

260  
2Ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ARAGON

"EL ROBO DE INFANTE COMO MODALIDAD  
DE LA PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD  
Y SU INCORRECTA DENOMINACION"

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :

MARIA DEL CARMEN MIRAVETE CAPELETE



SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEX.

1993

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



## **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.

## I N D I C E

pág.

### Introducción

#### CAPITULO I GENERALIDADES

1.1 Antecedentes histórico-legislativos del delito de robo de infante . . . . .	1
1.2 Código de 1871 . . . . .	11
1.3 Código de 1929 . . . . .	15
1.4 Código de 1931 . . . . .	20

#### CAPITULO II ANALISIS DE DIVERSOS CONCEPTOS JURIDICOS

2.1 Privación ilegal de la libertad y sus conceptos afines: Plagio y Secuestro . . . . .	27
2.2 Patria Potestad . . . . .	41
2.3 Tutela . . . . .	48

#### CAPITULO III ANALISIS DE LA FRACCION VI DEL ARTICULO 366

##### DENTRO DE LA TEORIA DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO

3.1 Conducta y Ausencia . . . . .	60
3.2 Tipicidad y Atipicidad . . . . .	65
3.3 Antijuricidad y Causas de Justificación . . . . .	71
3.4 Imputabilidad e Inimputabilidad . . . . .	77
3.5 Culpabilidad e Inculpabilidad . . . . .	80
3.6 Punibilidad y Ausencia . . . . .	88

CAPITULO IV LA INCORRECTA DENOMINACION DE LA FRACCION VI  
DEL ARTICULO 366 DEL CODIGO PENAL

4.1 Concepto del delito de Robo . . . . .	94
4.2 Elementos del delito . . . . .	96
4.3 Diferencia entre Privación Ilegal de la Libertad en su modalidad de Robo de Infante y el delito de Robo .	100
Conclusiones . . . . .	114
Bibliografía . . . . .	118

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

Atendiendo la idea de que el Estado moderno tiene como propósito el crear un orden jurídico capaz de garantizar el equilibrio y respeto sociales que hagan factible la convivencia basada en uno de los valores más preciados por el hombre como es la Justicia, se debe buscar en el extenso campo del Derecho Penal, avances que se adecúen a los momentos de evolución que exige la sociedad, y que deben comprender aspectos como el tratamiento de los delitos, penas y medidas de seguridad, así como readaptación del delincuente.

El objetivo, debe ser proteger los bienes jurídicos que son esenciales para el hombre en tanto que afirman su propia naturaleza. Ejemplo indiscutible son la libertad y seguridad individuales, las que por sí mismas no presuponen alguna capacidad especial, ni están sujetas al arbitrio de ningún particular; sólo el Estado como tutor originario del bien común puede interferir en la libertad de una persona.

De esta forma el Código Penal vigente para el Distrito Federal, cuenta con un título denominado " Privación Ilegal de la Libertad y de Otras Garantías ", en cuyo Capítulo Unico se prevén y sancionan los ilícitos que perturban este bien jurídico, como el Plagio o Secuestro, tipificado por el artículo 366 del Código referido; tal delito se desglosa en modalidades, entre las que encontramos el mal llamado " Robo de Infante ".

Precisamente, nuestro trabajo recepcional tiene como fin principal, el de plantear las razones jurídicas por las que el término " robo de infante " es incorrecto, siendo tipificado de esta manera en la mayoría de las legislaciones penales vigentes en la República Mexicana, y particularmente en el Código Penal para el Distrito Federal.

Así, comenzaremos refiriéndonos a los antecedentes histórico-legislativos que de este ilícito observamos, en pueblos tan antiguos como Babilonia, los Hebreos y la misma Roma, en donde ya era motivo de regulación aunque con una concepción del bien jurídico protegido totalmente diferente a la actual, ya que en esos pueblos lo que en realidad se protegía no era la libertad física e individual, sino el derecho de propiedad que en ese entonces podía ejercerse sobre las personas.

Dada la trascendencia que el pueblo romano ha tenido siempre en nuestro derecho, profundizaremos un poco en su estudio distinguiendo entre el Furtum y el Plagium como predecesores de la figura jurídica en análisis. Asimismo, hablaremos someramente de la regulación que por su parte le otorgó España, así como de los antecedentes legislativos nacionales que al respecto encontramos. Nos daremos cuenta que por lo que hace a los Códigos Penales Mexicanos de 1871 y 1929, la denominación utilizada difería, pues mientras que el primero se refería al Plagio, el segundo hacía mención del Secuestro, siendo este último Código, el que utiliza por primera vez el término " robador de infante ", en su artículo 822.

En cuanto a los vocablos de plagio y secuestro, manejados en el Código punitivo actual como alternativos, creemos que tal dualidad resulta tautológica, ya que debería ser aplicado uno solo de ellos, en virtud de ser conceptos afines, y que son sinónimos. En base a esta idea, concebimos nuestro segundo capítulo dedicado a precisar el alcance de estos conceptos y de otros de igual importancia como son Patria Potestad y Tutela, necesarios para la mejor comprensión de nuestro tema.

Una vez concretizados dichos conceptos, estaremos en condiciones de emprender nuestro tercer capítulo: El análisis específico de la fracción VI del artículo 366 dentro de la teoría de los elementos del tipo; es decir, comprendiendo los aspectos de conducta y ausencia, tipicidad y atipicidad, antijuricidad y causas de justificación, imputabilidad e inimputabilidad, culpabilidad e inculpabilidad, punibilidad y su ausencia.

Finalmente, llevaremos a cabo nuestro último capítulo: Un estudio comparativo del delito de robo, sus elementos constitutivos y sus diferencias con la figura jurídica en estudio; Analizaremos también otras terminologías más adecuadas para designar el ilícito.

Todo lo anterior nos dará la pauta para justificar nuestra posición en el presente trabajo, consistente en considerar errónea la expresión " Robo de Infante ", debiendo ser sustituida de manera urgente por otra más adecuada, como sustracción, retención o secuestro. Esto en virtud de que si tomamos en cuenta que el Derecho en general y sobre todo el Penal, para ser

debidamente aplicado, debe ser claro, coherente y ante todo preciso, creemos que se deben realizar todas las reformas que sean necesarias para tal fin, y estar así acorde con el espíritu de legalidad que debe imperar en el Derecho.

Esperando la benevolencia del H. Jurado, presento así el trabajo recepcional que de ser aprobado, dará comienzo al compromiso adquirido con la Institución que me brindara la oportunidad de estudiar una carrera profesional, compromiso que se verá cumplido al colaborar positivamente como profesionista con miras a una sociedad mejor.

**I. GENERALIDADES**  
**1.1 ANTECEDENTES HISTORICO-LEGISLATIVOS DEL DELITO DE**  
**ROBO DE INFANTE**

"La idea del delito nace unida a la del Estado, y aparece influida por las concepciones de ésta imperantes hasta el extremo que bien puede afirmarse que la historia del concepto de delito, marcha al unísono a la del concepto de Estado, y que ambos se nutren de las mismas esencias en sus rutas históricas". (1)

"La evolución histórica del Derecho principia por establecer que primitivamente, cuando la sociedad había evolucionado desde el Estado patriarcal hasta el clan y la tribu, no había aparecido el Derecho escrito, siendo las normas que rigen a la sociedad aquéllas dictadas por la costumbre, observadas durante largo tiempo, y a las cuales se atribuía generalmente un origen divino. Por lo que ve a las instituciones públicas, las características notables, son la obediencia ciega a la autoridad del jefe, con el objeto de tener sujeta a la multitud; del mismo modo como la tendencia principal era el beneficio para la colectividad y la supervivencia del grupo". (2)

Las relaciones entre particulares, o Derecho Interno, se encontraban entonces mezcladas y confusas, las prácticas de moral, religión, relaciones de índole civil y penal guardaban ese estado de mezcla y confusión.

- 
- (1) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. Editorial Porrúa. México. 1985. 5a. Edición. pág. 81.  
(2) Rosas Benítez, Alberto. Introducción a la Historia del Derecho. Editorial Esfinge. México. 1988. 4a. Edición. pág. 26.

En términos generales, Eugenio Cuello Calón considera que la evolución del Derecho Penal ha confrotado los siguientes períodos: venganza privada, venganza pública, período humanitario y científico.

Estos períodos de evolución del Derecho Penal, fueron superados por cada uno de los pueblos según sus propias características sociales, económicas, religiosas y filosóficas. De tal manera que el derecho de cada pueblo surgía con sus propias peculiaridades, y los delitos eran castigados según el grado de daño que la propia comunidad decidía. Así, es importante dejar nombrados aunque con referencias superficiales, en el presente estudio, a los que por su desarrollo y aportes significan firmes bases en el mundo del Derecho.

Babilonia.- De las manifestaciones jurídicas de Mesopotamia, fué sin duda Babilonia el foco más importante. "La observancia de la Ley del Tali6n en materia criminal fué marcada en Babilonia imponiéndose en la generalidad de los casos una pena equivalente al delito cometido, por la reparaci6n al nivel del daño causado.

Cabe sin embargo la distinción que se observó para aplicar el sistema tali6nico, pues solamente usaban de éste, los llamados Patricios, grupo al que pertenecían las clases de privilegio en la sociedad, quedando destinado el uso de la composici6n a los plebeyos.

La persecuci6n de una gran cantidad de delitos correspondía a los particulares ofendidos quienes impondrían asimismo las san-

ciones correspondientes, pero algunos ilícitos fueron sancionados por el Estado, como las infracciones cometidas por funcionarios públicos. Las formas delictivas más usadas: Perjurio, incesto, -- traición, homicidio, lesiones, robo, robo de infante, fraude, --- aborto. Todos ellos tuvieron una pena acorde con el daño. Fué --- sancionado con la muerte quien cometiera el robo de infante.

El valerse de engaño para obtener lucro, que hoy constituye fraude, en Babilonia fué equiparado al robo, pues quien hiciera venta de bienes de un menor o comprara plata y oro, sirviente u - animal doméstico, realizando las operaciones sin testigos y documentos se le consideraba ladrón, imponiéndosele pena de muerte".

(3)

Hebreos.- No se hace referencia propiamente al delito de Robo de infante, sin embargo se menciona: "El robo de un hombre, -- (esclavo posiblemente) seguido de una venta con el conocimiento - de que estaba cometiendo delito, fué sancionado con la pena de -- muerte". (4)

Roma.- La privación ilegal de la libertad que en nuestro Derecho se encuentra contemplada en el artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal, tiene su antecedente en el antiguo Derecho Romano, el cual en su parte denominada: "Principales Delitos Privados", se refiere al "Furtum", es decir, al hurto el cual se definía como "El manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario, con intenciones de sacar beneficio de

(3) Rogas Benítez. Ob. Cit. pág. 36.

(4) Ibidem. pág. 45.

la cosa misma, de su uso o de su posesión". (5)

De esta forma observamos que únicamente pueden ser objeto de hurto los bienes corporales susceptibles de propiedad privada. -- Por lo tanto se afirma que no podía existir el hurto para:

- a) Los inmuebles.
- b) Las cosas Divini Juris o Cosas Públicas, ya que su protección estaba asegurada por otros medios, y leyes especiales hacían de su violación un delito público.
- c) Cosas incorporales que por su naturaleza misma no pueden ser susceptibles de hurto.

El "Furtum" romano no corresponde exactamente a nuestro delito de robo ya que en nuestro Derecho el robo consiste en "El apoderamiento de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley".

Por otra parte, el "Furtum" comprendía no solamente al hurto propiamente dicho, sino al abuso de confianza y la ocultación, ya que en el Derecho Justiniano se distinguían tres clases de hurto:

Furtum rei: Que cometía el que se apoderaba ilegalmente de la cosa del otro.

---

(5) Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional. México. 1980. Traducida de la 9a. Edición Francesa pág. 456.

**Furtum usus:** Incurría en él, el depositario que usaba la cosa depositada, y el comodatario que utilizaba la cosa en forma distinta a la convenida.

**Furtum possessionis:** Que sería el caso del deudor propietario de la cosa pignorada en posesión del acreedor, si éste era -- desposeído por aquél de la misma.

Dentro de la amplia noción del Furtum, encontramos la retención de la servidumbre para lucrar con su cuerpo, así como el apoderamiento de un esclavo ajeno con fines lucrativos sin tener derecho sobre la vida del mismo; consideramos que el Furtum posee un elemento común siendo éste un ataque lucrativo contra la propiedad; tomando en consideración que en Roma un ser humano podía ser libre o esclavo, y la esclavitud era la institución jurídica en la cual un ser humano era despojado de su personalidad y considerado como una cosa y como tal, pertenecía en plena propiedad a otro ser humano, con la misma condición que una cosa inanimada cualquiera.

En la Ley de las XII Tablas o Ley Desenviral, que representa la primera ley realmente importante para el pueblo romano, expedida durante la época republicana, se consagraron algunos principios muy importantes que significaban una especie de seguridad jurídica para el pueblo romano. Así, en la tabla IX, se consagró una garantía muy importante, ya que versaba en el sentido de que los comicios por centurias eran los únicos que tenían la facultad de dictar decisiones que implicaban la pérdida de la libertad del ciudadano.

A finales de la República surge el "Plagium", al que únicamente se define como la retención ilegal de un ciudadano, y surge precisamente en la Lex Fabia, promulgada a fin de prevenir los abusos más nefastos que a diario se cometían. Esta ley establecía que comete el Plagium, "el que sabiendo y con dolo malo, vende o dona a un ciudadano romano independiente, contra su voluntad, o los que persuaden a un esclavo a huír, o bien, lo apresan, ocultan, venden o donan contra la voluntad y en perjuicio de sus dueños, mermando de tal manera a éstos en su patrimonio".(6)

En la citada ley, el Plagio era considerado como un crimen muy grave, y sus autores y cómplices eran juzgados en juicio público y castigados frecuentemente con multa pecuniaria, trabajos forzosos, e incluso la muerte.

Nos restaría decir algo acerca de la diferenciación que existió entre el plagio y el hurto. El delito de hurto fué perseguido por una acción civil, en tanto que el responsable del delito de plagio, fué procesado en juicio público, el jurisperito Calistrato consideraba que el que se apropiaba de una cosa ajena, cometía el delito de hurto, mientras que el Emperador Adriano opinaba que la retención de un esclavo ajeno no excluía la posibilidad de un hurto, y al mismo tiempo también de un plagio, ya que la distinción del delito, las más de las veces, dependía del fin con que se cometía éste.

---

(6) Citado por Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXII. Editorial Bibliográfica Argentina.S.R.L. Buenos Aires. 1964. pág. 342.

En el Derecho Romano, encontramos la diferenciación entre el Plagio y lo que se conoció como Secuestrum, que era el depósito en manos de un tercero, de una cosa sobre la que contienda entre dos o varias personas con cargo de conservarla y devolverla a la parte que gana la causa, teniendo como elementos esenciales:

- 1) Puede tener por objeto inmuebles, lo mismo que muebles y personas.
- 2) Que el secuestrador o sequester, tiene la verdadera posesión de la cosa depositada.

En el Antiguo Derecho Romano la sanción de este delito fué una protección más al derecho de propiedad que al ciudadano romano, ya que es de sobra conocido que el derecho de propiedad comprendía aún a las personas, quienes eran susceptibles de enajenación.

España.- Con la influencia de los derechos romano y germánico, España nos legó su Derecho Penal, que estuvo vigente en México durante la colonia y sirvió de prototipo para las legislaciones posteriores a la Independencia.

Fuero Juzgo.- "Cuando los godos, en los primeros tiempos se establecieron en España, los usos y costumbres traídos de la Germania, así como las leyes que sus antecesores habían promulgado de viva voz, fueron recopilados y escritos por orden de Eurico llamándoles Leyes Teodorocianas. Posteriormente Alarico reunió a los jurisconsultos más célebres y bajo la dirección de Goyarico, se elaboró un nuevo código sacado de las leyes de los códigos Gregoriano, Hermogeniano, y Teodosiano, Sentencias de Paulo, Instituciones de Gayo y Novelas de los Emperadores; concluido el Có-

digo, fué publicado el año 506 y fué comúnmente conocido como Breviario de Anniano". (7)

"Chidasunto fundió las legislaciones romana y goda y formó un Código Nacional publicado en el Concilio VII de Toledo. Este Código Nacional fué corregido, aumentado, disminuído, reformado y confirmado en los Concilios VII, XII y XVI de Toledo, y se compuso en latín, denominándose Codex Legum, Liber Legum, Liber Gotorum, Liber Judicum". (8)

Tiempo después, por orden del Santo Rey Don Fernando, que había conquistado Córdoba, le dió a esta ciudad el Código Latino-Visigodo y desde entonces se conoce con la denominación de Fuero Juzgo. Consta de un exordio, con dieciocho leyes sobre la elección de los príncipes, sus derechos y obligaciones y doce libros divididos en cincuenta y cuatro títulos con quinientas cincuenta y nueve leyes.

"En el fuero juzgo se penó el hecho de sustraer a los hijos de los hombres libres de la casa de sus padres; el culpable quedaba como siervo del hijo robado o pagaba una pena pecuniaria" (9)

Este Código no solo prevé la venta del hombre libre, sino también el hecho de sacarlo de su casa por engaño y llevarlo a tierra extraña, diferenciándose la penalidad si se logra la recu-

(7) Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo I. Editorial Cárdenas. México. 1979. 1a. Edición, pág. 462.

(8) Idem.

(9) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo II. Editorial Bosh. S.A. Barcelona. 1975. 14a. Edición. pág. 750.

peración del vendido o sustraído, la que es severa como todas las de esa época pudiendo los familiares más cercanos del menor, hacer siervo al delincuente, aplicarle el talión o la compensación.

Las Partidas.- Es una célebre colección de leyes que constan de siete partes hechas en tiempo del Rey Alfonso el Sabio, pero no llegó a tener autoridad legal sino hasta 1348, en el reinado de Alfonso XI, por disposición expresa de la Ley I del título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá.

"El hecho de sustraer a los hijos de los hombres libres de casa de sus padres..., inculpa conjuntamente con el robo de siervos, lo pena las partidas con trabajo perpetuo en las Minas del Rey (Partida VII, Título XIV, Ley 22)". (10)

Este ordenamiento sanciona la venta y aprovechamiento como siervos, de menores y hombres libres, imponiendo diferente penalidad al ladrón, en consideración a la clase social a la que perteneciera.

Código Español de 1822.- El Código Español de 1822, concretizó el delito de secuestro como un delito específico contra la libertad ambulatoria, ya que en su artículo 245 asentaba que:

"El que de propia autoridad, y sin ejercer la pública, arrestare o prendiere a alguna persona, no para presentarla ante el juez competente o para ponerla a disposición de éste en cárcel u otro sitio público, sino para oprimirla, mortificarla o dete-

---

(10) Idem

nerla en custodia privada". (11)

En el Código de 1822 se preveía el rapto de niños no llegados aún a la pubertad, y el robo de menores de edad bajo patria potestad o tutela. De esta forma, el artículo 664 establecía:

"El que cometa este delito, (refiriéndose al rapto) sufrirá la pena de cinco a nueve años de obras públicas sin perjuicio de otra mayor que merezca si usare el engaño referido y causare heridas y otro maltratamiento de obra en la violencia. Entiéndese incurrir en la pena de este artículo, como raptar con violencia, el que roba niño o niña que no hubiese llegado a la edad de la pubertad, aunque su ánimo no sea el de abusar de ellos o causarles algún daño". (12)

En este precepto aparece plasmada la palabra robo, trascendiendo en el mismo sentido a la fracción VI del artículo 366 de nuestro Código Penal en vigor.

Cuando el menor sujeto a patria potestad, tutela, o bajo el cuidado de otra persona, consentía en el robo, la pena se atenuaba, siendo ésta de dos a seis años, o el destierro del pueblo que habitaba el menor robado y veinte leguas en contorno.

"Código Español de 1848.- El Código de 1848 (art. 408), definió ya este delito como la sustracción de un menor de siete años, pasando esta figura de delito al Código de 1870, (art. 498) y de éste, a los de 1932, 1949 y al vigente". (13)

(11) Pacheco J. Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Madrid. 1988. 7a. Edición.

(12) Idem.

(13) Cuello Calón. Ob. Cit. pág. 751.

Este ordenamiento en su capítulo denominado "Sustracción de Menores", sanciona con pena de cadena temporal al que sustrae a un menor de siete años. En la misma pena incurre la persona encargada de cuidar a un menor que no lo presenta a sus padres o guardadores, ni diera una explicación satisfactoria de su desaparición. Igualmente es castigado aunque no en forma severa, quien induce a un mayor de siete años, a que abandone la casa de sus padres, tutores o encargados de su guarda.

#### 1.2 CODIGO DE 1871

En la legislación mexicana, encontramos el antecedente histórico que más se asemeja con nuestra codificación actual, en el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación de 1871, llamado también "Código de Martínez de Castro", por ser el nombre del presidente de la comisión redactora; este código consta de cuatro libros, el tema que nos ocupa se encuentra en el Título II del Libro Tercero: "De los delitos en particular", y exactamente en el capítulo XIII, subtítulo "Plagio", encontramos los siguientes numerales:

Artículo 626: El delito de plagio se comete: apoderándose de otro por medio de violencia, de amenazas, de la seducción o del engaño:

I. Para venderlo; ponerlo contra su voluntad al servicio público o de un particular en un país extranjero; engancharlo en el ejército de otra nación; o disponer de él a su arbitrio de cualquier otro modo;

II. Para obligarlo a pagar rescate; a entregar alguna cosa mueble; a extender, entregar o firmar un documento que importe obligación o liberación, o que contenga alguna disposición que pueda causarle daño o perjuicio en sus intereses, o en los de un tercero; o para obligar a otro a que ejecute alguno de los actos mencionados.

Artículo 627: El plagio se castigará como tal, aunque el plagiario obre de consentimiento del ofendido, si éste no ha cumplido diez y seis años. Cuando pase de esta edad y no llegue a los veintiuno, se impondrá al plagiario la mitad de la pena que se le aplicaría si obrara contra la voluntad del ofendido.

Artículo 628: El plagio ejecutado en camino público, se castigará con las penas siguientes:

I. Con cuatro años de prisión, cuando antes de ser perseguido el plagiario, y de todo procedimiento judicial en averiguación del delito, ponga espontáneamente en absoluta libertad al plagiado, sin haberlo obligado a ejecutar ninguno de los actos que expresa el artículo 626, ni haberle dado tormento o maltratado gravemente de obra, ni causándole daño en su persona:

II. Con ocho años de prisión, cuando la soltura se verifique con los requisitos indicados en la fracción anterior, pero después de haber comenzado la persecución del delincuente o la averiguación judicial del delito:

III. Con doce años de prisión, si la soltura se verificare con los requisitos de la fracción I, pero después de la

aprehensión del delincuente:

IV. Con la pena capital, en los casos no comprendidos en las fracciones anteriores.

Artículo 629: El plagio que no se ejecute en camino público, se castigará con las penas siguientes:

I. Con tres años de prisión en el caso de la fracción I del artículo anterior:

II. Con cinco en el de la fracción II;

III. Con ocho en el de la fracción III;

IV. Con doce cuando después de la aprehensión del plagiario y antes de que pronuncie contra él sentencia definitiva, ponga en libertad al plagiado, si no le hubiere dado tormento o maltratado de otro modo; pero cuando falte alguno de estos requisitos o la persona plagiada sea mujer o menor de diez años, o fallezca antes de recobrar su libertad, se tendrán estas circunstancias como agravantes de cuarta clase.

Como se puede observar, en ninguno de estos artículos se habla de privación ilegal de la libertad, y que acertadamente no utiliza la palabra secuestro, lo cual ha provocado confusión en la interpretación de nuestro Código Penal vigente. Se habla únicamente de Plagio como un apoderamiento; en la Exposición de Motivos del código de referencia -escrito por el Licenciado Martínez de Castro- se dice que este delito, por su enorme gravedad y por la frecuencia con que se cometía, tenía

aterrorizada a la población, y debía castigarse sin duda muy severamente. Sin embargo y por estar declarado que los plagiarios se hallaban comprendidos entre los salteadores de caminos públicos, se les podía imponer en todo caso la pena de muerte; no obstante, la Comisión creyó pertinente que no se les debía aplicar esta pena sino la de prisión cuando el plagiario, antes de ser aprehendido, ponga en libertad al plagiado sin haberlo maltratado gravemente de obra, ni obligándole a cumplir el objeto con que lo plagió.

Así se presentaría a los plagiarios un estímulo para que pusieran en libertad a sus víctimas tan luego como se supiera que se les perseguía, y para que lo trataran con más humanidad. De otro modo harían lo contrario, sabiendo que en todo caso, se les había de imponer la última pena.

Esta es la que en concepto de la Comisión debía aplicarse cuando la persona plagiada sea niño menor de diez años o mujer ya que esta circunstancia aumentaría mucho la gravedad del delito. Esto es en resumen lo que la Comisión planteó para legislar sobre el plagio en este ordenamiento.

Podemos observar específicamente en el artículo 629, la calificativa máxima con que se castigaba tal delito, ya que la fracción IV nos señala como existe un aumento en la penalidad cuando el plagiado sea menor de diez años.

Observamos que también en el artículo 626, se contemplan las circunstancias de "seducción" y "engaño", como medios para cometer el ilícito penal.

### 1.3 CODIGO DE 1929

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales promulgado el día 30 de Septiembre de 1929, y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de Diciembre de 1929, fué también conocido como Código de Almaraz.

Este Código consta de Tres Libros, estableciéndose en el Libro Tercero, Título Decimonoveno, "De los Atentados Cometidos Contra la Libertad Individual", en el Capítulo I, titulado: "De la Privación Ilegal de la Libertad o de su ejercicio", que comprende del artículo 1,093 al 1,104:

Artículo 1,093: Al particular que sin orden de autoridad competente y fuera de los casos permitidos por la ley arreste o detenga a otro en una cárcel privada, o en otro lugar, se le aplicará:

I. Arresto hasta de seis meses y multa de diez a veinte días de utilidad, cuando el arresto o la detención no exceda de diez días;

II. Arresto de seis meses en adelante y multa de quince a treinta días de utilidad, cuando el arresto o la detención duren más de diez días, pero no excedan de treinta;

III. Cuando el arresto o la detención excedan de treinta días, se impondrá una multa de treinta a cuarenta días de utilidad y un año de segregación, aumentando con un mes por cada día de exceso.

Este artículo es el antecedente inmediato del delito que hoy conocemos como "Privación Ilegal de la Libertad", plasmado en el artículo 364 del Código Penal en vigor, y que tiene elementos comunes con el anterior precepto.

En el Capítulo II del mismo título y libro, encontramos el Secuestro, ya considerado como un delito cometido contra la libertad individual.

Artículo 1,105: El delito de secuestro se comete: apoderándose de otro por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño:

I. Para venderlo, ponerlo contra su voluntad al servicio público o de un particular, o disponer de él a su arbitrio de cualquier modo;

II. Para obligarlo a pagar rescate; a entregar alguna cosa mueble; a extender, entregar o firmar un documento que importe obligación o liberación, o que contenga alguna disposición que pueda causarle daño o perjuicio en sus intereses, o en los de un tercero; o para obligar a otro a que ejecute o deje de ejecutar alguno de los actos mencionados.

Artículo 1,106: El secuestro se sancionará como tal, aunque el secuestrador obre con el consentimiento del ofendido, si éste no hubiere cumplido veintiún años. Cuando pase de esta edad, se le impondrá al secuestrador la mitad de la sanción que se le aplicaría si obrara contra la voluntad del ofendido.

Artículo 1,107: El secuestro cometido en camino público se sancionará de la manera siguiente:

I. Con cinco años de segregación, cuando antes de ser perseguido el secuestrador, y de todo procedimiento judicial en averiguación del delito, ponga espontáneamente en absoluta libertad al secuestrado, sin haberle obligado a ejecutar ninguno de los actos u omisiones que expresa el artículo 1,105, ni haberle dado tormento o maltrato de obra, ni causándole daño alguno en su persona;

II. Con diez años de segregación, cuando la libertad se verifique con los requisitos indicados en la fracción anterior, pero después de haber comenzado la persecución del delincuente o la averiguación del delito;

III. Con quince años de relegación, si la libertad se verificare con los requisitos de la fracción I, pero después de la aprehensión del delincuente;

IV. Con veinte años de relegación en los casos no comprendidos en las fracciones anteriores.

Como se puede observar, los artículos transcritos son una copia fiel del capítulo XIII del Título II del Código de 1871, titulado "Plagio", y la única diferencia radica en la sustitución de la palabra "plagio", por la de "secuestro"; comparando ambos capítulos, encontramos las siguientes diferencias:

En el artículo 1,105 del Código de 1929, que sustituye al artículo 626 del Código de 1871, se habla ya de una violencia

física o moral para dejar sin efecto lo que establecía el primer ordenamiento: "...violencia, de amagos, de amenazas".

Por otro lado, el artículo 627 del primer ordenamiento establecía: "El plagio se castigará como tal, aunque el plagiarío..."; en tanto que el artículo 1,106 del Código de Almaraz plasmó: "El secuestro se sancionará como tal, aunque el secuestrador..."

Como podemos ver, el legislador únicamente sustituye la palabra plagio por la de secuestro, eliminando totalmente el primer término; además aparece una reforma muy importante, ya que en el Código de 1929, y hablando específicamente de los artículos citados, ya no se habla de castigo, sino de sanción.

De esta forma podemos concluir que el primer ordenamiento del México Independiente, definió a la privación ilegal de la libertad como un plagio, sin utilizar otro término análogo, en tanto que en el Código de Almaraz, el legislador utilizó el término secuestro, sin usar indistintamente las dos palabras, lo cual es acertado, dado que los vocablos mencionados significan lo mismo.

Observamos también que el Título Décimo Cuarto del Código de 1929, titulado: "De los delitos contra la familia", contiene en su capítulo I: "De los delitos contra el estado civil de las personas", los siguientes preceptos:

Artículo 882: Se impondrá de tres a ocho años de segregación al robador de infante menor de diez años, aunque éste le siga

voluntariamente, pero si considerando el delito como secuestro mereciera mayor sanción, se impondrá ésta.

En todo caso pasando de diez años la edad del ofendido, se sancionará el delito como secuestro.

En este precedente encontramos el término "robador de infante", cometiendo el error de tipificarlo como tal y mencionando como un agravante de la pena "el secuestro", sin dar una definición de éste, provocando la confusión que ha trascendido al código actual, aunque por otra parte excluye como medio para cometer el ilícito, la seducción y el engaño, y que el Código Penal de 1871 utilizaba en su artículo 626 como medios comisivos del plagio.

Este título, se encuentra totalmente desligado al capítulo denominado "secuestro", ya que el bien jurídico protegido en el primero de ellos, es específicamente la familia, por lo tanto se puede decir que el secuestro tenía como sujeto pasivo a persona mayor de diez años.

Analizando el texto del artículo 882, nos encontramos ante una penalidad mínima (de tres a ocho años de segregación), si se toma en cuenta la gravedad del delito, además de que es bastante confuso al no mencionar los móviles o fines del "robador".

También encontramos que se consideraba infante al menor de diez años, en tanto que nuestro código estipula: "infante menor de doce años...", lo cual nos parece más acertado, ya que se considera al menor con una capacidad limitada, entendiéndose por

capacidad, la aptitud para ser sujeto de derechos y deberes, y hacerlos valer. Esto consiste en que el menor tiene una capacidad de goce pero no de ejercicio, y posee una valoración cultural porque el menor es considerado por la comunidad como imposibilitado para discernir en forma absoluta su conducta, debido a su inexperiencia, y por ello se protege su libertad individual, así como su patrimonio.

De esta forma, el artículo 882 del ordenamiento penal de 1929 constituye el antecedente directo de la fracción VI del artículo 366 del Código Penal en vigor, materia en nuestro estudio.

#### 1.4 CODIGO DE 1931

Es el Código Penal vigente que fué expedido el dos de enero de 1931 por el entonces presidente de México, Pascual Ortiz Rubio, y se caracteriza por ser un ordenamiento ecléctico, en cuya obra intervino preponderantemente el Licenciado Alfonso Teja Zabre.

Este código presenta importantes cambios respecto de los anteriores, uno de ellos es la aparición de mínimos y máximos para todas las sanciones, y el arbitrio judicial para fijarlas individualizadamente, encontrando la reducción a dos libros; el tema que nos ocupa se encuentra en el Libro Primero, Título Vigésimo Primero: "De la Privación Ilegal de la Libertad y de Otras Garantías".

El presente título vigésimo primero fué reformado según Decreto del 27 de julio de 1970, publicado en el Diario Oficial de la Federación; el artículo segundo del Decreto dice textualmente: "Se reforma el rubro del título vigésimo primero del Libro Segundo, se suprime el capítulo único del mismo título y se reforman los artículos 364 y 366 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal..."(14)

El texto derogado decía: "Privación ilegal de la libertad y otras garantías", la preposición "de" que le fué incluida al texto, lo aclaró, ya que no se trataba de otras garantías, sino de "otras garantías", lo cual indica posesión.

El artículo 364 establece la penalidad y los tipos de privación ilegal de la libertad de la siguiente forma:

Se aplicará la pena de un mes a tres años de prisión y multa hasta de mil pesos:

I. Al particular que fuera de los casos previstos por la ley detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días. Si la privación ilegal de la libertad excede de ocho días, la pena será de un mes más por cada día.

II. Al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos en la Constitución General de la República en favor de las personas.

---

(14) Citado por Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. México. 1989. 14a. Edición. pág. 830.

Los requisitos previstos por la ley en los cuales una persona puede ser privada de su libertad, se encuentran plasmados en los artículos 14, 16, 17, 18, 19 y 21 Constitucionales.

Analizando el artículo 364, entendemos que la cárcel es un establecimiento público creado por el Estado para el confinamiento, seguridad y custodia de quienes violen las leyes. Por ende, no pueden existir cárceles privadas, pues en su defecto no serían tales. Con la violación de este artículo, nos enfrentamos a un delito de daño, doloso, cuyo objeto jurídico es la libertad ambulatoria, consagrada en el artículo II Constitucional, que a la letra dice:

"Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país".

Además de que el sujeto activo de este delito siempre será un particular, y siempre que no tenga investidura de autoridad, pues en el caso de que así se cometiera el delito, estaríamos frente a un abuso de autoridad.

El sujeto activo puede ser cualquier persona sin importar sexo, edad o alguna otra característica, simplemente basta que sea privado de su libertad o le sean violados los derechos y garantías que son consagradas en la Constitución.

Artículo 365: Se impondrán de tres días a un año de prisión y multa de cinco a cien pesos:

I. Al que obligue a otro a prestarle trabajos o servicios personales sin la retribución debida, ya sea empleando violencia física o moral o valiéndose del engaño, de la intimidación o de cualquier otro medio;

II. Al que celebre con otro un contrato que prive a éste de la libertad o le imponga condiciones que lo constituyan en una especie de servidumbre o que se apodere de una persona y le entregue a otro con el objeto de que éste celebre dicho contrato.

En este artículo encontramos de igual forma, un delito de daño, doloso cuyo objeto jurídico es la libertad personal, libertad de trabajo, justa retribución, etc..., garantías tan importantes cuyo desconocimiento reduce al trabajador a servidumbre. Aquí los sujetos pasivos y activos pueden ser cualquier persona, sin importar su edad, sexo o cualidad específica; y los medios para cometerse serán:

- a) violencia física
- b) violencia moral
- c) engaño
- d) cualquier otro medio idóneo.

En el artículo 366 del Código Penal, encontramos nuestro tema de estudio, especificado concretamente en la fracción VI de dicho precepto:

Artículo 366: Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

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

II. Si se 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 con causarle un daño, sea a 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 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 le 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 su o sus secuestradores, la pena será hasta de cincuenta años de prisión.

El citado artículo prevee el delito de plagio o secuestro (conceptos que en esta materia significan lo mismo), y que consiste en términos generales en una privación de la libertad acompañada de medios peligrosos que aumentan la penalidad.

Claro ejemplo de lo anterior, lo encontramos en la última parte del artículo 22 Constitucional, que a la letra dice:

"...Queda también prohibida la pena de muerte por motivos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor de la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, plaguario..."

La Constitución autoriza la pena de muerte para el plagario pero el Código Penal no hace uso de esa autorización.

El núcleo del tipo penal lo conforma el apoderamiento que el sujeto activo realiza en contra del pasivo privándolo de su libertad. Se trata de un delito doloso, de daño, permanente, y la prescripción corre a partir de que cesa la privación de libertad del plagiado.

En primer lugar salta a la vista el notorio desacierto que encierra el llamar "robo de infante" al hecho de un secuestro o sustracción. Al respecto se afirma que: "La palabra robo no es conectable en el lenguaje jurídico de nuestros días a los seres humanos, sino sólo a las cosas y a los animales". (15)

---

(15) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Editorial Porrúa. México. 1982. 4a. Edición. pág. 136.

## II. ANALISIS DE DIVERSOS CONCEPTOS JURIDICOS

### 2.1 PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD Y SUS CONCEPTOS AFINES:

#### PLAGIO Y SECUESTRO

El delito de plagio o secuestro que tipifica el artículo 366 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, es un tipo especial y calificado en relación con el de arresto o detención ilegal. Esta naturaleza especial y calificada se manifiesta en la propia ley, en virtud de que el citado precepto establece que "Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro..."

Los conceptos de plagio y secuestro, se encuentran directamente referidos a la libertad individual y requieren una actuación sobre el cuerpo de la persona, de modo que dentro de las formas posibles de libertad, aparece en primer plano la libertad física, y en particular la libertad ambulatoria.

Esta categoría de delitos presenta características imprecisas que han dificultado su sistematización en el ámbito jurídico-penal, influyendo en ello de modo decisivo, circunstancias de naturaleza histórica y de carácter teórico.

"Históricamente puede decirse que su constitución autónoma y sistemática arranca de los tiempos modernos, con la evolución de los conceptos políticos y sociológicos alcanzada en el siglo XIX. De esta suerte, aún cuando algunos de los nombres de estos delitos tengan una rancia tradición, en realidad su presencia co-

mo formas específicas tuteladoras de la libertad es un hecho moderno, de notable influjo en la precisión y alcance de las infracciones mismas. En efecto, muchas de estas figuras eran tratadas tomando en cuenta puntos de vista muy distintos a los modernos, con criterios ondulantes nada raros en su época y, por ello, con ubicación caprichosa en la incipiente sistemática jurídico-penal". (16)

Por lo anterior, consideramos necesario concretar específicamente el significado de los vocablos plagio y secuestro, tal y como los definen los diccionarios Larousse y Porrúa.

Plagio. m. (del latín *plagium*). Acción de plagiar o imitar servilmente una obra.

Plagiar. Cometer plagio. Plagiar un libro (sinónimo de imitar) Amer. Apoderarse de uno para pedir rescate.

Plagiar. Copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias. En América apoderarse de una persona generalmente para obtener rescate por su libertad.

"Según Maurach el plagio es un hecho punible contra la condición humana". (17)

En el Derecho Romano se llamaba de esta forma al delito -castigado ad plagas- o sea, con el látigo, y consistente en hurtar hijos o esclavos ajenos, con el propósito bien de utili-

---

(16) Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1956. 8a. Reimpresión total. págs. 23 - 24.

(17) Citado por Enciclopedia Jurídica Omeba. pág. 342.

zarlos como propios, bien de venderlos a terceros.

Poco después de las sangrientas guerras civiles acaecidas en Roma, se repetían toda clase de abusos tan detestables que ni siquiera la paz logró enmendarlos. La mayoría de los ladrones de caminos llevaban públicamente armas con el propósito de la defensa propia, pero en realidad los tenían para apresar a los viajeros del camino, tanto libres como esclavos, a los cuales encerraban luego en los grandes ergástulos de los compradores de esclavos. La situación era insostenible, por ello como primer intento para aminorar esta situación, intervino la legislación republicana a través de la LEX FABIA, en la que Cicerón pronunció un discurso en el cual mencionó que esta ley era promulgada únicamente a fin de prevenir estos abusos, de esta forma la Ley Fabia (contenida en el Digesto de Justiniano), establecía que: "comete la oblicuidad, es decir, el delito de plagio, el que sabiendo y con dolo malo, vende o dona a un ciudadano romano independiente contra su voluntad, o los que persuaden a un esclavo a huir, o bien lo apresan, ocultan, venden o donan contra la voluntad y en perjuicio de sus dueños, mermando de tal manera a éstos en su patrimonio". (18).

En los países anglosajones se estima como plagio el hecho de secuestrar a una persona mayor o menor de edad -por lo general era lo segundo- con objeto de obtener rescate por su devolución y bajo amenaza de quitar la vida al secuestrado si no es pagada la cantidad exigida, aún cuando esto último puede no constituir un requisito esencial.

---

(18) Idem.

La forma más corriente y gravemente castigada en los Estados Unidos de Norteamérica, es la llamada "Kidnap", que significa hurto o robo de niño.

Por otra parte, la Academia Española de la Lengua, admite como un americanismo que plagiar es apoderarse de una persona para obtener rescate por su libertad.

Secuestrar. Depositar judicial o gubernativamente una cosa en poder de un tercero, hasta que se decida a quien pertenece. Embargar. Aprender los ladrones a una persona exigiendo dinero por su rescate.

Secuestro. Acción y efecto de secuestrar. Bienes secuestrados. Porción de hueso mortificada separada de la parte viva. Depósito judicial por embargo o aseguramiento de bienes.

Secuestrar. v.t. (latín sequestrare). Depositar una cosa en manos de un tercero hasta decidir de quien es. Secuestrar una finca. Aprender a una persona para exigir dinero por su rescate. (sinón. V. Encerrar). Embargar una cosa en virtud de mandato judicial.

Secuestro. Apoderamiento y retención de una persona con fines delictivos. Bienes secuestrados.

"Para la Academia, el verbo secuestrar quiere decir, en la acepción jurídica que nos interesa, aprehender indebidamente a una persona para exigir su rescate o para otros fines, en la legislación penal se suele definir este delito con alcance más limitado que en la definición lingüística, ya que se configura

por el hecho de que el secuestro se realice con el propósito logrado o no de obtener rescate; y de ahí que se haya incluido entre los delitos contra la libertad". (19).

"Desde el punto de vista jurídico penal, por secuestro se entiende el apoderamiento y retención que se hace de una persona con el fin de pedir rescate en dinero o en especie y se le utiliza como sinónimo de plagio". (20).

El secuestro es una figura delictiva cuyo contenido ha variado de acuerdo con la evolución de las sociedades. En la época romana esta entidad jurídica se configuraba en dos formas: una -- como el apoderamiento de un hombre libre para venderlo como esclavo; y otra, como la retención o aprehensión de un esclavo, con grandes perjuicios para su dueño. Las legislaciones recientes, sobre todo de origen anglosajón, sancionan el secuestro o plagio de un adulto o menor de edad, bien porque la finalidad consista en obtener rescate, o porque tenga por objeto una extorsión.

Existe además la amenaza latente de privarlo de su vida si no se satisfacen las pretensiones aludidas, aunque esta condición no es siempre un requisito esencial para la integración del secuestro.

Manuel Osorio, por su parte manifiesta que: "Si el secuestro, es decir, la aprehensión ilícita de una persona tuviera otro

---

(19) Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Libro de Edición Argentina. 1978. pág. 692.

(20) Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VIII. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 1985. 1a. Reimpresión. pág. 286.

objeto que no fuera el de obtener rescate, constituiría un delito de privación de la libertad individual, o bien un delito de rapto de ahí que el delito de secuestro se haya incluido entre los delitos contra la propiedad y dentro de ellos, entre los de extorsión". (21)

No obstante lo anterior, y que por mucho tiempo se mantuvo dentro de la clasificación de los delitos contra el patrimonio, advirtiéndose éste como el bien jurídico tutelado, nuestra legislación penal lo recoge como un tipo especial y calificado en contraste con el de arresto o detención ilegal, pasando a formar parte de los delitos que tutelan la libertad física personal.

Por lo que hace al delito de secuestro, una gran parte de autores hacen referencia a éste, empleando el término de plagio como sinónimo; en este sentido encontramos la siguiente definición: "El delito de plagio consiste en someter a una persona al propio poder, reduciéndola a un estado total de sujeción (esclavitud de hecho)... y el secuestro de personas consiste en privar a alguno de su libertad personal y el fin de esta acriminación no es defender a la persona del aniquilamiento total de su libertad física, sino de las agresiones contra la libre facultad de movimiento". (22)

"Para Mezger existe delito de secuestro, cuando a una persona se le confina en un determinado lugar privándole de la posibilidad de salir de él, sin herir el pudor, y cita como ejemplo

(21) Ob. Cit. pág. 692.

(22) Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Tomo IV. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1972. 2a. Edición. págs. 454-455.

el de la bañista desnuda a quien le han sustraído todas sus ropas". (23)

Sebastián Soler afirma: "Si el plagio es concebido como delito de privación de la libertad, alguna relevancia debe acordarse a la voluntad de la víctima, porque aún cuando ambos hechos sean graves, no es lo mismo por cierto, robar a un menor que a ello se resiste o robarlo a los padres, pero con el acuerdo del menor. Esta división del delito de plagio es típica en Carmignani, para el cual la diferencia entre uno y otro delito se fundaba precisamente en la calidad de la víctima y en el titular del consentimiento. Distinguíase así el plagio propio del impropio, según que como ocurría en el rapto, el sujeto pasivo hubiese o no consentido. Lo uno importaba una ofensa propia a la libertad; lo otro, una ofensa inferida a los derechos de familia". (24)

"En el secuestro, se puede decir que una persona está realmente privada de su libertad cuando se encuentra impedida de ejercitar su voluntad en relación a una determinada serie de movimientos de la propia persona, dicha privación de la libertad es la que impide hacer llegar a la víctima los recursos o defensas para hacer cesar el secuestro". (25)

De lo anterior podemos concluir que los conceptos de plagio y secuestro son afines dentro de la acepción jurídica que nos in-

(23) Citado por Revista Mexicana de Derecho Penal. Órgano de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Y Territorios Federales. Número 26. Editora Mayo. pág. 40.

(24) Ob. Cit. pág. 55.

(25) Gómez, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV. Compañía Argentina Editores. Buenos Aires. 1941. pág. 186.

teresa , y poseen los mismos elementos; es decir, en ambos existe el apoderamiento de una persona, sin importar su sexo, profesión, edad o puesto que desempeñe, así como también en las dos acepciones se exige que el agente activo, además de la detención que haga del sujeto pasivo, la tenga en calidad de rehén y amenazado con privarlo de la vida o con causarle un daño, ya sea al sujeto pasivo o a terceros relacionados con éste, con el propósito de obtener algún fin por su rescate, sea éste pecuniario, social, político, familiar o personal.

Ahora bien, una vez analizados ambos conceptos, para los efectos del presente trabajo y poder manejar la terminología adecuada, denominaremos al delito motivo de nuestro estudio, como plagio, utilizando como sinónimo de éste, la palabra secuestro.

El delito de plagio o secuestro adquiere su autonomía conceptual cuando en la detención ilegal concurre alguna de las circunstancias que el artículo 366 describe en sus seis fracciones:

Art. 366: Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

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

Al respecto es pertinente mencionar que el rescate debe

entenderse en su acepción genérica, esto es, comprende tanto al dinero como a los documentos, cartas u objetos de valor que de alguna manera reflejan el ánimo de lucro del sujeto activo, y es ésta la forma más común de comisión, pues la palabra secuestro en su acepción gramatical con tendencia penalística, como ya se ha venido estudiando, significa la acción de aprehender y retener a una persona exigiendo dinero por su rescate; y por rescate se entiende el dinero que se pide o que se entrega para que la persona ilegalmente detenida, recobre su libertad. Y junto a la frase "Para causar daño o perjuicio", complementa su particular ánimo extorsionador, y en esta circunstancia el dolo estriba en la actitud de mantener retenida a la víctima en tanto se haga efectivo el rescate fijado por el delincuente.

La fracción II del artículo sujeto a estudio dice: "Si se hace uso de amenazas graves, de maltrato o de tormento".

Amenaza es la manifestación del agente para causar al sujeto pasivo un mal injusto en contra de su persona, su honor, su familia o su patrimonio; presentándose esta conducta por cualquier medio intimidatorio que venza la voluntad de la víctima.

"Implican daños morales las amenazas graves; representan daños materiales, el uso de maltrato o de tormento, unos y otros magnifican la antijuricidad de la detención arbitraria, por la innecesaria lesión de otros bienes jurídicos de la propia víctima que aumentan lógicamente, su primigenia intensidad". (26)

---

(26) Jiménez Huerta. Ob. Cit. Tomo III. págs. 140-141.

Esto ha dado lugar también a la tipificación y acumulación de otros delitos, por ejemplo lesiones e inclusive el homicidio.

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

Lo que singulariza esta forma de plagio o secuestro y la diferencia de las anteriores, es la pretensión del o de los sujetos activos, de que la autoridad realice o deje de realizar un acto de cualquier naturaleza, esta pretensión puede ser en forma omisiva, como no perseguir a los autores del delito, o actuar en el sentido de dejar de hacer, por ejemplo: poner en libertad a los presos, pedir a la autoridad que se retiren del lugar donde estos delincuentes comúnmente merodean, pedir que la autoridad se abstenga de investigar el delito, etc...

"Esta nueva figura delictiva que trastorna el orden jurídico social, altera la tranquilidad pública, tiende a menoscabar la autoridad del Estado, a desprestigiarlo en el ámbito internacional, y, por razones de humanidad u otras obvias, lo obliga a realizar determinados actos fuera de la ley, para evitar perjuicios o la privación de la vida al plagiado, máxime cuando se trata de funcionarios públicos o representantes de otros Estados con los cuales el gobierno presionado mantiene relaciones..."(27)

Ante el caso señalado por la citada fracción, nos encontramos ante una verdadera extorsión dirigida a la autoridad de quien

---

(27) Carrancá y Trujillo. Ob. Cit. pág. 835.

se pretende que haga o deje de hacer determinada conducta inherente a su función pública, lo cual debe ser valorado desde el punto de vista social, y por lo que hace a las normas de Derecho Internacional.

La ley habla de rehén. En sentido estricto, rehén es la persona que queda bajo el dominio del sujeto activo, como garantía para éste, de que el convenio se lleve a cabo con las condiciones más favorables para él, y bajo esas circunstancias, el rehén es un plagiado.

"No es necesario para la consumación de esta modalidad de secuestro, que se hubiere privado de la vida o causado daños a la persona detenida en calidad de rehén o a terceros, ni tampoco que la autoridad hubiere cedido a la extorsión que se le ha hecho. Basta con que la amenaza hubiere sido expresada en tiempo, situación y circunstancias que pudieran hacerla factible". (28)

La modalidad que en esta hipótesis típica convierte la detención ilegal en plagio o secuestro, se integra por una expresión posterior.

El artículo 366 contiene en su fracción IV la siguiente circunstancia: "Si la detención se hace en camino público o en paraje solitario".

Se alude aquí a uno de los medios de mayor trascendencia antijurídica y que producen mayor alarma social, ya que suponen un aumento en la potencialidad del sujeto activo, ya que

---

(28) Jiménez Huerta. Ob. Cit. págs. 141-142.

disminuyen las posibilidades de que el plagiado pueda recibir auxilio, al contrario de lo que sucedería si éste se encontrara en el medio en que normalmente se desenvuelve, además de que lesionan la seguridad del tránsito por las vías de comunicación y la tranquilidad pública.

Por lo que hace a la interpretación de "camino público", debemos considerar el concepto a que alude el artículo 165 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, que a la letra dice: "Se llaman caminos públicos, las vías de tránsito habitualmente destinadas al uso público, sea quien fuere el propietario y cualquiera que sea el medio de locomoción que se permita y las dimensiones que tuviere; excluyendo los tramos que se hallen dentro de los límites de las poblaciones".

"Por paraje solitario ha de entenderse cualquier sitio, lugar o estancia que en el momento de ejecutarse la detención estuviere despoblado o deshabitado". (29)

El artículo 385 del Código Penal de 1871, refiriéndose al robo establecía: "Llámase paraje solitario no sólo al que está en despoblado, sino también el que se halla dentro de una población, si por la hora o por cualquier otra circunstancia no encuentra el robado a quien pedir socorro". Este artículo, aunque ya no se encuentra en nuestra legislación vigente, tiene un valor histórico que trasciende a la actual interpretación penalística del concepto, ya que contienen la misma esencia gramatical.

---

(29) *Ibíd.* pág. 142.

La modalidad de plagio o secuestro plasmada en la fracción V nos señala: "Si quienes cometen el delito obran en grupo".

Para el efecto penal que nos interesa, por grupo se debe entender una pluralidad de sujetos que obran conjuntamente, este concepto es semejante al de "banda", "pandilla", "cuadrilla", etc..., es decir, que este concepto encuentra en si mismo el elemento típico de la plurisubjetividad.

El Código Penal no especifica el número de personas que se requirieren para formar "el grupo", sin embargo creemos que deben ser tres o más personas, ya que los artículos 164 y 164 Bis del Código Penal vigente, establecen los lineamientos para tipificar la asociación delictuosa y la pandilla; conceptuando la primera como: "La asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir...", y la segunda como: "La reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito". Lo anterior robustece nuestra aseveración, en la cual manifestamos que únicamente son necesarias tres personas para que se de la modalidad requerida en la presente fracción.

Debemos aclarar que no cabe aquí la acumulación de delitos toda vez que el tipo ya es calificado, y únicamente se señala al "grupo", como medio comisivo para cometer el ilícito.

Por último, la fracción VI del artículo 366 establece que: "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 comete 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."

En este caso se requiere que el sujeto pasivo sea menor de doce años, y que el sujeto activo sea extraño a la familia del menor, y no ejerza la tutela sobre éste.

"La exclusión penal establecida en la fracción VI contemplada desde el ámbito del sujeto activo, se traduce positivamente en un extraño y paradójico delito propio o especial. No todos los seres vivos del mundo circundante pueden devenir sujetos activos, quedan excluidos por voluntad de la ley manifestada en forma expresa: las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela. Y si dijimos que consideramos a esta figura típica como un extraño y paradójico delito propio o especial, es porque en tanto que en estos delitos sólo las personas en quienes concurre la especial calidad exigida en el tipo, pueden ser sujeto activo con exclusión de todas las demás".(30)

En este caso el secuestro consiste en desapoderar a los que ejercen la patria potestad o la tutela del menor, y reducir a éste a un ámbito que no es jurídicamente el suyo; se dice jurídicamente en virtud de que el activo puede ser en determinado momento el padre o la madre del menor privado de la patria potestad, y aunque el menor se encuentre en un ambiente familiar adecuado, jurídicamente no lo es, y el delito estará cometido. En este sentido Florian afirma: "La patria potestad y la tutela

---

(30) *Ibidem.* pág. 145.

funcionan para proteger mejor la libertad individual del menor". (31)

Por lo que hace a la penalidad con que se sanciona esta fracción, observamos que existe un atenuante para el párrafo segundo: "Cuando el delito lo comete 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", ya que en este caso el plagio puede tener las más de las veces razones afectivas.

Podemos concluir afirmando que el artículo 366 en sus seis fracciones, prevee el delito de plagio o secuestro, sinónimos en la materia que nos ocupa, y que consisten en términos generales en una privación ilegal de la libertad.

## 2.2 PATRIA POTESTAD

Se ha señalado anteriormente que se considera al menor con una capacidad limitada, entendiéndose por capacidad, la aptitud para ser sujeto de derechos, deberes, y hacerlos valer. Esta facultad consiste en que el menor tiene una capacidad de goce pero no de ejercicio, entendiéndose por ésta, una aptitud jurídica para ejercitar o hacer valer derechos que se tengan y para asumir deberes jurídicos. Por lo tanto, las figuras jurídicas como la patria potestad y la tutela, llegan a tener una valoración dentro del tipo que estudiamos.

---

(31) Citado por González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. México. 1989. 9a. Edición. pág. 315.

Posee una valoración cultural porque el menor es considerado por la sociedad en que vivimos, como un imposibilitado para discernir de manera absoluta su manera de actuar, debido a su corta edad, inexperiencia y desconocimiento, por ello nuestro Derecho le otorga una protección más amplia sobre su persona, libertad individual y patrimonio.

Se dice que la patria potestad es: "El poder de la cabeza de una familia sobre sus miembros: sus hijos, naturales y adoptivos, su esposa, y si el matrimonio fue combinado con una conventio in manue, las esposas de aquéllos hijos que permanecen bajo el poder del paterfamilias". (32)

En el Derecho Romano, la patria potestad es ejercida por el pater, como persona sui juris. Excluye de su ejercicio a las mujeres que pertenecen al grupo familiar; el pater familias tenía una autoridad casi absoluta no sólo sobre los hijos, sino también sobre la esposa y los esclavos; todos ellos eran alieni juris. Por esa razón el pater tenía el derecho de castigar a los filius familias, tenía el derecho a la vida y a la muerte sobre ellos, podía vender a los hijos, entregarlos a un extraño para librarse de los delitos por ellos cometidos, así como exponerlos y desampararlos.

---

(32) Berger, Adolf. Enciclopedia Dictionary of Roman Law. Editorial The American Philosophical Society. Filadelfia. 1953. Reprinted 1980. pág. 621.

En el Derecho Germánico, esta potestad era conocida como "La Munt", y tuvo siempre un carácter protector; en ese Derecho, el poder de los padres sobre los hijos no era vitalicio, ya que se extinguía con la mayoría de edad, y la mujer podía ejercer la patria potestad a la muerte del padre. En contraste con el Derecho Romano, "La Munt" se fundaba en la idea de protección a los hijos.

Las partidas acogieron para España el Derecho Romano, y en este cuerpo de leyes la patria potestad se denomina "Officium Virile", y éste se constituye como un poder absoluto en favor del padre, aunque se percibe cierta influencia cristiana en el sentido de que la patria potestad debe ser ejercida con piedad paternal.

La patria potestad en el Antiguo Derecho Español sólo se concebía en la familia legítima, y casi desaparece el concepto romano de patria potestad para transformarse en un deber de protección a los hijos, y desde entonces comenzó a considerarse que la patria potestad tenía su origen o fundamento en el Derecho Natural, es decir, en el hecho natural de la paternidad y la maternidad.

"Tanto en España como en Francia el ejercicio de la patria potestad se otorga al padre y no a la madre. Nuestro Código Civil y más tarde el Código Civil Italiano de 1942, de la misma manera que el Código Civil Portugués de 1966 confiere al padre y

la madre la autoridad necesaria para la dirección, protección y crianza de los hijos". (33)

La Doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza y concepto de la patria potestad; se expresa que es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados, por otra parte "José María Álvarez la definió en 1827 como aquella autoridad que tanto el derecho de gentes como el derecho civil conceden a los padres sobre los hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados". (34)

También es definida de la siguiente manera: "Es la institución derivada de la filiación que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga o impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad". (35)

"La patria potestad toma su origen en la filiación. Es una institución establecida por el Derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos

---

(33) Galindo Garfías, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México. 1980. 4a. Edición. pág. 687.

(34) Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VII. pág. 58.

(35) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México. 1987. 3a. Edición. pág. 339.

adoptivos. su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)". (36)

A pesar de que algunos autores la definen como una institución, otros como una autoridad y otros como una función, independientemente de su naturaleza, es el objetivo de la misma; es decir, la patria potestad descansa en la paternidad y en la maternidad, pero además tiene lugar no sólo sobre los hijos nacidos de matrimonio. Está constituida por un conjunto de deberes que recaen en los progenitores, para cuyo cumplimiento la ley otorga correlativos derechos, es un cargo que debe desempeñarse en protección a los hijos y en interés público, y es en sí una relación padres-hijos, ascendientes-descendientes.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, no define a la figura de la patria potestad, simplemente establece en el artículo 412: los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

El artículo 413 del mismo ordenamiento nos señala que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Tratándose de los hijos habidos en matrimonio, el ejercicio de la patria potestad recae en primer lugar en el padre

---

(36) Galindo Garfias. Ob. Cit. pág. 667.

y la madre, a falta de ellos en los abuelos paternos, y a falta de estos últimos, en los abuelos maternos.

Tratándose de hijos habidos fuera del matrimonio, en tanto los padres vivan juntos, ambos ejercerán la patria potestad; si viven separados, deben convenir sobre el ejercicio de la custodia exclusivamente, a falta de convenio sobre el ejercicio de la custodia, el Juez de lo Familiar decidirá sobre ésta respecto de los padres, o sobre el ejercicio de la patria potestad a falta de ellos.

Cuando se trate de hijos adoptivos, sólo los padres ejercerán la patria potestad. El Código Civil establece que los hijos independientemente de su edad, estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y ascendientes.

Los hijos sujetos a la patria potestad, no pueden abandonar la casa de quienes la ejercen sin autorización o decreto de la autoridad competente; tampoco pueden comparecer en juicio o contraer obligaciones sin el consentimiento de quien tenga el ejercicio de la patria potestad o en su caso del Juez. El Ministerio Público y el Juez de lo Familiar en su caso, pueden vigilar el exacto cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de las facultades derivadas de la patria potestad, y ser auxiliares de los titulares de ésta, mediante el uso de amonestaciones y correctivos. El ejercicio de la patria potestad puede extinguirse, perderse o suspenderse.

El ejercicio de la patria potestad puede extinguirse por:

- A) La emancipación del menor derivada del matrimonio.
- B) Por la muerte de quien la ejerce sin haber designado otra persona en quien recaiga.
- C) Por la mayoría de edad de quien está sujeto a ella.

La patria potestad se pierde en los siguientes casos:

- A) Por sentencia que condena a la pérdida de ese derecho.
- B) Por efectos del divorcio como sanción impuesta en contra del Cónyuge culpable.
- C) Cuando la mala conducta de uno de los cónyuges pone en peligro la seguridad y la moralidad de los hijos.
- D) Por la exposición que la madre o el padre hicieren del hijo.
- E) Por la ausencia por más de seis meses de uno de los cónyuges.

Son causas de suspensión en el ejercicio de la patria potestad, las siguientes circunstancias:

- A) Por incapacidad en quien la ejerce, declarada judicialmente.
- B) Por ausencia declarada en forma.
- C) Por sentencia que imponga esa suspensión como pena.

Finalmente, quien ejerce la patria potestad puede excusarse cuando tenga sesenta años cumplidos o no pueda atender debidamente su desempeño por su habitual mal estado de salud.

De lo señalado anteriormente, se desprende que la patria potestad origina una serie de derechos y obligaciones; crea en

los hijos derechos para con los padres, y por lo mismo, crea en éstos, deberes jurídicos en relación con aquéllos.

"Si los padres tienen el deber de alimentar, educar e instruir a sus hijos, también tienen el derecho de vigilarlos, mandarlos, detenerlos en su casa, de vigilar su conducta y de prohibirles todo lo que crean les pueda causar perjuicio moral o físico". (37)

Giusseppe Maggiore, al hablar del delito de sustracción de menores, considera: "Más que una ofensa a la libertad individual de la persona raptada, constituye una lesión a los derechos de la patria potestad". (38)

### 2.3 TUTELA

Todo menor tiene el derecho de disfrutar de salud física y mental, y es a la vez un deber de la sociedad el satisfacer estos requerimientos. De acuerdo con lo dispuesto por el párrafo quinto del artículo 4o. Constitucional, el poder público está obligado a suministrar los apoyos y la protección que requieran los menores para lograr ese objetivo.

Esta finalidad puede lograrse en el seno de la familia o a través de la institución de la tutela, como órgano de la comunidad social.

La palabra Tutela proviene del latín "tutela", que a su vez deriva del verbo "tueor", que significa preservar, sostener,

(37) Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Volumen - III. Editorial Temis, Bogotá. Buenos Aires Argentina. 1964. 5a. Edición. pág. 448.

(38) Ob. Cit. pág. 245.

defender o socorrer, en consecuencia da una idea de protección. Galindo Garfias al respecto establece: "es la institución organizada por la ley para protección y defensa de los menores de edad no sujetos a patria potestad, o de los mayores de edad incapacitados. Es una institución subsidiaria de la patria potestad". (39)

La Enciclopedia Jurídica Omeba define a la tutela: Como el mandato que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y/o bienes de quienes, por diversas razones, se presume hacen necesario en su beneficio tal posición.

Ahora bien, si tuviéramos que definir anticipadamente al análisis de sus características, la figura de la tutela, diríamos que es una función social que la ley impone a las personas aptas para proteger a los menores de edad y mayores incapaces, generalmente no sujetos a la patria potestad, en la realización de actos de su vida jurídica.

Nuestra Ley se limita a determinar su objeto sin dar propiamente una definición; no obstante, el concepto dado anteriormente, comprende los caracteres esenciales de la tutela, mismos que mencionamos a continuación:

a.- Su origen proveniente de la ley, a diferencia de la patria potestad, que reconoce una causa de origen natural (la procreación).

---

(39) Ob. Cit. pág. 710.

b.- En el caso de la tutela de menores, tiene un carácter supletorio, pues se determina en ausencia de la autoridad paterna ya que su ámbito se refiere a dar protección a quien no está sujeto a la patria potestad.

c.- Su ejercicio se le debe otorgar a persona capaz.

d.- Es en beneficio de un menor o interdicto.

e.- Tiene como objeto dirigir a una persona, administrar sus bienes y representarlo en sus actos civiles.

La figura jurídica de la tutela funcionó en sus orígenes tomando en cuenta el provecho de la familia más que los intereses del incapacitado, entendiéndose por éste, no sólo el que se encuentra en estado de interdicción, sino también al menor que aunque con capacidad de goce, no cuenta con la capacidad legal para el adecuado desenvolvimiento de su vida por falta de una aptitud natural inherente a su propia minoridad, y se concebía como un derecho más que como un deber del paterfamilias. Por esta razón, la tutela legítima se abría en Roma cuando el menor tenía bienes y era ejercida por los herederos más próximos a éste.

Posteriormente, la tutela testamentaria desplazó a segundo plano a la tutela legítima, y transformó la naturaleza de ésta en un derecho puro y simple de quien la asumía, en una carga impuesta a los tutores en favor de los incapaces.

En el Derecho Germánico, la familia no se ajustó a una autoridad plena y absoluta como en Roma, en virtud de que esta autoridad residía en todos los miembros varones de la familia, y

que estuviesen en aptitud de tomar las armas.

En las actuales legislaciones, y en virtud de que la tutela se encuentra ligada a la institución de la familia, ha prevalecido en su organización un interés público y general, pero sin apartarse del interés individual, razón por la cual, los lineamientos que la rigen, atienden a tres clases de intereses: el del menor o interdicto, el de la familia y el de la sociedad; ya que como se mencionó anteriormente, la tutela es un órgano de la comunidad social, y a ésta atañe el problema de la protección de menores e incapaces. En nuestro sistema legal, la tutela se estructura conforme a dos ideas básicas:

1.- La tutela de menores: Es a la que se encuentra sujeto todo menor de edad que no está bajo la patria potestad. En este supuesto, la minoría de edad se declara por el Juez de lo Familiar, quien le nombrará un tutor de acuerdo a los tres regímenes de tutela que existen, y que enunciaremos más adelante; la tutela en esta hipótesis, es un régimen subsidiario de la patria potestad.

2.- La tutela de mayores: Es a la que se encuentra sujeto el incapaz mayor de edad, ya sea porque está privado de inteligencia, por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tenga intervalos lúcidos; o bien los sordomudos que no sepan leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios, o los que habitualmente hagan uso inmoderado de drogas o enervantes. A efecto de que se les nombre tutor, los incapaces deben ser declarados previamente en estado de interdicción.

En este supuesto, el ejercicio de la tutela se extiende durante todo el tiempo que exista la interdicción si es ejercitado por los ascendientes o por los descendientes; el cónyuge tendrá la obligación de desempeñar el cargo de tutor del otro cónyuge sujeto a interdicción, mientras conserve ese carácter; los extraños que desempeñen ese cargo, tienen el derecho de que se les releve del mismo a los diez años de ejercerlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 466 del Código Civil.

Conforme a las dos ideas básicas ya expuestas, el Juez de lo Familiar les nombrará tutor a los menores, o incapaces mayores según sea el caso, conforme a los tres regímenes de tutela que contempla el Código Civil vigente, y que observan entre ellos un orden jerárquico:

1) Tutela Testamentaria.- Es la que se confiere por testamento, y procede exclusivamente en los tres casos particulares señalados por la ley:

a).- El ascendiente que sobreviva de los que en cada grado deben ejercer la patria potestad, tienen derecho aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento, a aquéllos sobre quienes la ejerzan con inclusión del hijo póstumo. El sentido de este precepto es claro: sustraer al incapaz menor del régimen de la patria potestad a que se les sujetaría a la muerte del testador.

b).- El que en su testamento, aunque sea menor no emancipado, deje bienes ya sea por legado o por herencia a

un incapaz que no esté sujeto a su patria potestad ni bajo de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje.

c).- El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela.

2) Tutela Legítima.- "Tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, y cuando deba nombrarse tutor en caso de divorcio. La ley llama al ejercicio de la tutela, a determinadas personas para que representen al incapaz". (40)

Es en este régimen en donde los órganos familiares tienen una función específica que se atribuye en función del parentesco; en la tutela legítima cobran especial importancia las dos ideas básicas mencionadas anteriormente y en las que se estructura la tutela, es decir, la ley distingue entre tutela legítima de menores y de mayores incapaces.

Para el análisis del tema a estudio, no consideramos necesario adentrarnos en el segundo supuesto, por lo que únicamente nos ocuparemos de la tutela legítima de menores.

La Tutela Legítima de menores es un régimen subsidiario de la tutela testamentaria con una sola excepción: también procede cuando deba nombrarse tutor al menor por causa de divorcio.

---

(40) Galindo Garfías. Ob. Cit. pág. 697.

Dentro de la discrecionalidad del Juez de lo Familiar (que se rige por el beneficio del menor), por lo que hace a la designación del tutor, quienes deben desempeñar la tutela son: los hermanos del menor, prefiriéndose a quienes lo sean por ambas líneas, y a falta o por incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

En este régimen de tutela, podemos destacar un caso particular previsto para los expósitos, en donde la tutela está reservada a los directores de hospicios y demás casas de beneficencia en donde haya sido abandonado o acogido el menor.

3) Tutela Dativa.- Este régimen de tutela es a su vez subsidiaria de la tutela testamentaria y legítima, y procede cuando no hay tutor testamentario, ni persona a quien, conforme a la ley corresponda la tutela legítima, con dos casos de excepción:

a).- Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados para ejercer la tutela legítima de los menores.

b).- Tratándose de asuntos judiciales del menor emancipado.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, dentro de la hipótesis general de la tutela dativa, hace la siguiente distinción: Que el menor tenga o no bienes. En el primer supuesto el Juez de lo Familiar escoge de entre las personas que figuran en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas; en

el segundo supuesto, cuando el menor no tenga bienes, el Juez de lo Familiar lo escoge de entre las personas obligadas a desempeñar el cargo, ennumeradas en el artículo 501 del Código Civil, o dentro de las listas mencionadas, al tutor que esté conforme en desempeñar gratuitamente la tutela.

Finalmente, es de considerarse la tutela que tiene la función de la representación interina del incapaz en casos especiales. Como ejemplo se puede señalar el caso en que las personas que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de los menores sujetos a ésta, y en este caso se les debe nombrar a los menores un tutor interino, por el Juez de lo Familiar.

"La tutela es un cargo de interés público, del que nadie se puede eximir, sino por causa legítima". (41)

Las causas legítimas por las que se puede excusar el desempeño de la tutela, se encuentran previstas en el artículo 511 del Código Civil, y son únicamente las siguientes: los militares en servicio activo, los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes, los que por su situación económica no pueden desempeñar la tutela sin menoscabo de su subsistencia, los que por su mal estado de salud, o por su rudeza o ignorancia no puedan atender debidamente la tutela, los que tengan sesenta años cumplidos, los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría, y los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no esté en aptitud

---

(41) Idem.

de desempeñar convenientemente la tutela.

Finalmente, el artículo 606 del Código Civil vigente nos señala las causas por las cuales se extingue la tutela:

- I. Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad, y
- II. Cuando el incapacitado sujeto a tutela, entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.

Al hablar de patria potestad y tutela, conceptos ya familiares en nuestro estudio, nos encontramos con que son instituciones que originan una serie de derechos y obligaciones, y al cometerse el delito de plagio de un menor que se encontraba al abrigo o bajo el cuidado de sus padres, o en su caso, del tutor, se violan esos derechos, ya que esa conducta típica rompe con esta relación de derecho-obligación, que une a la persona del infante con aquéllos que son tutelares del ejercicio de esos derechos.

Esta especie de delito, como queda manifestado en la norma, viola la libertad del niño, pero al mismo tiempo produce una violación a los derechos inherentes a las personas relacionadas estrechamente con aquél. Al respecto Cuello Calón señala: "Sujeto pasivo son también los padres, ascendientes o personas que ejerciten la patria potestad, los tutores o personas bajo cuya guarda se halle el menor". (42)

---

(42) Ob. Cit. pág. 750

Nuestra Doctrina y Legislación Mexicana, considera como único pasivo del delito, al infante menor de doce años, y no así a los padres o tutores, puesto que el bien jurídico que protege la norma, es la libertad individual del menor, en un plano de prelación jurídica.

Puesto que al menor pertenece el derecho de libertad, que tiene el goce del mismo y hasta cierto punto el ejercicio, el derecho del padre o tutor no sustituye el derecho del hijo, sino que lo presenta, lo anima, lo hace operante, lo tutela; pero el padre o tutor no ejercitan un derecho propio, sino un derecho del menor, por lo que puede decirse que el suyo, más que un derecho, es un deber, y aún aceptando que la lesión por la comisión del delito sea doble, es decir: derecho del padre o tutor, y derecho del menor, resalta la tutela penal de la libertad individual del menor por encima del derecho de guarda y educación de aquéllos que lo ejerzan, ya que el derecho del menor es el prevalente de nuestra legislación penal.

### III. ANALISIS DE LA FRACCION VI DEL ARTICULO 366

#### DENTRO DE LA TEORIA DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO

Celestino Porte Petit considera que pueden obtenerse los elementos constitutivos del delito, de la parte general del Código Penal, y al expresar la concepción dogmática del delito en su aspecto positivo, apunta los siguientes elementos o caracteres:

Conducta o hecho, Tipicidad, Antijuricidad, Imputabilidad, Culpabilidad, Condiciones Objetivas de Punibilidad y Punibilidad.

En cuanto a la concepción dogmática del delito en su aspecto negativo, apunta los siguientes elementos: Ausencia de Conducta, Atipicidad, Causas de Justificación, Inimputabilidad, Inculpabilidad, Ausencia de Condiciones Objetivas de Punibilidad y Excusas Absolutorias.

Si consideramos que estos caracteres o elementos que tienen la categoría de principales, deben concurrir en su aspecto positivo, ya que la ausencia de todos o alguno de ellos, da lugar a situaciones de eminente relevancia jurídica, y no podemos hablar de la existencia de un delito en el caso de que falte alguno de los elementos integradores de su contenido conceptual.

Estos elementos del delito, constituyen los componentes que son comunes a todo hecho punible. Para que se hable de la existencia del delito, son necesarios determinados elementos que se relacionan entre sí en un orden lógico.

"Para que haya delito, se requiere una conducta o hecho según la descripción típica. Se requiere que exista una

adecuación al tipo; después, que la conducta o hecho sean antijurídicas e imputables, y finalmente la concurrencia de la culpabilidad y punibilidad". (43)

Dichos elementos que forman parte del concepto general de delito, deben ser aplicados a cada tipo en particular para llegar al conocimiento de la figura delictiva en toda su integridad.

La Teoría del Delito se encarga del estudio de los elementos o caracteres positivos y negativos que estructuran el delito. Consecuentemente la existencia del delito, su inexistencia y aparición, dependen directamente del enfoque de la teoría del delito.

Etimológicamente la palabra delito proviene del verbo latino delinquere que significa abandonar, apartarse del buen camino, en sí apartarse de lo señalado por la ley.

Diversos autores de la materia han definido al delito de diversas formas, según la concepción personal que cada uno tiene del delito, y que además tenga una validez universal, para todo tiempo y lugar. Una definición filosófica, esencial; como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo, tendrá que variar de acuerdo a los cambios que sufra la sociedad de que se trate; los hechos que una vez y en determinado lugar han tenido el carácter de delito, posteriormente lo han perdido en función de diversas situaciones y al contrario, acciones que una vez fueron no delictuosas, han sido erigidas como delitos.

---

(43) Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1987. 11a. Edición. pág. 225.

La definición jurídica del delito debe ser naturalmente formulada desde el punto de vista del Derecho. Nuestro derecho positivo, y para todos los efectos legales consiguientes, señala en el artículo 7o. del Código Penal vigente lo siguiente:

Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

La concepción moderna del delito, expresándolo en sus notas esenciales, ha sido dada de varias maneras: "Beling, quien define al delito como la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de la penalidad". (44)

"Para Mezger, el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable". (45)

"Delito -escribe Maggiore- no es una acción cualquiera, sino la acción antijurídica. En el Derecho Penal tiene valor absoluto la preposición: sin antijuricidad no hay delito". (46)

### 3.1 CONDUCTA Y AUSENCIA

"La palabra conducta, penalísticamente aplicada, es una expresión de carácter genérica significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano. Frecuentemente suelen emplearse las palabras "acto", "hecho", "actividad", o "acción", para hacer referencia al elemento fáctico". (47)

(44) Citado por Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina. 1963. 4a. Edición. pág. 182.

(45) *Ibidem*. pág. 238.

(46) Citado por Jiménez Huerta. Ob. Cit. Tomo I. pág. 201.

(47) *Ibidem*. pág. 102.

La voluntad del hombre es la que genera su conducta, es decir, tanto las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquellas otras que implican inactividad, constituyen las diferentes formas en que típicamente se actualiza la voluntad del individuo.

Cuando hablamos de acción, lo primero que encontramos es que en dicho término se circunscribe la actividad humana, aun considerándose negativamente, o sea, como una omisión y que se refiere al mundo exterior. En efecto, Jiménez de Asúa define el acto en la siguiente forma: "Es la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo exterior, cuya mutación se aguarda". (48)

En el mismo sentido, este elemento positivo del delito se produce cuando el sujeto pone en juego un movimiento corporal o una actividad. Según que el imperativo de la norma penal consista en una prohibición o en un mandato, se puede señalar el comportamiento comisivo u omisivo.

Se desprende que la conducta, como elemento del delito no comprende a los pensamientos, ideas e intención, los que no llegan a manifestarse en movimientos personales que causen un cambio en el mundo exterior tampoco a los movimientos reflejo, ni a los motivados por una fuerza exterior irresistible, tratándose en estos casos de falta de acción. El artículo 15, fracción I,

---

(48) Ob. Cit. pág. 331.

del Código Penal para el Distrito Federal, se refiere a tal fuerza exterior irresistible, la cual se considera como excluyente de responsabilidad.

Las conductas que describen las figuras típicas consisten en un hacer y en un no hacer; el artículo 7o. del citado Código Penal, hace referencia a la acción u omisión, usando el término acto. "Por acto debemos entender la manifestación de la voluntad, hecho o acción proveniente del querer humano". (49)

Porte Petit considera el término acción inadecuado, por no comprender o abarcar la omisión. Estima que la acción es movimiento, y omisión todo lo contrario: inactividad, y por lo tanto ser antagónicos; uno de ellos no puede servir de género a otro. Y por lo que se refiere a la palabra acto, tampoco puede admitirse como aceptable porque afirma que algunas veces constituye la acción misma, pero en otras veces forma parte de la acción al estar ésta constituida por varios actos, como lo prueba la división de delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.

Por último, asienta que el término conducta es el adecuado para abarcar la acción u omisión. Dentro del elemento del delito denominado conducta, quedan comprendidos la acción y la omisión.

"Ya Antolisei explica: La conducta puede asumir dos formas diversas: una positiva y otra negativa; puede consistir en un hacer y en un no hacer. En el primer caso tenemos la acción

---

(49) Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Porrúa. México. 1986. pág. 135.

(acción en sentido estricto, llamada también acción positiva); en el segundo la omisión (llamada igualmente acción negativa)". (50)

Por lo tanto, la conducta significa un no hacer voluntario dirigido a producir un resultado típico; la conducta debe entenderse como el ejercicio de un comportamiento que tiende a un fin.

En los delitos de omisión, llamados también de omisión simple, Bettiol considera que son delitos omisivos propios; consiste en el no hacer voluntario o involuntario, violando una norma perceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición. "Los elementos de la omisión son: a) Voluntad o culpa; b) Inactividad o no hacer; c) Deber jurídico de obrar; y d) De resultado típico." (51)

En cuanto a los delitos de comisión por omisión, son también calificados como delitos de resultado por omisión. Bettiol considera como delitos omisivos impropios cuando se produce un resultado típico o material por un no hacer voluntario, violando una norma perceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva.

"Los elementos del delito de comisión por omisión son: a) Una voluntad o culpa; b) Inactividad; c) Deber de obrar (una acción esperada y exigida), y deber de abstenerse, y d) Resultado típico y material". (52)

(50) Citado por Porte Petit. Ob. Cit. pág. 234.

(51) Ibídem. pág. 240.

(52) Ibídem. pág. 244.

El aspecto negativo de la conducta es la ausencia de ésta, es decir, la inexistencia del elemento material del delito. Si se hace referencia a un acto u omisión como necesarios para que el delito exista, es indudable que interpretándolo a contrario sensu, no habrá delito cuando falte la conducta por ausencia de voluntad. El Código Penal determina que es una circunstancia excluyente de responsabilidad la actividad o inactividad involuntaria provocadas por una fuerza física irresistible.

"No existe unanimidad respecto a los casos de ausencia de conducta, habida cuenta de que las opiniones se dividen en dos grupos: los que señalan hipótesis en las cuales es innegable la ausencia de conducta, y aquéllos que además incluyen casos que para otros son hipótesis de inimputabilidad". (53)

"Por fuerza física exterior irresistible, nos dice la Suprema Corte, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo de la gente, que da por resultado que éste ejecute irremediablemente, lo que no ha querido ejecutar. De acuerdo con la Doctrina y la Jurisprudencia debe entenderse que el sujeto actúa en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias, a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, físicamente producida por hechos externos y que quien la sufre no pueda resistir y se vea obligado a ceder ante ella". (54)

---

(53) *Ibidem.* pág. 322.

(54) *Idem.*

La Vis Major, o fuerza mayor, es una hipótesis de ausencia de conducta, ya que el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana, la cual proviene de la naturaleza o de los animales.

De ordinario el robo de infante impone el despliegue de una conducta positiva, de una actuación, por ello encuentra su lugar entre los delitos de acción. En este delito, a decir verdad, se nos hace difícil la operancia de un acto reflejo con capacidad suficiente para eliminar el elemento objetivo; también consideramos muy remota la posibilidad de la presencia de una causa Vis Major, con esa eficacia eliminatoria.

Ya se asentó anteriormente que el delito de Robo de Infante encuentra su lugar dentro de los delitos de acción, por lo que al presentarse el caso de ausencia de conducta por omisión impropia, es decir, cuando la fuerza material del agente es dominada totalmente por otro, sin la posibilidad de manifestar su voluntad en acciones contrarias, estaríamos frente a un excluyente de responsabilidad, ya que tal delito sólo será imputable al autor mediato, no al inmediato.

### 3.2 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

Al catalogarse determinados hechos como delictivos, se está previniendo que subsecuentes conductas encuadradas a lo legislado, caerán dentro del ámbito de la ley penal; por lo tanto, la adecuación de la conducta concreta a la descripción que el Estado hace de sus leyes, exceptuando su carácter valorativo, es lo que se ha entendido por Tipicidad.

Cuando una conducta no corresponde a la descripción legal, nos encontramos ante una acción ausente de tipo y por ende, no delictuosa. La atipicidad puede también presentarse por la no integración de los elementos del grupo.

La Tipicidad es precisamente, la adecuación del hecho al tipo de la ley penal; la tipicidad hace referencia al modo o forma que la fundamentación política del Derecho Penal ha creado para poner de relieve que la antijuricidad esté determinada de una manera precisa e inequívoca. Su significación conceptual se simboliza en el tipo: "Entiéndese por tal, la descripción abstracta que hace el legislador, en la ley penal, de los elementos materiales necesarios que caracterizan cada especie de delito". (55)

El tipo es una conducta o hecho descrito por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción material, conteniendo además según el caso, elementos normativos, subjetivos o ambos.

El tipo existe previamente a la realización de la conducta; la finalidad del tipo delictivo es la de evitar, con la amenaza de la pena, que el hombre realice conductas externas lesivas. Consecuentemente la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo.

Se establece claramente que no hay delito sin tipicidad, la ausencia de tipicidad da lugar a un aspecto negativo de una relación conceptual del delito.

---

(55) Díaz de León. Ob. Cit. Tomo II. pág. 2166.

El delito de Robo de Infante se halla recogido en el tipo básico del artículo 366 y particularmente en su fracción VI. La amplitud y alcance del tipo, convierten su disposición en la más genérica destinada a proteger la libertad física del menor. Dada esta característica, se logra fijar su ámbito por vía de exclusión.

#### Requisitos del Tipo

Examinando lo anterior, consideramos necesario apuntar en particular, los requisitos típicos concurrentes a su caracterización propia.

A) Calidad del sujeto activo: Se requiere un sujeto activo calificado, ya que éste debe ser extraño a la familia del menor y que no se encuentre en ejercicio de la tutela sobre éste. Esta es la tendencia del dispositivo en exámen, y a ella obedece la calificación del activo, adoptando la figura, los caracteres netos del delito especial de que se trata.

En orden al número de sujetos activos o agentes del delito, el modelo en examen asume los caracteres del delito unisubjetivo, porque para su comisión perfecta, sólo se requiere una persona, aunque eventualmente se comprometa la actividad de varias.

B) Calidad del Sujeto Pasivo: La especial naturaleza del objeto jurídico tutelado, hace del secuestro de infante, un delito personalísimo en orden al sujeto pasivo. El paciente

siempre es una persona física sin distinción de sexo, y es también un sujeto pasivo calificado, en virtud de tratarse únicamente de un menor de doce años de edad, y es en éste supuesto donde nace la cualidad necesaria de que el sujeto pasivo sea una persona determinada y concreta; es decir, que necesariamente sea un menor de doce años.

C) El Bien Jurídico Protegido: En el esquema del secuestro de infante, el bien jurídico tutelado será la libertad externa del menor, así como su prelación jurídica en relación a la incapacidad de éste, a la cual ya nos referimos con anterioridad, y por lo cual mereció una protección penal específica.

Ya ha quedado establecido que el sujeto activo en el delito a estudio, será siempre un extraño a la familia del menor que no ejerza la tutela sobre éste, pero por lo que hace al bien jurídico que se ha tratado de proteger, surge la duda sobre cuál es en realidad el objeto jurídico protegido: ¿La libertad externa del menor?, ¿La patria potestad? o ¿El derecho a la guardia y custodia del menor?.

Lo que se protege en realidad, es la libertad externa del menor, la libertad de moverse y desplazarse, es decir, su libertad ambulatoria, y por ende la libertad para ejercer los derechos que la ley otorga.

D) Referencias Espaciales: La cuestión relativa al lugar de comisión del secuestro, surge de su carácter permanente, ya que se presenta un inter para que pueda desenvolverse en sitios

diversos, siendo de importancia su precisión para resolver problemas de competencia.

En el caso que nos ocupa, no se precisa el lugar en el que ha de cometerse el secuestro del menor, ya que únicamente hace referencia al sujeto activo y pasivo, y por lo tanto su comisión podrá encuadrar en el tipo, aunque se haya cometido en cualquier lugar, sea éste el propio hogar del menor, la calle, escuela, o algún otro lugar que haga factible su consumación.

E) Referencias Temporales: La figura a estudio no hace referencia al tiempo de comisión del secuestro de infante, y sólo se refiere a él para fijar el criterio para la aplicación de la pena, funcionando el mecanismo de la misma en base a la duración del hecho consumado. "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".

F) Medios Exigidos en el Tipo: La figura del secuestro de infante guarda silencio acerca de los medios necesarios para su perpetración, por lo que el agente puede servirse de los medios más variados para la comisión del delito.

G) Elementos Subjetivos del Delito: Para la consumación del secuestro de infante -dijimos en su tiempo- los móviles son indiferentes. El "Robo de Infante" puede ejecutarse por odio, venganza, razones afectivas, y aun por sentimientos nobles y altruistas. En todos esos casos el resultado será siempre el mismo: la privación de la libertad del menor.

"Esta también se consuma, según la doctrina alemana, en aquellos casos singulares de paralíticos y lisiados a quienes se les quite la persona encargada de su cuidado, o se les desapodere de los suplementos mediante los cuales actúa su facultad de desplazamiento. La cuestión agible en la realidad, debe resolverse atendiendo no al medio, sino al elemento interno yacente en la faz subjetiva del autor, a la palanca que ha hecho saltar su voluntad, como expresa Antolisei, examinando en cada caso concreto si el hecho se ejecutó para privar de la libertad al inválido. Si el resultado es afirmativo, habría un doble secuestro en concurso ideal cuando el medio fuera la aprehensión del guardador, o un solo secuestro si se operó mediante el apoderamiento del suplemento, sin considerar el robo porque su elemento material se consumaría en el propósito tendiente al fin logrado; si el fin o resultado es negativo, sólo habría la privación injusta sufrida por el guardador, o solamente robo en su caso". (56)

H) Elementos Normativos: El tipo a estudio se halla integrado por elementos normativos ya estudiados, es decir: Que el robo de infante se cometa en menor de doce años por quien sea extraño a su familia y no ejerza la tutela sobre el menor, existiendo otro supuesto que señala: Que el delito sea cometido por un familiar del menor que no ejerza la patria potestad ni la tutela sobre él.

(56) Millán Martínez, Rafael. El Delito de la Privación Ilegal de la Libertad. Revista Mexicana de Derecho Penal. Organó de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Número 26. Marzo-Abril de 1969. Tercera Epoca. México. pág. 54.

Una vez señalado lo anterior, basta afirmar que la tipicidad en el "Robo de Infante", es el encuadramiento de la conducta de una persona al tipo que nos señala la fracción VI del artículo 366 del Código Penal vigente; por lo tanto, para que exista la tipicidad de este delito, se requiere que se presente en la realidad todos y cada uno de los elementos exigidos en el precepto.

### 3.3 ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION

La antijuricidad es lo contrario a Derecho, definición que se califica de tautalógica: "Mezger ha sostenido que es la contradicción de las normas objetivas del derecho, normas objetivas que se convierten en normas de valoración". (57)

Por otra parte se ha dicho: "Que es la oposición de las normas de cultura reconocidas por el Estado y no amparado por causas de justificación". (58)

El Derecho es sobre todo valoración; no basta el formal encuadramiento de una conducta al tipo para afirmar su antijuricidad, es preciso que esa conducta sea positivamente antijurídica. Entonces una conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación.

Para que hablemos de antijuricidad: "En primer término debe

---

(57) Citado por Díaz de León. Tomo I. pág. 211.

(58) Jiménez de Asúa. Ob. Cit. pág. 589.

existir el tipo descrito en la ley; después la conformidad o adecuación al tipo, y en fin, que la conducta o hecho sean antijurídicos, y por lo tanto bien puede definirse, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos". (59)

Antolisei sostiene que la antijuricidad es mucho más que un elemento constitutivo del ilícito: "Es como fue manifestado por Rocco con feliz expresión, la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito". (60)

A este respecto expresa Cuello Calón "Que la antijuricidad es el aspecto más relevante del delito; de tal importancia, que para algunos no es un mero carácter o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza". (61)

La antijuricidad nos lleva al campo de lo justo e injusto, respecto de lo cual se ha discutido la prioridad de uno o de otro; quizá históricamente puede acelerarse que primero fue lo injusto y después lo justo, pero lógicamente es insostenible; además si partimos de la base comprobada que es innato al hombre el tener una amplia conciencia de la justicia, debemos considerar lo injusto como excepción, de donde proviene su anormalidad y reconocer sin cortapisas la primacía de lo justo.

---

(59) Porte Petit. Ob. Cit. pág. 375.

(60) Idem.

(61) Ob. Cit. Tomo I. pág. 355.

Algunos autores se han inclinado a aceptar que la antijuricidad e injusto deben emplearse como sinónimos. Igualmente se ha discutido si es más correcto decir lo contrario a derecho, o lo contrario al deber, defendiendo lo primero, Jiménez de Asúa se inclina a considerar al Derecho Penal como garantizador y no como una disciplina constitutiva, pronunciándose por la generalidad de lo injusto. La conducta humana considerada delictiva, dentro de nuestra Legislación Penal, no contradice, oponiéndose, o infringiendo lo perceptuado (tipificado), sino por lo contrario, coincide la actuación con lo previsto, provocando la reacción violenta del poder público, amenazado con la eficacia amenazante de la sanción. La antijuricidad no contradice el precepto que describe y sanciona una conducta concreta y determinada, sino la ley que prevé las causas de justificación, de esta forma la antijuricidad es un elemento positivo y valorativo del delito.

La contrapartida de la antijuricidad son las causas de justificación, que nuestra Legislación limita a las siguientes:

- a).- Legítima Defensa,
- b).- Estado de Necesidad,
- c).- Cumplimiento de un Deber,
- d).- Ejercicio de un Derecho,
- e).- Obediencia Jerárquica, e
- f).- Impedimento Legítimo.

Por lo que cualquier acción protegida por una causa de justificación no es antijurídica, y por ende, tampoco sancionable

para que haya delito es preciso que exista una relación de contradicción entre el hecho del hombre y el Derecho; cuando el resultado de ese examen afirma la existencia de un conflicto entre el fin que el Derecho percibe y el hecho, se dice que éste es un hecho ilícito, antijurídico.

La conducta del secuestrador, ha de ser típica, antijurídica y culpable, para calificársele delictuosa. No basta pues la mera adecuación típica; ella representa únicamente un indicio de antijuricidad, al marcar la fase inicial del proceso valorativo que nos llevará a comprobar si el hecho condice o contradice con el total ordenamiento jurídico, de este modo, debemos examinar si cuando el sujeto activo secuestra a un menor, además de realizar una acción externamente típica, la ejecutó ilícitamente, es decir, si no obedeció a una justa causa.

La acción de secuestrar a un infante, guardará armonía con el derecho, no obstante ser típica y lesiva de la libertad, si concurre una causa de justificación; ante la operancia de una sola, el hecho -inicialmente antijurídico- no constituye delito por efecto de una norma que la autoriza o impone.

No obstante el estudio que posteriormente se realizará acerca de la concurrencia de alguna causa de licitud; en la comisión del delito que nos ocupa, podemos establecer de antemano que la práctica niega justificantes al hecho de plagiar a un menor, sean cuales fueren los elementos subjetivos o móviles que orillaron al agente a perpetrar el delito.

a).- Legítima Defensa: La Doctrina acepta de consumo su operancia en el delito de Privación Ilegal de la Libertad, garantizado en el artículo 364 de nuestro ordenamiento penal, no así en el delito de "Robo de Infante", y únicamente procedería esta causa, cuando la acción tuitiva o protectora de un tercero, se realizara en auxilio necesario del menor que se encuentra privado de su libertad, o fuera del hogar legítimo, limitándose a paralizar la conducta actual, violenta y sin derecho enderezada contra otro puesto en peligro inminente sólo evitable de este modo. El auxiliante, al repeler el ataque pudo violar un precepto penal mas a pesar de ello, nadie negará la rectitud de su conducta, porque al defender un derecho legítimo, actuó en defensa del derecho total, cobrando relieve la licitud de la defensa como contrapartida de la agresión sin derecho.

b).- Estado de Necesidad: A mi punto de vista, conviene la operancia de esta causa en el secuestro de infante en un solo caso, que para ser más explicativo conviene ilustrarlo: El caso de un médico que tenga a su cargo a un menor de doce años, y que para efectos de salvar su vida, ha detectado que se requiere de su confinamiento o internamiento en otro nosocomio, y decide hacerlo dejando en esos momentos a los padres o tutores sin la custodia del menor; en este caso ciertamente alejó al menor de la patria potestad o tutela de quien legítimamente la ejerce, pero al mismo tiempo salvó un bien predominante, como es la vida.

c).- Cumplimiento de un Deber: No encontramos causas que hagan factible la existencia de esta causa de justificación dentro de la fracción que nos ocupa.

d).- Obediencia Jerárquica: Es clara su inoperancia en el "Robo de Infante", porque presuponiendo siempre el ejercicio de una función pública al tiempo de la acción, jamás se satisfaría la calificación exigida en el sujeto activo, quedando el hecho al margen de la previsión típica; y si por otra parte, ordenador y atacante actuaran como meros particulares, saldrían de los presupuestos de la obediencia debida.

e).- Ejercicio de un Derecho: No es lícito el "Robo de Infante" cuando se lleva a cabo en ejercicio de una facultad legalmente otorgada, ya que en este caso no estaríamos hablando de un plagio o secuestro. Podemos hablar únicamente del caso en que el menor sea privado de su libertad por obra de la potestad correctiva de los padres o tutores. Su ejercicio, sin embargo, debe discurrir dentro de los límites fijados por el Código Civil en sus artículos 423 y 577, y esto es para el sólo efecto de procurar el interés educacional colectivo, primordial sobre la libertad del menor reprimido.

f).- Impedimento Legítimo: "La fracción VIII del artículo 15 del Código Penal vigente establece como eximente: Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo. Opera cuando el sujeto, teniendo la obligación de ejecutar el acto, se abstiene de obrar colmándose, en consecuencia, un tipo penal". (62). En este supuesto, Castellanos Tena advierte que siempre se tratará de un comportamiento omisivo, en consecuencia, puede afirmarse que dada

---

(62) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1981. 16a. Edición. pág. 215.

la conducta sujeta a estudio, como eminentemente de acción, lógicamente no podría encontrar a lo largo de esta causa de justificación.

### 3.4 IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

"Imputación es el acto de atribuir a otro alguna culpa, delito o acción, e imputable es la calidad de ser imputable". (63)

En Derecho Penal solo debe considerarse como "otro", quien es sujeto de voluntariedad, por reunir determinadas condiciones psíquicas. Imputar significa declarar que uno ha sido autor con voluntad y conciencia, de una mutación en el mundo exterior.

La imputabilidad la encontramos cuando se ha realizado una conducta típica y antijurídica, ya que no puede existir la primera sin la concurrencia de estas dos últimas. Ahora bien, un obrar típico y antijurídico, cuando está protegido por alguna causa de inimputabilidad, causa que debe estar reconocida previa y expresamente por el Estado, no es imputable. El que actúa careciendo de capacidad penal, por minoría penal o por no disfrutar del mínimo de vida psicológica señalada por la ley, no delinque.

Nuevamente nos encontramos que el estado en ejercicio de su poder, fija dicha capacidad penal. "La imputabilidad está fundada en la capacidad de comprender el carácter injusto del hecho, y obrar según esta inteligencia". (64)

(63) Escriche, Joaquín. Ob. Cit. pág. 849.

(64) Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Editorial Trillas. México. 1973. pág. 27.

Este aspecto del delito "es la capacidad de obrar en Derecho Penal; es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción". (65)

"En pocas palabras, puede definirse la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal. Será imputable, dice Carrancá y Trujillo, todo aquél 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". (66)

La imputabilidad es una capacidad que corresponde al hombre; está previamente establecida por el sistema normativo cuando determinan el mínimo de edad y salud mental para considerar válido el conocimiento de lo injusto de la conducta. Por lo que se refiere a la imputabilidad respecto al hecho concreto, el artículo 15o. del Código Penal en vigor, señala en sus fracciones II y VI aquéllos casos en los que el sujeto, en el momento de producción del resultado típico, carece de plena posibilidad de conocer el contenido antijurídico de su conducta, falta el presupuesto para fincar el juicio de reproche, y por tanto, se estará ante un inimputable.

---

(65) Castellanos Tena. Ob. cit. pág. 218.

(66) Idem.

Al respecto la fracción II señala: "Padecer el inculpado al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo se haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente".

La fracción VI establece: "Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

Castellanos Tena, considera como causas de inimputabilidad las siguientes: a) Estados de inconciencia (permanentes o transitorios); b) Miedo Grave; y c) La Sordomudez cuando el sujeto carezca totalmente de instrucción; además señala como inimputables a los menores de dieciocho años, por reconocer en ellos anticipadamente la falta de capacidad.

Podemos concluir diciendo que quien comete el delito de "Robo de Infante", únicamente debe poseer en el momento inicial del secuestro, un mínimo de salud y desarrollo mental exigido por la ley en el artículo 150; la imputación delictiva también recaerá sobre el secuestrador, aunque se halle inconsciente en el momento de cometer el delito, si con anterioridad decidió colocarse en un estado de inconciencia; como ejemplo podríamos mencionar al sujeto, que encargado del cuidado del menor, y teniendo el deber de entregarlo a sus padres, se embriaga hasta la inconciencia para omitir la acción esperada, le será imputable

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

el secuestro aun cuando se haya producido encontrándose bajo un estado actual de incapacidad.

### 3.5 CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

La culpabilidad se ha definido como la relación psíquica de causalidad entre el autor y el resultado, o como un reproche a un proceso psicológico diverso al exigido.

Un sujeto que ha obrado en forma contraria al derecho, porque no le asistió la posibilidad exigible de una acción adecuada, no puede ser penado; tal es el principio de la culpabilidad: "No puede ser penado aquél que no puede ser reprochado por su conducta. De ahí la culpabilidad, esto es, el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea reprochada jurídicamente a su autor". (67)

La noción de culpabilidad es fruto del progreso humano, aunque nos encontramos con legislaciones de la época moderna, que sancionaban la responsabilidad sin culpabilidad, pudiendo ser sujetos activos del delito no solo el loco o el demente, sino también los animales y aún las cosas. Los romanos reconocieron plenamente la voluntad antijurídica como fundamento del delito y de la pena, distinguiendo el dolo de la culpa.

El Derecho Canónico en su teoría del delito-pecado, concluye

---

(67) Díaz de León. Ob. Cit. pág. 523.

en la inmoralidad de la acción. El Derecho Penal no sanciona porque una conducta típica sea contraria al orden jurídico, sino se requiere que además le sea reprochable a su autor.

Realizado el juicio objetivo de comparación entre un hecho determinado y el precepto penal para establecer que ese hecho es típico, y confrontada su oposición a la norma imperativa o preceptiva a fin de determinar su contenido antijurídico, falta aun examinar si ese actuar humano es culpable; es decir, si puede reprochársele a un hombre a título de dolo o culpa.

Presupone pues, la culpabilidad, una relación psicológica entre agente y acción, cuyo análisis determinará un juicio de reprobación por contravenir al orden jurídico.

"Se reprocha al agente su conducta y se reprueba a ésta porque no ha obrado conforme a su deber". (68)

"Mezger caracterizó a la culpabilidad como: La suma de los requisitos que fundan un reproche personal contra el autor y muestran el hecho como expresión jurídicamente desvalorada de la personalidad del autor. Para este autor la culpabilidad es una relación psicológica, que se determina como contraria al deber y reprochable, mediante la valoración jurídico-penal". (69)

Precisamente lo que se reprocha al autor no puede ser una mera causación, sino su dolo o culpa. Lo que se le reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podía no realizar-

(68) Cuello Calón. Ob. Cit. pág. 357.

(69) Citado por Díaz de León. Ob. Cit. pág. 528.

lo. De ahí que, cuando no haya injusto, no hay reproche jurídico penal. Siempre habrá un autor y una conducta, y lo que la culpabilidad busca, es una cualidad de la conducta. La posibilidad exigible que el autor tuvo que actuar conforme a derecho, es el fundamento del reproche, su razón de ser. El dolo, la culpa y la preterintencionalidad son formas de actuar, en las que la conducta se produce con intervención de las facultades humanas de discernimiento y voluntad. "En esta participación subjetiva de los seres normales para la determinación y ejecución de sus actos, es en lo que radica la culpabilidad, de manera que puede decirse que el sujeto, el "yo", el hombre como tal o la persona, ha sido la causa, no solo material, externa y aparente del acto delictuoso (y de su resultado) sino a la vez su causa humana, psicológica por haberlo querido o consentido, directa o indirectamente, con inteligencia del acto y voluntad en la ejecución". (70)

Hay que reconocer que la noción completa de la culpabilidad se forma de dos elementos: una actitud psicológica del sujeto conocida como situación de hecho de la culpabilidad, y una valoración normativa de la misma que produce el reproche por encontrar al sujeto en oposición con el Derecho y con sus obligaciones personales.

"Porte Petit se pronuncia inequívocamente por la concepción normativa, pues afirma que... no es de aceptarse la teoría psicológica de la culpabilidad, ya que el dolo y la culpa no

---

(70) *Ibidem.* pág. 532.

bastan para integrarla, pudiéndose afirmar en consecuencia, que es incolora pues es necesaria la concurrencia de la reprochabilidad de ese nexo psicológico". (71)

Vela Treviño señala: "Podemos dar como definición de la culpabilidad, conforme al normativismo, la siguiente: Culpabilidad es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable, haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma". (72)

El Código Penal para el Distrito Federal clasifica los delitos desde el punto de vista de la culpabilidad en: dolosos o intencionales, culposos o imprudenciales y preterintencionales; se afirma que obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley. El delito es imprudencial cuando se realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen, y por último, obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.

El dolo es uno de los grados o de las formas de la culpabilidad, la más grave, y tiene como fundamento la voluntad del agente. A los delitos dolosos también se les ha denominado como de intención o delitos intencionales. La intención (dolo)

---

(71) Citado por Jiménez Huerta. Ob. Cit. Tomo I. pág. 419.

(72) Ob. Cit. pág. 200.

delictiva: "es perspectivista pues está regida en forma representada y querida por el hecho antijurídico que es meta de la voluntad". (73)

De esta manera, el dolo equivale a la voluntad consciente de cometer un hecho típico, es la dirección de la voluntad a la comisión de una de las acciones previstas en las leyes penales. Se reconoce como elemento del dolo: "La representación o conocimiento del hecho, de las circunstancias actuantes del sujeto, que corresponden a una conducta sancionada por la ley penal. El segundo elemento del dolo es su volición; por tal se entiende la representación de la situación futura que se producirá como consecuencia de la conducta que observa, situación que implicará un conjunto de eventos, todos los cuales pueden ser deseados con intensidad diferente, o algunos, inclusive rechazados. En todo caso lo que ha de considerarse en la vinculación necesaria de esos eventos con el fin perseguido mediante la conducta". (74)

La culpa es otra de las formas de la culpabilidad, y es reconocida como "imprudencia o negligencia". "La culpa representa la otra forma de actividad psíquica en personas normales, en la cual, a diferencia del dolo, el agente ocasiona un resultado de daño o de peligro no querido por él, que es efecto únicamente de imprevisión, negligencia, impericia, o de una simple violación de reglamentos; pero en esencia, la culpa es imprevisión de las consecuencias previsibles". (75)

---

(73) Jiménez Huerta. Ob. Cit. pág. 421.

(74) Díaz de León. Ob. Cit. pág. 634.

(75) *Ibidem*. pág. 510.

Lo que es peculiar en los delitos culposos, es la valoración que el juzgador hace, conforme a las normas de cuidado y de cautela imperantes según la común experiencia, respecto a si el sujeto actuó conforme a las indicadas reglas de prudencia y cautela que deben imperar en la vida en sociedad. "Los deberes de prudencia y cuidado que se infringen en el actuar culposo tienen una individualizada base, pues se conectan con las capacidades personales del sujeto activo, su forma de actuar y la falta de cuidado por él asumida". (76)

La culpa puede ser consciente e inconsciente; en la primera, el sujeto ha previsto las circunstancias que pueden derivarse de su conducta (representa el resultado) pero el sujeto activo confiado en su habilidad y en cualquiera otra circunstancia, espera que no se produzca es decir, ha reflexionado con desdén ante la posibilidad del resultado; y en la segunda, el activo no ha previsto el resultado, no obstante la posibilidad de que se presente.

La preterintencionalidad: "Es un resultado que excede a nuestra voluntad, que traspasa la intención que tuvimos al emprender nuestro acto, pero que por ser previsible el efecto más grave, resulta así una figura en que se amalgaman dos elementos subjetivos: el dolo y la culpa". (77)

Cuando la conducta del agente origina una consecuencia más dañina que la querida por éste, aparece el delito preterintencio-

---

(76) Jiménez Huerta. Ob. Cit. pág. 141.

(77) Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Tomo IV. pág. 519.

nal. Así pues, en el delito preterintencional no falta la voluntad dirigida a un fin (intención), pero es sobrepasada por el resultado, por ello se habla de delito más allá de la intención.

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad y el Código Penal reconoce como causas de inculpabilidad:

a) El error esencial del hecho, plasmado en la fracción XI del artículo 150. de nuestro ordenamiento penal: "Realizar la acción u omisión bajo un error invencible, respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta

b) La coacción sobre la voluntad, mencionada en la fracción I del mismo artículo, que señala: "Incurrir el agente en actividad o inactividad voluntarias".

Ante estos supuestos que la ley señala, podemos establecer que en la comisión del delito de "Robo de Infante", se requiere únicamente la existencia de un dolo genérico sin requerir la existencia de un dolo específico, y que en cuanto a la operancia de las causas de inculpabilidad, puede operar como exculpante el error esencial de hecho cuando recaiga sobre los elementos constitutivos del tipo, haciendo desaparecer el dolo, como por ejemplo los lazos consanguíneos existentes entre el sujeto activo y pasivo desconocidos por aquél; o considerar por error esencial e invencible como hijo a quien en realidad no lo es.

Por lo que hace a la coacción de la voluntad, también cabe la operancia de la causa de inculpabilidad, pero sólo respecto al coaccionado, subsistiendo la pena para el autor de la coacción.

En la vida cotidiana acontece las más de las veces, que se cometa el delito de plagio de infante por un familiar muy cercano al menor, pero que no es titular de las figuras de la patria potestad y tutela, y se alegue en defensa del activo, que se obró por error creyendo su conducta lícita por el simple hecho de ser un familiar cercano, y actuando por móviles afectivos y con consentimiento del menor.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia, manifiesta en su Tesis 1615: "ROBO DE INFANTE, LA FALTA DE RESISTENCIA O CONSENTIMIENTO DEL MENOR NO EXCLUYE LA RESPONSABILIDAD DEL AUTOR DEL.- Teniendo en cuenta que la figura delictiva prevista en la fracción VI del artículo 366 del Código Penal, es eminentemente protectora de los menores de doce años, no puede eximir de responsabilidad al sujeto activo del delito, la circunstancia de que el menor no haya opuesto resistencia, y aun el hecho de que haya manifestado el deseo de permanecer al lado del primero.

En cambio, debe presumirse que antes de los doce años de edad el sujeto está psicológicamente incapacitado para determinar libremente el curso de su vida y por ello es fácil presa de quienes, aprovechando su inmadurez pretenden convertirlo en instrumento de sus intereses. Estos principios que rigen en materia civil aún para personas mayores de doce años, no podría desconocerse en materia penal, al aplicarse el referido artículo 366

fracción VI del mencionado ordenamiento. Con vista a proteger al propio menor, debe considerarse pues, que antes de los doce años de edad no es libre en la expresión de su voluntad". (78)

### 3.6 PUNIBILIDAD Y AUSENCIA

Se dice que la punibilidad es un elemento esencial del delito, ya que éste es una acción u omisión punible, esto es, para que una conducta constituya delito, además de los requisitos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, debe concurrir la punibilidad. Por otra parte no existe un criterio uniforme entre los doctrinarios respecto a si la punibilidad es un elemento esencial del delito, o es una consecuencia del mismo.

Dentro de la Escuela Clásica, la punibilidad es un elemento esencial del delito, se dice que el delito es una acción punible; es decir, para que una acción constituya delito, debe concurrir la punibilidad, siendo éste de entre todos los elementos, el de mayor relieve penal. Una conducta puede ser típica, antijurídica y culpable, y sin embargo, no ser delictuosa, ya que podrá por ejemplo constituir una infracción de carácter civil o administrativa, más para constituir un hecho delictuoso es preciso que su ejecución se halle conminada por la ley con una pena para que sea punible.

(78) Arroyo Trujillo, J. Jurisprudencia Mexicana-1917. Tomo I. Año 10-1981. Editorial Cárdenas. México.D.F. 1984. pág.906.

Cuello Calón considera: "Realmente la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada por una pena constituye en elemento del tipo delictivo". (79)

Si una acción no es punible por cualquier motivo, no constituye delito en sentido estricto, porque aun considerando que la pena es sólo una consecuencia y no un elemento esencial de la noción delito, esa consecuencia deriva necesariamente de los presupuestos del tipo injusto, y culpabilidad, cuando de esos antecedentes no se deriva la consecuencia, por lógica no existe delito.

Porte Petit señala que la punibilidad la desprendemos del artículo 7o. del Código Penal, y del precepto correspondiente de la parte especial que señala aquélla.

#### Condiciones Objetivas de Punibilidad

"Ernesto Beling define las condiciones objetivas de punibilidad así: Son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para imposición de la pena, que no pertenecen al tipo de delito, que no condicionan la antijuricidad y que no tienen carácter de culpabilidad". (80)

---

(79) Ob. Cit. Tomo I. pág. 522.

(80) Citado por Díaz de León. pág. 462.

Se les considera como uno de los elementos del delito, y se les hace consistir en hechos futuros e inciertos, positivos o negativos, que son ajenos o exteriores a la acción del sujeto activo, y de los cuales la ley hace depender la punibilidad de un delito.

Jiménez de Asúa opina que todos los caracteres del delito son condiciones de punibilidad, y que los requisitos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, son en última instancia condiciones para que se aplique la pena, reconociendo como genuinas condiciones objetivas: "Los presupuestos procesales e indispensables para la persecución de ciertos delitos, como la calificación de la quiebra, y la reciprocidad para castigar algunas figuras delictivas que afectan a otro estado". (81)

"Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, adecuación de tipo, antijuricidad, imputabilidad y culpabilidad, pero no punibilidad en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo que viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito". (82).

El aspecto negativo de la punibilidad son las excusas absolutorias o causas de impunidad, definidas por Jiménez de Asúa, como las que hace que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se le asocie pena alguna por razones de índole social y político, que mueven al legislador a

---

(81) Ob. Cit. Tomo IV. pág. 621.

(82) Castellanos Tena. Ob. Cit. pág. 270.

establecer que ciertas situaciones delictivas en particular, no se castiguen, es decir, las excusas absolutorias se caracterizan por una remisión de la pena.

Las excusas absolutorias son circunstancias que dejan impune al delito; a diferencia de las causas de justificación en que en las primeras, el acto es antijurídico y culpable, y de las de inimputabilidad, en que el autor es sujeto imputable; su fundamento debe buscarse en las más diversas consideraciones de índole familiar, social o político, y que mueven al legislador a establecer ciertas situaciones delictivas sin que tengan la aplicación de la pena que para éstas ha sido fijada. Nuestra legislación penal contiene varias excusas absolutorias: en las que exime de pena a los rebeldes que depongan las armas antes de ser tomados prisioneros; exime de pena a los ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos y parientes por afinidad hasta el segundo grado que auxilién al reo, que sin emplear violencia, se fugue; se deja impune al estuprador cuando contrae matrimonio con la estuprada, y también en el caso del raptor que se case con la raptada; se establece impunidad para la mujer que aborta el producto de una violación; para el robo entre ascendientes y descendientes; el encubrimiento cuando sus autores sean familiares o estén ligados con el autor por gratitud, cariño, o estrecha amistad; también se considera hecho impune, cuando el autor, sin emplear el engaño o medios violentos, se apodera por una sola vez de los objetos estrictamente necesarios e indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

La ley, siguiendo una política criminal sana, no estimó provechoso para la sociedad, establecer excusa absolutoria alguna tratándose del delito de "robo de infante"; sin embargo, considero conveniente señalar algo importante sobre la punición del delito que nos ocupa: en la multicitada fracción VI del artículo 366 de nuestro ordenamiento punitivo se establece lo siguiente: "Se impondrá la pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa 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".

En contraste con esta penalidad, observamos la señalada por el párrafo segundo de la misma fracción VI, que establece que si el delito lo comete un familiar del menor que no ejerce sobre él la patria potestad ni la tutela, la pena será de seis meses a cinco años de prisión. Jiménez Huerta al respecto comenta:

"...nos permitimos observar que dicha reducción debió abarcar también los casos en que el secuestro del menor de doce años realizado por persona extraña a su familia no hubiere tenido por objeto pedir rescate o causar daños o perjuicios al menor secuestrado o a otra persona relacionada con él, y estuviere exento de amenazas graves de maltrato o de tormento". (83)

Por lo anterior es conveniente apuntar lo que la jurisprudencia resuelve en torno al caso:

---

(83) Ob. Cit. págs. 145-146.

TESIS 1338: "PLAGIO O SECUESTRO, ATENUANTE DEL DELITO DE.- Sólo aprovecha a los cónyuges que han perdido la patria potestad del menor secuestrado.- La atenuante a que se refiere el último párrafo de la fracción VI del artículo 366 del Código Penal Federal, al establecer una pena de seis meses a cinco años de prisión para el caso de que el inculpado sea un familiar del menor, que no ejerce sobre él la patria potestad ni la tutela, pretende la conducta de los cónyuges que por diversas razones han perdido el ejercicio de la patria potestad, subsistiendo la relación de consanguinidad existente entre ellos y el menor. Además dicha atenuante sólo tiene operaciones respecto a la mencionada fracción VI, de tal modo que si la conducta punible es la que contempla la fracción I del artículo señalado, no hay razón valedera para que aproveche el inculpado la referida atenuante, ya que la señalada fracción I no hace distingo alguno respecto a que la persona secuestrada sea menor o no". (84)

---

(84) Arroyo Trujillo. Ob. Cit. pág. 760.

#### IV. LA INCORRECTA DENOMINACION DE LA FRACCION VI

##### DEL ARTICULO 366 DEL CODIGO PENAL

##### 4.1. CONCEPTO DEL DELITO DE ROBO

A lo largo de la historia de la humanidad, han existido conductas antijurídicas, y por lo tanto, paralelamente a éstas, la inquietud por sancionarlas. Una de estas conductas antijurídicas que siempre ha persistido, es el robo, al cual encontramos descrito en todas las legislaciones penales del mundo.

En México, nuestros legisladores la han ubicado entre los delitos contra las personas en su patrimonio, en el Capítulo Primero del Título Vigésimo Segundo del Libro Segundo del Código Penal para el Distrito Federal.

La incriminación de esta conducta antijurídica, se encuentra descrita en el artículo 367 del ordenamiento punitivo, que a la letra dice: "Comete el delito de robo: El que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley."

Podemos observar que esta descripción contiene elementos de diversa naturaleza tal como "el apoderamiento", que es el núcleo del tipo, y elementos normativos como lo serían "ajena y sin derecho". Para que nos encontremos frente a una conducta típica y antijurídica, el sujeto responsable de la misma tiene que haber realizado el tipo básico descrito en el artículo 367, el cual abarca tres posibilidades, que son:

- 1a. Cuando el sujeto activo se dirige al objeto o cosa y se apodera de la misma.
- 2a. Cuando teniendo sobre la cosa una detentación subordinada y no una posesión derivada, se apropia de ella.
- 3a. Cuando se obtiene la cosa por ejercer violencia moral -- sobre el sujeto pasivo.

Cabe señalar que al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como algunos autores refieren: "Que en el robo, el agente va hacia la cosa y la víctima no la entrega voluntariamente, sino que el autor la toma y arranca de la tenencia del propietario sacándola de su esfera de custodia, constituyéndose "el apoderamiento", y por lo tanto, la acción, entendiéndose por ésta, el movimiento corporal voluntario y que conlleva a efectuar un cambio en el mundo exterior, es decir, nos da un resultado". (85)

#### Robo Genérico

Debemos señalar que tanto la Doctrina como la legislación vigente, definen al robo distinguiendo sus elementos; es decir, la conducta atendida como "apoderamiento", y su objeto: "la cosa mueble"; y atendiendo a lo establecido por el artículo 367, nos encontramos ante el tipo genérico, necesario para la comisión del delito.

---

(85) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1979. 15a. Edición. pág. 163.

### Robo Específico

"La simple observación de los tipos de delito recogidos en un mismo título, rubro o familia, pone de inmediato en relieve que la tutela de un mismo bien jurídico, después de abarcar lo genérico, desciende a lo específico". (86)

El artículo 367 describe al delito de robo, que constituye el tipo básico de los delitos contra el patrimonio, para continuar en el capitulo que compone este rubro, con los tipos especiales o específicos.

#### 4.2 ELEMENTOS DEL DELITO

"Los elementos materiales y normativos del delito de Robo según su estructura legal, son: I. Una acción de apoderamiento. II. De una cosas mueble; III. Que la cosa sea ajena; IV. Que el apoderamiento se realice sin derecho; y V. Que el apoderamiento se realice sin consentimiento de la persona que pueda disponer de la cosa conforme a la ley". (87)

I. El apoderamiento: Como se ha venido manejando, el núcleo del delito de robo, radica en el apoderamiento que realiza el sujeto activo, es decir, la acción. La delimitación de este concepto ha traído como consecuencia diferentes teorías, ya que el apoderamiento va a determinar el momento consumativo del robo,

(86) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Editorial Porrúa. México. 1973. 12a. Edición. págs. 166-167.

(87) Jiménez Huerta. Ob. Cit. Tomo I. pág. 254.

pues de no darse éste, el delito será en grado de tentativa.

Se considera que "el apoderamiento expresa la acción del sujeto, es decir, el movimiento corporal voluntario de aprehender y sustraer la cosa de la potestad dominical de su titular y no la acción y un resultado concreto, integrador de un hecho de naturaleza causal en el cual la actividad humana sea condición", más adelante concluye: "existe apoderamiento cuando la cosa sale de la esfera del poder del dueño o poseedor para entrar a la esfera de acción del ladrón". (88)

"En nuestro Derecho, el apoderamiento es la acción consumativa del robo. Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella (Art. 369 del Código Penal)". (89)

II. La cosa mueble: por determinación expresa de la ley, los únicos objetos que pueden ser susceptibles de robo son las cosas muebles. El Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece en su artículo 752 que son bienes muebles por su naturaleza o disposición de la ley. Posteriormente observamos el contenido de los artículos subsiguientes del citado código, en los cuales se determina expresamente los considerados como bienes muebles:

---

(88) Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, Abuso de Confianza y Fraude Genérico. Editorial Porrúa. México. 1982. 5a. edición. págs. 23-27.

(89) González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. pág. 168.

El artículo 753 dice: Son muebles por su naturaleza los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior.

Artículo 754: Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos y acciones que tienen por objeto cosas, muebles o cantidades exigibles, en virtud de acción personal.

Para la debida comprensión de la palabra "mueble", que el legislador quiso establecer por lo que hace al robo, entendemos por bienes muebles las cosas que tienen la característica de ser llevadas de un lugar a otro sin alterar su esencia, por lo que carecen de fijeza y pueden moverse por sí mismos o por la actuación de una fuerza extraña.

Francisco González De la Vega afirma: "...la única interpretación posible para la frase "cosa mueble" empleada en la descripción del delito de robo, es la de atender a la real naturaleza del objeto en que recaiga el delito. Todos los bienes corpóreos de naturaleza intrínseca transportable pueden servir de materia a la comisión de un robo. En cambio los bienes o cosas incorpóreos, tales como los derechos, créditos, acciones jurídicas, pensamientos, no pueden ser susceptibles de apoderamiento o aprehensión, no pueden servir de objeto material de robo". (90)

---

(90) Ob. Cit. pág. 172.

III. La cosa ajena: Es ajena la cosa que definitivamente no pertenece en este caso al sujeto activo, y constituye una lesión al patrimonio del pasivo, para que pueda ser comprobado este elemento objetivo o normativo del delito, es necesario que se compruebe por los medios probatorios que exige el sistema procesal, que la cosa mueble no pertenece al agente.

IV. El apoderamiento sin derecho: "La mención que hace nuestro Código al describir el robo exigiendo para su integración que el apoderamiento se realice sin derecho es innecesaria y, en cierto sentido tautológica, puesto que la antijuricidad es una integrante general de todos los delitos cualquiera que sea su especie... y no será delito si el agente lo ha ejecutado lícitamente, por ejemplo, en virtud de un secuestro legal". (91)

Como se mencionó con anterioridad, este elemento normativo se refiere al derecho mismo y la capacidad para ejercitarlo, el apoderamiento no se efectuará sin derecho si se realiza en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio de un derecho, por ejemplo, cuando en cumplimiento de una sentencia judicial que ordena a la reparación del daño o multa, se apoderan de los bienes de determinada persona.

V. El apoderamiento sin consentimiento de la persona que pueda disponer de la cosa conforme a la ley: Para que el apoderamiento subsista atendiendo a este último elemento, deberá presentarse en alguna de las siguientes hipótesis:

---

(91) *Ibidem.* pág. 177.

- Por medio de la violencia física o moral que se ejerza en contra del sujeto pasivo, es decir, en contra de la voluntad libre o expresa de éste, y puede suceder que el mismo paciente entregue el bien por el miedo que lo sobrecoge, - aunque esto no destruye el carácter antijurídico de la -- acción.
- Por la rapidez o habilidad en la maniobra que al ofendido le resulta imposible evitarlo, o no se entera por cometerse furtiva o subrepticamente; en este caso, es indudable que el apoderamiento se da contra la voluntad del pasivo, - y sin que el agente emplee violencias físicas o morales.
- Cuando el apoderamiento se realiza sin el conocimiento del ofendido, y por lo tanto, sin su voluntad, ni su intervención, ya que el delito es perpetrado furtivamente.

La existencia de los cinco elementos antes mencionados, dan vida al delito de robo, y exigen para su integración, la concurrencia de todos y cada uno de ellos.

#### **4.3 DIFERENCIA ENTRE PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD**

##### **EN SU MODALIDAD DE ROBO DE INFANTE**

##### **Y EL DELITO DE ROBO**

Habiendo hecho la reseña de los elementos del delito de robo, y atendiendo a la diferenciación de Robo Genérico y Específico, consideramos que definitivamente el "Robo de Infante"

no es un tipo específico o esencial del genérico de robo, porque ambos son opuestos totalmente en cuanto al bien jurídico tutelado, y por ello no están comprendidos bajo el mismo título de delitos, ya que uno atenta contra las personas en su patrimonio, y el otro contra la libertad de éstas. La única relación que existe entre tan disímbolos delitos, es el uso de la palabra "robo"; y por otra parte, el robo de infante es un tipo específico o especial del genérico que es: "La Privación Ilegal de la Libertad", contenida en el artículo 364 de nuestro Código Sustantivo, bajo el título de "Privación Ilegal de la Libertad y de Otras Garantías", rubro en el cual se incluye el artículo 366, y que a su vez contiene al "Robo de Infante".

Resulta indiscutible que si el Código Penal en su ordenación metódica, coloca en diferentes títulos al robo, y por otra parte al robo de infante, debemos atender de acuerdo a la textura de cada una de estas figuras, que el delito de robo es la figura básica o genérica de los delitos contra el patrimonio, y el robo de infante es un tipo específico de los delitos contra la libertad de las personas; y desde luego resultaría absurdo tratar de hacer una equiparación entre los elementos de dichas figuras típicas.

Para hacer una correcta diferenciación de los términos que dan título al presente punto, consideramos conveniente hacer un análisis del término "robo de infante".

Unánimemente se considera que la persona natural ofrece diversos grados de capacidad en el curso de su vida; el período

de incapacidad que corresponde a la infancia puede señalarse por la edad, o con arreglo a señales de desarrollo, como el cambio de dientes.

La infancia es una etapa del desarrollo físico-mental en que el individuo debe recibir la asistencia y representación de las personas que por cualquier título tengan obligación de procurárselas, por considerársele incapaz de ejercicio. De acuerdo a la definición dada, debemos entender lo siguiente:

Infante: "El menor de siete años, sea varón o hembra; compónese esta palabra de las latinas "in" y "fans", que reunidas significan "el que no habla", y se aplica al menor de siete años porque durante este primer período de la vida no puede o no sabe el hombre hablar todavía con orden y soltura. El que ha cumplido siete años se dice próximo a la infancia hasta los diez y medio, siendo varón, y hasta los nueve y medio siendo hembra". (92)

El artículo 366 al calificar al sujeto pasivo determina como "infante" a aquél que tenga la edad comprendida desde el nacimiento hasta los doce años. El legislador no utilizó la palabra infante en su verdadera acepción, al establecer como edad una mayor a la comprendida en su estricta significación.

Por tanto, debemos entender de acuerdo a la norma penal, que "infante" es una persona real que comienza desde el nacimiento, sin que interese el problema de la vialidad, y termina al cumplir

---

(92) Escriche, Joaquín. Ob. Cit. pág. 856.

los doce años de edad, ya que en el caso de que se rebase esta edad, son menores, pero ya no son infantes.

Por cuanto hace al otro término empleado en la fracción VI del artículo 366, debemos anotar lo siguiente:

Robo: La legislación lo define como el apoderamiento de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella conforme a la ley. Al unir estas dos palabras para definir un delito, cuyo núcleo es privar de la libertad a un niño menor de doce años, y no propiamente el desapoderamiento; nos damos cuenta en forma inmediata que resulta absurdo que este tipo legal utilice la palabra "Robo", para equiparar dos tipos que tutelan diferentes bienes jurídicos, lo cual equivale a reconocer la igualdad de objetos jurídicos tutelados; es decir, se llega a establecer una equiparación entre libertad y propiedad, entre cosa y persona.

Ante tal realidad jurídica, y no obstante los inconvenientes ya señalados del término "robo" aplicado a las personas, y a un bien jurídico inmaterial, la fracción VI del artículo 366, contiene una figura de delito que por sus características agota la descripción de la conducta, y en efecto, hace referencia al sujeto pasivo, activo y a la acción. Esta última consiste en "cometer el robo", como sinónimo de "apoderamiento", la cual ha de ser entendida en sentido jurídico, identificándola no como el apoderamiento de una cosa mueble, a que alude el artículo 367, sino en sentido teleológico, es decir, finalista, como dice certeramente Jiménez de Asúa: en la interpretación teleológica

juega un papel importante el bien jurídico tutelado.

Ahora bien, como el delito de robo de infante no se ha colocado bajo el rubro de los delitos patrimoniales, resulta obvio que en ningún caso podrá ser identificado, ni en la totalidad de sus elementos, ni en alguno de ellos, como el robo descrito por el artículo 367 del Código Penal.

Si por otra parte, prosiguiendo con las reglas de la interpretación teleológica, tenemos en cuenta que ésta consiste en desentrañar la voluntad de la ley, se llega a la conclusión de que dicha voluntad, al describir este tipo legal, no es tutelar un bien patrimonial, sino un bien que corresponde a la esencia de la vida del hombre: su libertad.

Considero que el término "robo" no es el adecuado para determinar un delito cuyo objeto material consiste en privar de la libertad a un menor de doce años, y en el que su elemento subjetivo está constituido por la intención del agente de obtener dinero por su rescate, o bien, de causar algún daño a la familia del menor, o a otra persona relacionada con aquél.

Si el término robo no resulta adecuado para significar tal delito, es necesario usar otro que sea más factible al relacionarlo como un delito cometido en contra de la libertad de las personas; en este caso concreto, de un infante, por ello considero necesario analizar la significación de otras terminologías que considero más adecuadas para denominar el citado ilícito.

El tipo básico de los delitos contra la libertad de las personas, se encuentra señalado en el artículo 364, la conducta típica es la de privar a una persona de su libertad ilegalmente, y con iguales términos se entiende la conducta típica del secuestro.

Privar significa quitar, suspender, prohibir o vedar; "esto debe entenderse como la privación de la libertad ambulatoria, la posibilidad de libre desplazamiento". (93)

Para los efectos de configuración de esta clase de delitos, se priva a alguien de su libertad, cuando se actúa al margen de los casos previstos por la ley, como lo establece el artículo 16 de la Constitución General de la República, que señala que en flagrante delito, cualquier persona puede detener al sujeto activo. El Código Penal al describir a la figura típica de "Privación ilegal de la libertad", utiliza el término "detener", que significa "retener, impedir el desplazamiento, el movimiento". (94)

La privación ilegal de la libertad tiene el carácter de plagio o secuestro, en la forma y términos que la propia ley describe. Ciertamente es que la legislación utiliza indistintamente los términos plagio y secuestro, y que los mismos, como ya se estudió son sinónimos.

---

(93) Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. México. 1989. 4a. Edición. pág. 304.

(94) Idem.

El robo de infante, como se ha venido señalando, es un tipo especial en relación al básico de privación ilegal de la libertad. Al hacer la descripción típica de esta conducta, el Código vierte otro término diverso a los utilizados en el tipo básico y en el de secuestro, tal vez por atender a sus características particulares y dar mayor relevancia al ilícito.

En efecto, la fracción VI del artículo 366 no utilizó los términos privar, detener, plagiar o secuestrar para referirse a este tipo especial calificado; por ejemplo: "Si la privación ilegal de la libertad se comete en infante menor de doce años...". Sin en cambio, los términos utilizados por la descripción típica son: "Robo de Infante": "Si el robo de infante se comete en menor de doce años..."

Por otra parte, y entendiendo que el robo es el apoderamiento de una cosa ajena, mueble, es impreciso relacionar dicho término con las personas, y no es conveniente utilizarlo para cosas y personas indistintamente.

En otros países como España, Italia y Argentina, denominan a este tipo de conducta como "sustracción de menores", variando la edad del sujeto pasivo, entre siete, diez y catorce años respectivamente; en el caso de las legislaciones de España y Argentina, colocan este ilícito dentro de los llamados "Delitos contra la Libertad"; Italia lo considera dentro del rubro "Delitos contra la Familia". Otras legislaciones penales utilizan diferentes terminologías para describir este ilícito; por ejemplo Venezuela, bajo el título "Delitos contra la Libertad Individual", describe

"el arrebató" de un menor de quince años de edad; el Código Penal de Ecuador tipifica "la ocultación de un niño", como un delito contra el estado civil; el Código Penal de Uruguay describe "la sustracción o retención" de una persona menor de dieciocho años de edad, dentro de los delitos contra la libertad individual; en Puerto Rico, la legislación penal en su capítulo III denominado "secuestro y robo de niños", tipifica la seducción, retención y ocultación de un niño menor de doce años de edad.

La terminología usada en otros países, respecto del delito que nos ocupa, es diversa: robo, sustracción, retención, ocultación, arrebató o secuestro de menores, y es considerado ya sea como delito contra la libertad individual o contra la familia, pero coincidiendo todos en aplicar medidas represivas cuando se atenta contra la libertad de los menores.

Caba mencionar, en relación a México, que los ordenamientos vigentes en la República contienen un enunciado muy semejante a la descripción del ilícito que nos ocupa, llamado en gran parte de los Códigos Penales de los estados de la República: "Robo de Infante", variando generalmente en lo que se refiere a la penalidad y edad del menor. La edad máxima del menor es de siete años en las legislaciones de Aguascalientes, Guerrero, Chihuahua y Michoacán; coincidiendo con el Código Penal para el Distrito Federal, los ordenamientos del Estado de México, Tamaulipas, Sonora, Guanajuato y Colima, fijando como máximo doce años en el menor. Veracruz marca un máximo de diez años de edad en el pasivo, Oaxaca no fija edad en el menor.

La existencia de diversas terminologías que son más apropiadas para denominar una de las modalidades de la privación ilegal de la libertad de mayor relieve social, permite observar la conveniencia de emplear alguna de éstas, en sustitución de la actual denominación. Por ello es necesario hablar del contenido de estas expresiones como son las ya mencionadas: sustracción, retención, ocultación, plagio o secuestro.

Por la palabra "sustracción" o "sustracción" -que es lo mismo- se entiende el traslado de un infante a un lugar distinto de su residencia habitual o en general de aquél en que pueda ser amparado por quienes tienen el derecho-obligación de hacerlo. El Diccionario Quillet define la sustracción como la acción y efecto de sustraer, y sustraer es apartar, separar, extraer.

"La sustracción se comete al llevarse al menor de un lugar a otro, (de la casa, del colegio, de la calle) sacándolo de la esfera de vigilancia de los que ejercen sobre él la patria potestad o la autoridad de tutor -entendiéndose por sustracción el traslado del menor de un lugar a otro- ". (95)

El concepto de "sustracción" implica siempre una acción material y no puramente moral; es decir, un alejamiento, el apartamiento, o una separación, y en este caso tal acción recae sobre el infante.

La palabra "retención" se entiende gramaticalmente como: detener, conservar, guardar en sí.

---

(95) Maggiore, Guiseppe. Ob. Cit. pág. 246.

"Retención" debe entenderse como el acto de detener y no entregar al menor, a quien tiene derecho a ello. "La retención implica que el sujeto pasivo, ya en la esfera del dominio del agente, se le impida de manera indebida recuperar su libertad". (96)

Y en relación al término "ocultación" -se dice de su significado-: "Es la sustracción que se hace de alguna cosa para quitarla de donde pueda ser vista y ponerla donde se ignore que la hay". (97)

Por "ocultación", hay que entender la acción de esconder al infante en cualquier lugar desconocido para las personas relacionadas con él. La ocultación del sujeto pasivo, presupone como antecedente la sustracción o retención del mismo.

Nos quedaría mencionar los términos de plagio y secuestro, conceptos ya estudiados en el segundo capítulo del presente estudio, y para no caer en repeticiones inútiles, bastará decir que la actual legislación podría retomar alguno de estos dos conceptos, sinónimos gramaticalmente, y sustituir el término robo.

Referido así el marco de significación de cada una de las terminologías citadas, resulta contradictorio que nuestra legislación penal siga usando el término "robo", siendo el menos indicado vista su significación gramatical y jurídica para expresar una conducta que básicamente consiste en una privación ilegal de la libertad; por las características del sujeto pasivo, el

---

(96) *Ibidem.* pág. 247.

(97) Escriche, Joaquín. *Ob. Cit.* Tomo II. pág. 1291.

ilícito se torna agravado, pero de ninguna manera esta expresión corresponde al tipo legal en estudio, debiéndose tomar en cuenta otro término que lo precise con mayor claridad, dada su especial naturaleza.

El artículo 366 del ordenamiento penal para el Distrito Federal, contempla una conducta ilícita que por sus características y la gravedad de la infracción, provoca una gran alarma social ya que en el mismo se utiliza la expresión "Robo de Infante" para referirse al secuestro de un menor, que en este supuesto normativo tiene como límite la edad de doce años.

Osorio y Nieto, al respecto, hace referencia a tal expresión señalando: "Para efecto del exámen de este delito, entenderemos por robo el apoderamiento, sustracción o retención del pasivo".  
(98)

En justicia, hay que decir que la legislación penal mexicana y en este caso, la del Distrito Federal, define la mayor parte de los delitos en forma que no da lugar a dudas; a guisa de ejemplo, como acciones tipificadas en tal ordenamiento, me permito citar al homicidio y al robo propiamente dicho. "El que prive de la vida a otro", privar de la vida es lisa y llanamente una descripción objetiva apreciable por los sentidos y que carece de valoración, por lo que nos encontramos ante un tipo normal, el tipo por excelencia.

El delito de robo lo comete el que se apodera de una cosa ajena, mueble; este delito es constituido en un elemento objetivo como "apoderar", lo cual unido a la expresión "ajena", que es la valoración jurídica sin que por ello el tipo pierda su función descriptiva. La unión de tales caracteres sirve para distinguir estas figuras delictivas de cualquier otra.

Por el contrario, al hablar de la expresión "robo de infante", no hallamos con facilidad su función descriptiva, ya que los elementos que la estructuran no son determinados por la expresión de robo; lo cual nos lleva a señalar entre sus elementos a un apoderamiento pero no de cosa mueble, sino de un infante menor de doce años, por persona extraña a su familia.

La presencia de un término que precise con claridad la definición de este tipo legal, es cada vez más urgente, dado el proceso evolutivo de nuestra sociedad y por ende, de nuestro Derecho y en especial del Penal, que es el que se alza para tutelar los bienes más elementales de la vida humana, con la amenaza de la pena. Hablar de la necesidad de reformar el tipo a estudio, significa evitar en lo posible la utilización de expresiones contradictorias, el empleo de términos equívocos, y en general las redacciones legislativas que ya no corresponden a nuestra vida actual, ni en el concepto social, ni mucho menos en el concepto jurídico, y a la vez evitar errores técnicos y gramaticales que originen serios problemas para la administración de justicia.

Si no hay identidad o concentración entre la descripción del tipo y el término con el cual es denominado, no se cumple con la función descriptiva del delito, dificultándose su justificación.

No cabe duda que al hacer el estudio de este tipo, se encuentran serias contradicciones, ante tal situación autores como Osorio y Nieto, Jiménez Huerta y René González De la Vega, expresan la falta de precisión del lenguaje jurídico en relación al delito de robo de infante. El primero de estos autores aclara: -entenderemos por robo el apoderamiento, sustracción o retención del pasivo- así, se debe pugnar por evitar que se llegue a la equiparación absurda de dos tipos que tutelan tan disímbolos bienes jurídicos, como lo son el robo (delito patrimonial), y el robo de infante (delito contra la libertad individual).

De ahí la urgente necesidad de reformar el tipo a estudio atribuyendo a este delito un término apropiado a la calidad del sujeto pasivo, "y aunque en el lenguaje popular se escuchen todavía expresiones: -se robó la novia-, -le robaron al niño-, la ley penal debe tamizar estas locuciones en el harnero y en el cedazo jurídico". (99)

Se debe cambiar la denominación "robo de infante", por otra que se ajuste a las transformaciones que han operado tanto al orden de la esencia del delito, como a su correcta denominación jurídica. Este cambio ha de hallar su marco en una reforma legislativa que sustituye el término "robo" por alguna de las termino-

---

(99) Jiménez Huerta. Ob. Cit. Tomo III. pág. 146.

logías anteriormente señaladas: sustracción, retención, secuestro.

Considero como más apropiados los términos sustracción o secuestro, ya que por su significación se adecúan con mayor facilidad a la conducta antijurídica que la ley penal señala. Valga enfatizar que sustraer quiere decir separar o apartar; esta acción referida al pasivo, es llevarlo o trasladarlo del lugar donde se encuentra, a otro distinto que no le corresponde, y en el cual el agente opera su dominio impidiéndole regresar al lugar del cual fué separado o apartado, este lugar puede ser su casa, la escuela, el parque, la tienda, cine o cualquier otro donde el menor ejerce su libertad de movimiento y desplazamiento, y a la vez puede ser cuidado y vigilado por sus padres, tutores o persona encargada de él -la sustracción se comete al separar al menor de doce años, del lugar que es su residencia habitual-.

El término sustracción puede ser aplicado a las personas sin contravenir la esencia del ser humano, ni a su valor más preciado: la libertad.

## CONCLUSIONES

- 1.- Los orígenes del delito de Robo de Infante los encontramos en las figuras jurídicas del Derecho Romano denominadas "Furtum" y "Plagium", diferenciándose entre sí, porque la primera era perseguida por una acción civil, en tanto que la segunda era procesada en juicio público y dependía las más de las veces por el fin con que se cometía el delito.
- 2.- El delito de Robo de Infante encuentra su verdadero origen en el antiguo "Plagium" romano, surgido a finales de la República, en la Lex Fabia, y que más que una protección a la libertad, era una protección al derecho de propiedad.
- 3.- Los antecedentes nacionales del delito a estudio, se encuentran en los Códigos Penales de 1871 y 1929, utilizando el primero de ellos en su capítulo relativo, el término "secuestro", en tanto que el Código de 1929 utiliza el de "plagio".
- 4.- El antecedente inmediato de la fracción VI del artículo 366 de nuestro ordenamiento punitivo, lo encontramos en el artículo 882 del derogado Código Penal de 1929, que utiliza por vez primera el término "Robador de Infante", trascendiendo de igual forma a nuestra actual legislación.

- 5.- Los conceptos de plagio y secuestro, dentro de la acepción jurídica que nos interesa, contienen elementos comunes, y por lo tanto se consideran sinónimos, por lo que consideramos que nuestra legislación debe retomar uno de ellos, y no utilizar ambos dentro del numeral materia de nuestro estudio.
- 6.- La fracción VI del artículo 366, comprende en su definición típica, tres hipótesis de ejecución, que se determinan en relación al sujeto pasivo, al sujeto activo, y a la penalidad aplicada según las circunstancias específicas de la actualización del supuesto jurídico.
- 7.- Las instituciones jurídicas de Patria Potestad y Tutela, adquieren una valoración jurídica dentro del tipo que estudiamos, y se diferencian una de la otra, en que la primera tiene su origen en la filiación, (consanguínea o civil) en tanto que la tutela encuentra su apoyo como una institución subsidiaria de la patria potestad.
- 8.- La privación de libertad a que se refiere la fracción VI del artículo 366 de la legislación penal para el Distrito Federal, lesiona no sólo al infante como sujeto pasivo, sino también a la familia y la sociedad, no obstante que la ley le otorgue una prelación jurídica al derecho del menor.
- 9.- El delito de robo de infante encuentra como requisitos concurrentes a su caracterización los siguientes: el sujeto pasivo será necesariamente un menor de doce años

- de edad; el sujeto activo deberá ser un extraño a la familia del menor y que no ejerza la patria potestad o tutela sobre éste; y finalmente los elementos subjetivos, que pueden ser sentimientos de odio, venganza, interés pecuniario e incluso razones afectivas.
- 10.-El Derecho Penal tutela los valores que resultan vitales al individuo y a la sociedad, cada uno de estos valores representa un "bien jurídico", un interés común e indispensable para garantizar la seguridad de la comunidad, bajo tal amparo se eleva la libertad, que constituye una necesidad social.
- 11.-La privación de libertad, en su modalidad de robo de infante, no exige en su descripción legal ningún dolo específico, presentándose tanto el lucro, como móviles de odio, venganza, e inclusive afectivos para la aparición del delito.
- 12.-Dentro de los elementos del delito, la punibilidad entraña enorme interés práctico, porque de su eficacia depende grandemente la reducción de la criminalidad, tanto por su ejemplaridad, como por la readaptación de los infractores, por lo que certeramente, el atenuante de la punición del delito, sólo aprovecha a los cónyuges que han perdido la patria potestad.
- 13.-Dentro del núcleo familiar, los hijos menores de edad ocupan un lugar preferente; el artículo 366 en su fracción VI, significa un instrumento normativo, creado

para la protección del infante, por ello dicho tipo delictivo debe estar expresado claramente en nuestro ordenamiento penal.

14.-El término "Robo", por su concepto jurídico, no es el adecuado para determinar un delito consistente en privar de su libertad a un menor de doce años de edad, por lo cual considero necesario que el legislador utilice otra terminología que sea más factible con la naturaleza del bien jurídico tutelado por la norma.

15.-Denominar como "Robo de Infante" al delito en estudio es una expresión contradictoria del lenguaje jurídico ya que el legislador presenta con iguales terminologías, dos delitos que son totalmente distintos, dada su diferencia entre los elementos constitutivos del robo (delito patrimonial), y Robo de Infante (delito contra la libertad individual).

16.-Se debe pugnar por cambiar el término "Robo de Infante", usado en la descripción típica, por el de "Sustracción de Infante", o bien por los de "Retención de Infante", "Ocultación de Infante", "Secuestro de Infante", o bien "Plagio de Infante", toda vez que la palabra robo es la menos adecuada en el lenguaje jurídico de nuestros días, aplicado a las personas.

## B I B L I O G R A F I A

- Arroyo Trujillo, J.                   Jurisprudencia Mexicana. Tomo I. 1917. Año 10-1981. Editorial Cárdenas. México. 1984. 1a. Edición.
- Berger, Adolf.                        Enciclopedy Dictionary of Roman Law. Editorial The American Philosophical Society. Filadelfia. 1953. Reprinted 1980.
- Carrancá y Trujillo, Raúl.           Código Penal Anotado. Editorial Porrúa México. 1989. 14a. Edición.
- Carrara, Francisco.                 Programa de Derecho Criminal. Volumen III. Editorial Temis, Bogotá. Buenos Aires, Argentina. 1964. 5a. Edición.
- Castellanos Tena, Fernando.        Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1981. 16a. Edición.
- Cuello Calón, Eugenio.             Derecho Penal. Tomo I. Editorial Bosh. S.A. Barcelona. 1975. 14a. Edición.
- Cuello Calón, Eugenio.             Derecho Penal. Tomo II. Editorial Bosh. S.A. Barcelona. 1975. 14a. Edición.
- Díaz de León, Marco Antonio.       Diccionario de Derecho Proccsal Penal. Tomo I y II. Editorial Porrúa. México 1986. 1a. Edición.
- Escriche, Joaquín.                 Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo I y II Editorial Cárdenas. México. 1979. 1a. Edición.
- Galindo Garfias, Ignacio.          Derecho Civil. Editorial Porrúa. México. 1980. 4a. Edición.
- Gómez, Eusebio.                    Tratado de Derecho Penal. Parte Especial Tomo IV. Compañía Argentina Editores. Buenos Aires. 1941.
- González De la Vega, Francisco.    Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Editorial Porrúa. México. 1973. 12a. Edición.
- González De la Vega, Francisco.    Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1979. 15a. Edición.

- González De la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. México. 1989. 9a. Edición.
- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III y IV. Editorial Losada. Buenos Aires, Argentina. 1963. 4a. Edición.
- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. Editorial Porrúa. México. 1985. 5a. Edición.
- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Editorial Porrúa. México. 1982. 4a. Edición.
- Maggiore, Guisuseppe. Derecho Penal. Tomo IV. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1972. 2da. Edición.
- Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México. 1980. 21a. Edición.
- Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Libro de Edición Argentina. 1978.
- Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. México. 1989. 4a. Edición.
- Pacheco J. Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Madrid. 1988. 7a. Edición.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Parte Especial. Robo, Abuso de Confianza y Fraude Genérico. Editorial porrúa. México. 1982. 5a. Edición.
- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional. México. 1980. Traducida de la 9a. Edición Francesa.
- Porte Petit, C. Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1987. 11a. Edición.
- Rosas Benítez, Alberto. Introducción a la Historia del Derecho. Editorial Esfinge. México. 1978. 4a. Edición.

- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1956. 8a. Reimpresión Total.
- Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Editorial Trillas. México. 1973. 1a. Edición.

#### LEGISLACION CONSULTADA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México. 1989. 86a. Edición.
- Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México. 1991. 47a. Edición.
- Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871. Leyes Penales Mexicanas. INACIPE. México. 1979.
- Código Penal para el Distrito Federal. y Territorios Federales de 1929. Leyes Penales Mexicanas. INACIPE. México. 1979.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común. Editorial Harla. Colección Leyes Mexicanas. México. 1990.

#### OTRAS FUENTES

- Revista Mexicana de Derecho Penal. Organó de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y Territorios Federales. Número 26. Editora Mayo.
- Revista Mexicana de Derecho Penal. Organó de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. El Delito de la Privación Ilegal de la Libertad. Millán Martínez, Rafael. Número 26. Marzo - Abril de 1969. Tercera Epoca. México.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomos XXII y XXVI. Editorial Bibliográfica Argentina. S. R. L. Buenos Aires. 1964.
- Diccionario Jurídico Mexicano. Tomos VII y VIII. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa. México. 1985.
- Diccionario Porrúa de la Lengua Española. Editorial Porrúa. México. 1969. 2a. Edición.