos de divorcios teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 269;
- III.- Cuando las costumbres depravadas de los padres, los malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.
- IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos; porque los dejen abandonados por más de seis meses, porque acepten ante la autoridad judicial entregarlos a una institución de beneficencia legalmente autorizada, para que sean dados en adopción y ésta los acepte, de acuerdo al procedimiento que establezca el código de procedimientos civiles."

La fracción tercera del numeral antes mencionado se encuentra relacionada con los artículos del 210 al 214 del Código penal para la misma entidad federativa, los cuales se refieren a la corrupción de menores.

También en la fracción IV existe una relación pero con el numeral 225 primer párrafo del ordenamiento antes citado el cual

señala lo siguiente:

" Se impondrán de dos meses a dos años de prisión y de tres a ciento cincuenta días multa y privación de los derechos de familia, al cual sin motivo justificado abandone a su hijos, a su cónyuge o concubino, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia."

De igual manera el artículo 226 del Código penal en su última parte menciona además de otra pena, la pérdida de la patria potestad y tutela, cuando quienes las ejercen participan en el delito de tráfico de infante.

El Código civil para el Estado de México sigue haciendo referencia a la pérdida de la patria potestad en los siguientes preceptos:

"427. La madre o abuela que pasen a segundas nupcias , no pierde por ese hecho la patria potestad."

"428. El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior."

La suspensión de la patria potestad se da:

- a) Por incapacidad declarada judicialmente.
- b) Por ausencia declarada en forma;
- c) Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.(138)

---

(138) Cfr. artículo 429 del Código civil para el Estado de México.

La patria potestad se extingue:

Artículo 425.

- "I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra \_  
persona en quien recaiga;
- II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III.- Por la mayor edad del hijo."

3. TUTELA.

a. CONCEPTO.

La tutela " es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad y los menores de edad no sujetos a patria potestad."

b. EVOLUCION HISTORICA.

En el Derecho romano, la tutela era un beneficio de la familia, naciendo como un poder establecido, en un interés de la familia del pupilo, auténtica propietaria de los bienes de este, según el sentimiento jurídico primario de tantos pueblos antiguos , siempre inclinados a la idea de una copropiedad familiar. De ahí la íntima relación entre la sucesión y la tutela.

La tutela estaba ideada para situaciones normales, como la infancia, impubertad, sexo femenino, mientras que la curatela\_

servía para remediar situaciones excepcionales como la prodigalidad, la locura, o la inexperiencia de algunos púberes menores de veinticinco años.

### c. SISTEMAS TUTELARES.

En el Derecho actual se puede considerar que existen tres sistemas tutelares a saber son:

a) La tutela como institución familiar; en este sistema el órgano dirigente de este figura jurídica es el llamado Consejo de familia y el que ejerce la tutela, es el protutor. Ejemplo, el Código de Napoleón.

b) La tutela como cargo público. Esta institución es ejercida y vigilada por autoridades judiciales y administrativas. Ejemplo Inglaterra e Italia.

c) La tutela de carácter mixto. Esta institución puede ser desempeñada por familiares o por organismos públicos y vigilada por autoridad ya que su cumplimiento es de carácter público irrenunciable; es el sistema que sigue nuestro país al igual que algunos países suramericanos.

d. CARACTERISTICAS.

Las características de la tutela son:

- a) Cargo con interés público.
- b) Irrenunciable.
- c) Excusable.
- d) Unitario.
- e) Remunerado.
- f) La designación del tutor debe ser con posterioridad a la declaración incapacidad.
- g) Temporal.

Cargo con interés público. Esta característica se menciona en el artículo 434 del Código civil para el Estado de México.

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

Podemos decir que es de interés público porque quien se encarga del cumplimiento de dicha institución es el Estado.

Irrenunciable. La tutela al tener el carácter de público, por ende es irrenunciable como puede observarse del artículo 435 del mismo ordenamiento, a contrario sensu.

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

Excusable. Puede excusarse de ser tutor: los empleados y funcionarios públicos; militares en servicio activo; los que ejerzan la patria potestad de más de tres descendientes; los pobres; los ignorantes; los enfermos; los que tengan sesenta años cumplidos; los que desempeñen otra tutela o curaduría; las mujeres que no esten en aptitud de desempeñar el cargo a juicio del juez.(139)

Unitario. Ningún incapaz puede tener aun mismo tiempo más de un tutor y de un curador definitivos; pero el tutor si puede serlo hasta de tres incapaces si son hermanos, coherederos o legatarios.(140)

Remunerado. Respecto a esta característica los artículos 566 y 567 rezan:

" El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento y para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez."

" En ningún caso bajará la retribución del cinco ni excedera del diez por ciento de las rentas líquidas de dichos bienes."

Puede aumentar la retribución hasta un veinte por ciento cuando el tutor aumente sus productos, esto cuando el tutor haya obtenido la aprobación absoluta de sus cuentas en dos años conse-

---

(139) Cfr. artículo 492 del Código civil para el Estado de México.

(140) Cfr. artículos 437 y 438 del Código civil para el Estado de México.

cutivos. Sin embargo no tendrá derecho a remuneración y deberá res-  
tituir lo recibido por este título cuando él o sus descendientes\_  
contraigan nupcias con el pupilo (a) sin la dispensa correspondien-  
te .(141)

Designación del tutor con posterioridad a la declaración\_  
del incapaz. Dice al respecto el artículo 443 del Código civil pa-  
ra el Estado de México lo siguiente:

" Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente  
se declare, en los términos que disponga el código de  
procedimientos civiles, el estado de incapacidad de  
la persona que va a quedar sujeto a ella."

Temporal. Es temporal; pero el tiempo varía, según la per-  
sona que la ejerza o las circunstancias del pupilo; así tenemos -  
que si el pupilo es menor, la tutela se extingue cuando cumple la  
mayoría de edad, o bien cuando entra a patria potestad por recono-  
cimiento o adopción; Cuando el pupilo es un incapacitado, la tute-  
la durará mientras dure tal incapacidad, siempre y cuando el tutor  
sea descendiente o ascendiente; cuando el tutor sea el cónyuge, la  
tutela durará mientras el tutor conserve tal carácter de cónyuge;  
y cuando es un extraño el que desempeñe la tutela se relevará a  
los diez años. Así también con la muerte del pupilo se extingue la  
tutela.(142)

---

(141) Cfr. artículos 568,569 y 570 del Código civil para el Estado de México.

(142) Cfr. artículos 147 y 587 fracción I y II del Código civil para el Estado  
de México.

#### e. SUJETOS PASIVOS.

Por lo que hace a los sujetos pasivos de la tutela el artículo 431 en relación con los artículos 432 y 433 del Código civil son:

- a) Los menores de edad.
- b) Los mayores de edad: Locura, idiotismo y imbecilidad.
- c) Sordomudos que no saben leer ni escribir.
- d) Los ebrios cosuetudinarios y los que hacen uso inmoderado de drogas enervantes.
- e) Menores incapacitados en negocios judiciales.

#### f. CLASES.

Nuestro Código civil del Estado de México contempla tres clases de tutela, la testamentaria, la legítima y la dativa, esto se infiere de la lectura del artículo 442.

Tutela testamentaria. Es la que se confiere por testamento por las personas autorizadas y así lo estipula el artículo 451. Siendo un derecho que la ley otorga al ascendiente que sobreviva de los dos en cada grado, que ejerza la patria potestad, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza con inclusión del hijo póstumo.

En cuanto a los sujetos activos podemos decir, que existen los siguientes:

- a) Los ascendientes.
- b) El que deje bienes por herencia a un incapaz ( mal llamado tutor testamentario ya que solo desempeña la función de administrador de los bienes del incapaz ).
- c) El padre o la madre que tiene la tutela sobre su hijo incapacitado.
- d) El adoptante que ejerza la patria potestad,(143)

Podemos considerar que el objeto de la tutela, es con el propósito de excluir de la patria potestad a otros ascendientes o de la tutela legítima a los parientes colaterales, de tal manera - que el sujeto activo elija a la persona que considera mejor para el cuidado del o de los incapacitados.

Por lo que hace a las características, podemos decir, que es de carácter unitario, pues cada incapacitado tendrá un solo tutor y un solo curador. Sin embargo puede nombrarse un solo tutor para varios incapacitados. Otra característica es que las disposiciones testamentarias pueden ser modificadas por el juez, esto en beneficio del pupilo.(144)

---

(143) Cfr. artículos 451, 454, 456, 462 del Código civil para el Estado de Méx.

(144) Cfr. artículos 437, 455, 460 del Código civil para el Estado de México.

Tutela legítima. Es la que tiene lugar cuando no existe tu tor testamentario o cuando los padres pierden el ejercicio de la patria potestad.(145)

Los sujetos pasivos de la tutela legítima varían según la calidad del pupilo; de tal suerte que respecto de los que pueden ser tutores a saber son:(146)

- a) Hermanos de ambas líneas.
- b) Hermanos de una línea.
- c) Demás colaterales hasta el cuarto grado.

En caso de grado igual, el juez o el menor, mayor de 16 años serán los que elijan.

Por lo que hace a los mayores incapacitados los sujetos ac tivos serán en su caso:

- a) El cónyuge.
- b) Los padres.
- c) Los abuelos,hermanos y demás colaterales hasta el cuarto grado.

Lo sujetos activos con respecto a los abandonados serán:

- a) El que los ha acogido.
- b) Los directores de la institución.

Tutela dativa. Es la que surge a falta de la testamentaria y de la legítima y la que corresponde a los menores incapacitadoss

---

(145) Cfr, artículo 463 del Código civil para el Estado de México.

(146) Cfr. artículos 464,465,467,468,471,473,474,475, del Código civil,op.cit.

para los casos judiciales.(147)

Las personas que pueden nombrar tutor dativo son:(148)

- a) El menor, mayor de dieciseis años.
- b) El juez de primera instancia o en su caso el Ministerio Público.

Los sujetos activos de la tutela dativa son:

- a) Presidente Municipal.
- b) Demás regidores de Ayuntamiento.
- c) Las autoridades de poblados donde no haya Ayuntamiento.
- d) Profesores de primaria, secundaria o profesional del lugar.
- e) Miembros de juntas de beneficencia pública o privada que disfruten sueldo del Erario.
- f) Directores de beneficencia pública.
- g) Y demás a juicio del juez que sea más conveniente para los intereses del menor y estén conformes en desempeñar gratuitamente la tutela dativa.

La obligación de desempeñar la tutela dativa durará mientras el sujeto activo dure en el cargo antes mencionado.(149)

---

(147) Cfr. artículos 476 y 479 del Código civil del Estado de México.

(148) Cfr. artículo 477 del Código civil del Estado de México.

(149) Cfr. artículo 482 del Código civil del Estado de México.

## g. ORGANOS.

Con respecto a los órganos de la tutela, tomaremos para explicación de los mismos, el cuadro que la licenciada Montero elabora en su obra Derecho de Familia, anexándole los artículos del Código civil del Estado de México, así como el de procedimientos civiles para la misma entidad federativa.

## TUTOR

Concepto	Es la persona física distinguida por testamento, por la ley o por el juez, que cumple la triple misión de ser representante legal, protector de la persona y administrador de los bienes del incapacitado.	
Deberes arts. 510-515 518-566 571-586 C.C.	En relación a la persona del pupilo.	representarlo protegerlo
	En relación al patrimonio.	Dar garantía administrar Rendir cuentas Numerosas prohibiciones
Derechos arts. 447, 566-570 C.C.	Remuneración del 5 al 10 % de las rentas líquidas de los bienes del pupilo.	
	Ser removido del cargo a los diez años.	
Personas inhábiles art.484 C.C.	Los incapaces.	
	Los ineptos para administrar. Los que han cometido ilícitos en el manjo de bienes. Las perjudiciales para el pupilo.	

## TUTOR.

Excusas arts. 292.C.C.	Los empleados y funcionarios públicos. Los militares en servicio. Los que ejerzan patria potestad de tres o más. Los muy pobres. Mal estado habitual de salud. Sesenta años cumplidos. Los que tengan otra tutela o curaduría. Los que no esten en aptitud para desempeñarla, a juicio del Juez.
Extinción art.587 C.C.	Muerte del pupilo. Salir de la incapacidad. Entrar el pupilo a la patria potestad.

## CURADOR

Concepto	Persona nombrada, por el Juez o por el pupilo mayor de dieciseis años o emancipado; que tiene como función vigilar la conducta del tutor y defender al incapacitado dentro y fuera de juicio, en el caso de oposición de intereses con los del tutor.
Clases.	Definitivo. Interino.
Deberes art.607 C.C.	Defender al incapacitado en caso de intereses opuestos al del tutor. Vigilar la conducta del tutor. Avisar al Juez del mal desempeño en la tutela o de ausencia del tutor.
Derechos art.610 a 611 C.C.	Recibir honorarios fijados por arancel cuando intervenga con los casos señalados por la ley. A ser relevado del cargo a los diez años.
Extinción art.609 C.C.	Los mismos casos que el tutor.

Consejos  
Locales  
De Tutelas.

Concepto

Organo de vigilancia y de formación,  
coadyuvante de los jueces de lo fami  
liar en el correcto ejercicio de la  
tutela.

Juez de lo  
Familiar  
art.9 bis  
Fra.VII  
C.P.C.

Autoridad encargada de definir la tutela especial de  
los menores para comparecer en juicio, de nombrar tu  
tor dativo y de vigilar el cumplimiento correcto de  
los deberes del tutor.

#### B. PROYECTO DE REFORMA AL DELITO DE ROBO DE INFANTE EN EL ESTADO DE MEXICO.

Nuestro Código penal vigente para el Estado de México contempla en su artículo 269 el delito de robo de infante, el cual presenta dos hipótesis; el cual se comete por un extraño a la familia del menor y el realizado por un familiar de este último. El delito de robo de infante consiste en el apoderamiento de un menor de doce años; de modo que el bien que se tutela es la libertad individual del menor.

Nuestro Código en comento como se menciona anteriormente, contempla dos hipótesis; dando origen a ellas según la persona que cometa el apoderamiento del menor; teniendo así que la primera se entiende que el sujeto activo estará constituido por un extraño a la familia del menor, concepto que el legislador no menciona ni define en la exposición de motivos del Código penal de 1986, que actualmente nos rige; al igual que los conceptos de mala fe y móviles no afectivos. Sin embargo, debe entenderse como extraño a

la familia del menor a aquella persona ajena a la familia por no estar unida por un parentesco, (los que la ley civil reconoce, por consanguinidad, por afinidad y por adopción).

Por lo que hace a la segunda hipótesis, el apoderamiento de un menor de doce años por un familiar de éste, que obre con mala fe y no por móviles afectivos, los cuales deben entenderse de la siguiente manera: Mala fe, malicia con que una cosa se hace o se dice, ocultando la intención con que se proceda. Móviles no afectivos, motivos diferentes al amor o cariño. Familiar, es aquella persona que esta unida por parentesco a la familia, entendiéndose esta última como, el conjunto compuesto por un matrimonio y sus hijos. Una vez definidos los conceptos anteriores, consideramos que la segunda hipótesis que hace referencia el delito en comento, se actualiza; cuando una persona que está unida por parentesco a la familia del menor, se apodera de éste, motivando a realizar tal conducta sentimientos diversos al amor y al cariño, ocultando la verdadera intención de su conducta.

El legislador en la segunda hipótesis del ya mencionado artículo, deja de lado algunas situaciones, tal es el caso del familiar que se apodera del menor de doce años realizando tal conducta por el amor que siente el primero por éste último; de tal suerte que no se actualiza el robo de infante ya que no actuo de mala fe y su móvil fue afectivo; y sin embargo se viola el bien jurídico que la ley penal tutela, en este caso la libertad individual del menor, además del derecho que tiene éste a vivir dentro de su fa-

milia.

La buena fe y el afecto son máscaras con la que algunos familiares se ostentan, para sustraer a los menores de sus hogares, alegando en muchos casos el amor que sienten por los menores o el maltrato de éstos por sus padres y hasta quizá el fracaso de una madre soltera, para que sus parientes, le quiten al menor; existiendo para dar solución a ello las instituciones del derecho de familia, a las cuales generalmente no acude la población, llegando a la conducta del apoderamiento del menor.

Es por todo ello, que se propone que el delito de robo de infante no contemple dos hipótesis en la que se presentan dos penalidades diferentes, inclusive es menor la penalidad para el familiar que realiza dicho ilícito. Que por el contrario se contemple una sola, en donde se tomen en cuenta solamente dos figuras jurídicas la tutela y la patria potestad, constituyendo éstas el elemento normativo del tipo y eliminando, los términos mala fe y móviles no afectivos ( elementos subjetivos del tipo ).

Las instituciones de tutela y patria potestad; instituciones de Derecho de familia que presuponen una buena fe por parte de las personas que la ejercen, además de que en nuestro Derecho positivo mexicano, el Estado tiene una intervención tal, cumpliendo una función de vigilancia de dichas instituciones.

Si consideramos que la patria potestad esta constituida por un conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de

sus descendientes menores de edad." y la tutela " es una institución que tiene por objeto la representación y la asistencia de los incapacitados mayores de edad y los menores de edad no sujetos a patria potestad ". Podemos afirmar que dichas instituciones son las idóneas para ser integradas al artículo 269 del Código penal para el Estado de México, por los motivos que ya se expusieron ; quedando dicho precepto en los siguientes términos:

" Se impondrán de cinco a cuarenta años de prisión a la persona que se apodere de un menor de doce años de edad, que no ejerza patria potestad ni tutela sobre éste. Se impondrán de tres meses a cuatro años de prisión si el menor es restituido espontáneamente a su familia o a la autoridad dentro de tres días y sin perjuicio. Se impondrán de seis meses a seis años de prisión si se causare perjuicio."

El contemplar una sola hipótesis es con la finalidad de unificar una sola calidad en el sujeto activo del delito la constituya en este caso cualquier persona familiar del menor o extraño a la familia, pero la cual no ejerza la patria potestad ni tutela; ya que dichas instituciones presuponen una buena fe y además, porque no es posible hablar de un apoderamiento del menor por quien las ejerce por la simple razón de que se encuentra éste bajo el amparo y protección de aquellas.

Asimismo, al encuadrar una sola hipótesis, el delito de robo de infante existe de igual manera una sola penalidad. " de cinco a cuarenta años de prisión." Y no como se contempla actualmente dos penalidades diferentes, teniendo una mayor consideración en cuanto

a la sanción del familiar que se apodere de un menor de doce años de edad, y no así para el que no lo es. Siendo que aquel debe estar en las mismas circunstancias que éste; ya que si bien es cierto que además de tutelar, el Derecho penal, la libertad individual del menor, se pretende la no desintegración de la familia; pero sin embargo no es acertada la penalidad que el legislador impone al familiar que comete el delito de robo de infante.

La reforma que se propone respecto del delito de robo de infante, tipificado en el Estado de México, tiene una similitud con el Código penal para el Distrito Federal, con la salvedad de que este último contempla dos hipótesis, las cuales consisten en la calidad del sujeto activo; en la primera se trata de un extraño a la familia del menor y que no ejerza la patria potestad ni la tutela; y en la segunda se trata de un familiar que actualice la conducta de apoderamiento del menor y que no ejerza la patria potestad ni la tutela. Tal similitud en cuanto a las instituciones de patria potestad y tutela pretende una unificación de criterios entre el Código penal vigente para el Distrito Federal y la propuesta de reforma al artículo 269 del Código penal para el Estado de México.

## CONCLUSIONES

Primera. El Derecho penal tarasco y maya no contemplaron figura delictiva alguna semejante con el actual delito de robo de infante que tipifica el Estado de México.

Segunda. El Derecho penal azteca, fue uno de los más completos de su tiempo, llegando a clasificar a los delitos de una manera similar a nuestro Derecho penal vigente.

Tercera. En el Derecho penal azteca encontramos un antecedente del delito de robo de infante, el cual consistía en la sustracción del menor para hacerlo esclavo; sin que se precisara la edad del menor, pero sí la sanción a la que era acreedor la persona que cometiera tal delito, consistente en la esclavitud y en algunos casos hasta la muerte. Este delito se contempló en los delitos contra la libertad y seguridad de las personas, de igual manera que el Código penal para el Estado de México.

Cuarta. El Fuero Juzgo como Ley de Castilla, tuvo gran auge no solamente en España, sino en la Nueva España, e incluso después de la independencia de ésta. En esta ley encontramos antecedentes respecto al delito de robo de infante en su ley 3, título

3, libro VII, contemplándolo como venta de un hijo o hija de hombre o de mujer libre, para llevarlo a otra tierra. No se especifica la edad del hijo o hija; pero lo que si es importante resaltar es, que se protegía la libertad de los hombres libres.

Quinta. Las leyes de las Indias fueron todas las leyes emanadas de la corona para el buen manejo de las colonias, y que por su extenso número hubo necesidad de reunir las en una colección, hacia el año de 1596. En esta recopilación no encontramos de manera específica antecedente respecto del delito de robo de infante, pero si de manera general, ya que en libro primero, título tercero, ley 8 se contempla los delitos contra la libertad de las personas.

Sexta. La ley de las Siete Partidas, fue una ley de carácter supletorio, en donde existe una equiparación del delito con el pecado, por tener una influencia religiosa. En esta ley encontramos antecedentes del robo de infante, en el cual se sancionaba con labrar las tierras del rey e inclusive con la muerte a aquellas personas que hurtaran a los hijos de hombres o siervos ajenos con la finalidad de hacerlos siervos o venderlos a tierras de enemigos; en esta ley además de tutelar la libertad del individuo se tutela su patrimonio ya que en esa época, los hijos y los siervos pertenecían al señor o padre de familia; es por ello, que se indica que el hurtador se apropie de hijos y siervos ajenos ya que

los propios los podía vender e inclusive matar.

Séptima. Después de la independencia, México continuó regido por la legislación española, hasta el año de 1831 cuando se elabora el primer proyecto de Código penal en el Estado de México, pero este Código y demás que siguieron en materia penal tuvieron una gran influencia española; fue hasta 1931 cuando se expidió el primer Código penal, que estuviera acorde con la idiosincracia del pueblo mexicano.

Octava. El Código penal del año de 1871 ya tipifica como robo de infante dentro de los delitos contra el estado civil de las personas; ya que este Código no tutela la libertad del infante, sino más bien los derechos de familia de éste o de las personas relacionadas con él. Cabe resaltar que la edad del menor es de siete años, utilizando el término de infante en su verdadera acepción.

Novena. El Código penal de 1929, contempla al igual que el de 1871, el delito de robo de infante dentro de los delitos en con tra del estado civil de las personas, aumentando la penalidad; así mismo se aumenta la edad del menor, siendo ésta de diez años.

Décima. El delito de robo de infante constituye un delito de acción ya que la conducta de apoderamiento del menor de doce años, consiste en el movimiento corporal del sujeto activo para

tener en su poder al sujeto pasivo.

Décimaprimerá. El delito de robo de infante constituye un delito acabado y perfecto, ya que con el apoderamiento del menor, se agota el delito satisfaciéndose el propósito del sujeto activo.

Décimasegunda. El delito de robo de infante constituye un delito permanente porque la conducta tiende a prolongarse ininterrumpidamente durante un lapso menor o mayor.

Décimatercera. El robo de infante es un delito doloso; ya que la conducta de apoderamiento por parte del sujeto activo implica una voluntad de querer, una voluntad de acción del sujeto activo hacia el sujeto pasivo.

Décimacuarta. La familia, institución que actualmente tiene un concepto de ayuda mutua de los cónyuges e hijos; procurando que estos últimos tengan un desenvolvimiento en la sociedad, manteniendo así la familia un equilibrio dentro de la misma, el cual se rompe cuando se comete el robo de infante a uno de los menores integrantes de la familia, ya que no solamente se atenta contra la libertad del menor sino con la estabilidad de la familia, así como daños psicológicos, tanto como para ésta como para el menor, que incluso pueden durarle para toda su existencia.

Décimaquinta. La institución de la patria potestad, al implicar facultades y deberes que tienen los padres o abuelos con respecto a la persona y bienes de los hijos y nietos; es idónea para ser incluida en el precepto referente al delito de robo de infante. De tal suerte que influiría en la calidad del sujeto activo.

Décimasexta. La institución de la tutela al tener por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad y los menores de edad no sujetos a patria potestad; estamos ante la presencia de una institución de buena fe, al igual que la patria potestad avalada por su carácter público que poseen ambas.

Decimaséptima Si el legislador contemplara una sola hipótesis en el delito de robo de infante que se tipifica en el Código penal del Estado de México; protegería de manera más eficaz la libertad individual del infante menor de doce años; ya que estaríamos frente a una sola calidad del sujeto activo ( persona que no ejerza la patria potestad ni tutela) y asimismo frente a una penalidad en lugar de dos, trando de igual manera al familiar del menor que cometa el ilícito, con el que no lo es; sin ser más consecuentes con el familiar como lo hace actualmente el Código penal al manifestar una sanción menor para éste.

## BIBLIOGRAFIA.

### DOCTRINA.

- 1.- Blom Frans; la Vida de los Mayas; edición de la SEP.; México, 1944.
- 2.- Bolaños Martínez. R.; Historia Patria. Segundo Curso; editorial Litoarte; México, 1974.
- 3.- Carrancá y Trujillo, Raúl; Derecho Penal Mexicano. Parte General; octava edición edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1967.
- 4.- Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General; vigésima tercera edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1986.
- 5.- De Ibarrola, Antonio; Derecho de Familia; tercera edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1984.
- 6.- De Pina, Rafael; Derecho Civil Mexicano. Elementos de Derecho Civil Mexicano. V.I.; décima sexta edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1989.
- 7.- Floresgómez Gonzalez Fernando y Gustavo Carbajal Moreno; Nociones de Derecho Positivo Mexicano; 20ª edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1981.
- 8.- Floris Margadant, Guillermo; El Derecho Privado Romano; décima tercera edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1985.
- 9.- Galindo Garfias, Ignacio; Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia.; sexta edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1983.
- 10.- Macedo, Miguel; Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano; editorial Cultura; México, 1931.
- 11.- Mendieta y Nuñez, Lucio; El derecho Precolonial; quinta edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1985.
- 12.- Montero Duhalt, Sara; Derecho de Familia; tercera edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1987.

- 13.- Moreno de P, Antonio; Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial de los delitos en particular; primera edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1944.
- 14.- Orozco y Berra; Historia Antigua y de la Conquista de México; segunda edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1978.
- 15.- Pavón Vasconcelos, Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano; sexta edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1984.
- 16.- Porte Petit Candaudap, Celestino; Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal; séptima edición; editorial Porrúa S.A.; México, 1982.
- 17.- Porte Petit, Celestino; Evolución Legislativa Penal en México; primera edición; editorial Jurídica Mexicana; México, 1965.
- 18.- Toscano Salvador; Derecho y Organización de los Aztecas; México, 1937.
- 19.- Vaillant, George; La Civilización Azteca; 4ª edición; editorial FCE; México, 1965.
- 20.- Villalobos, Ignacio; Derecho Penal Mexicano. Parte General; quinta edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1990.
- 21.- Zorita, Alonso; Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias del Mar Oceano; editorial Miguel angel Porrúa, S.A.; México, 1984.

#### L E G I S L A C I O N .

- 1.- Código civil del Estado de México; sexta edición; editorial - Porrúa, S.A.; México, 1988.
- 2.- Código Penal Concordado y Comentado. T.III.; Pacheco Joaquín, Francisco; tercera edición; España. 1867.
- 3.- Código penal para el Estado Libre y Soberano de México; editor Li. Ramón García Raya; México, 1902.
- 4.- Código penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal; editorial Cajica; México, 1964.

- 5.- Código penal Anotado; Carrancá y Trujillo Raúl. Carrancá y Rivas, Raúl; 4ª edición; editorial Porrúa, México, 1972.
- 6.- Código penal y de Procedimientos penales para el E.L. y S. de México; segunda edición; editorial Cajica; México, 1985.
- 7.- Código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal; 49ª edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1991.
- 8.- Código penal y de procedimientos penales para el E.L. y S. de México; segunda edición; editorial Cajica; México, 1992.
- 9.- Código de Procedimientos civiles del Estado de México; quinta edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1989.
- 10.- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México. Ley Orgánica municipal. Ley de Organizaciones Políticas y Procesos electorales del Estado de México; edición de la Comisión Estatal Electoral; México, 1990.
- 11.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 90ª edición; editorial Porrúa, S.A.; México, 1990.
- 12.- Leyes Penales. T I.; Instituto Nacional de Ciencias Penales; México, 1979.
- 13.- Nuestra Ley Penal. Código del Distrito Federal del 1º de abril de 1872. T.II. Sodi, Demetrio; edición de la Secretaría de Fomento; México, 1907.

#### H E M E R O G R A F I A .

- 1.- Periódico oficial del Gobierno Constitucional del Estado de México; Gaceta de Gobierno, Sección Tercera, Número 11, Toluca de Lerdo, México; Jueves 16 de enero de 1986.
- 2.- Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho; Derecho de los Aztecas; trad. Carlos Rovalo; Kolher J., Deberlin; México, 1924.

## O T R O S .

- 1.- Diccionario del Estado de México; Enciclopedia Regional; Fernández editores S.A.; México, 1979.
- 2.- Diccionario Larousse Ilustrado; décima sexta edición; ediciones Larousse, S.A.; México, 1992.
- 3.- Diccionario para Juristas; primera edición; ediciones Mayo ; México, 1981.
- 4.- Enciclopedia Gráfica. La civilización Maya; Ricardo Mimenza - Castillo, ediciones Cervantes; España, 1929.
- 5.- Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes (1980-1981). Actualización T.VII. Penal; segunda edición; ediciones Mayo; México, 1987.
- 6.- Luna Kan, Francisco; Enciclopedia Yucateca, época Maya T.II; segunda edición; edición oficial del Gobierno de Yucatán; México, 1977.
- 7.- México a través de los siglos. T. II. Riva Palacio, Vicente ; vigésima tercera edición; editorial Cumbre, S.A.; México, 1985.
- 8.- Moderna Enciclopedia Universal. T. 5 y 6; ediciones Nauta S.A.; edición especial para la Corporación Editorial Iberoamericana; España , 1981.
- 9.- Nueva Enciclopedia Temática. T. 12; 32ª edición; editorial Cumbre, S.A.; México, 1985.