

32080924  
71



**UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO**

**CAMPUS TLALPAN**

**ESCUELA DE DERECHO**

Estudios Incorporados a la

Universidad Nacional Autónoma de México

**PRIVACION DE LA LIBERTAD CONTRA DE UN  
MENOR DE DIECISEIS AÑOS, INCREMENTO  
EN LA PUNIBILIDAD ANTES DENOMINADO  
ROBO DE INFANTE**

**T E S I S  
Q u e p r e s e n t a**

**OSCAR HECTOR VELAZQUEZ PEREZ**

para obtener el título de

**LICENCIADO EN DERECHO**

Asesor de Tesis: LIC. TOMAS DE JESUS CORTES SAMPERIO

México, D. F.

1997

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



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

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

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

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

**DIOS MIO:**

**Gracias a tu misericordia,  
he llegado hasta este  
momento de mi camino.**

**A MIS PADRES:**

**ANTONIO Y EMMA,  
por todo el apoyo que  
me brindaron para mi  
realización profesional,  
la cual constituye la herencia  
que pudiera recibir de Ustedes.**

**¡ Que Dios los bendiga !**

A MI ESPOSA;

LAURA, gracias a la vida el  
que me permitió vivir a tu lado,  
ya que con tan grande amor, he  
alcanzado esta meta tan preciada.

A MIS HIJAS;

PAMELA, FERNANDA, que gracias  
a su existencia han venido a llenar mi  
vida de felicidad.

A MIS HERMANOS;

BETY, MARCO, JAQUI,  
Con profundo amor.

A MI TIA PAZ: ( q.e.p.d. )

a su memoria, por que en mi  
mente y en mi corazón siempre  
estará

A MI AMIGO;

ABRAHAM CAMACHO, gracias  
haberme brindado tu apoyo.

A LA UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO;

Por haber sido la fuente de mi formación profesional.

AL LIC. HUMBERTO AMBRIS ARIAS  
Y LIC. TOMAS CORTES SAMPERIO;

Por su valiosa colaboración en la  
realización del presente trabajo.

PRIVACION DE LA LIBERTAD CONTRA DE UN MENOR  
DE DIECISEIS AÑOS, INCREMENTO EN LA PUNIBILIDAD  
ANTES DENOMINADO ROBO DE INFANTE

INDICE

INTRODUCCIÓN . . . . .

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. ORIGEN DE LOS JUICIOS PÚBLICOS REFERENTE AL ROBO DE INFANTE, ACTUALMENTE DENOMINADO PRIVACION DE LA LIBERTAD CONTRA UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS.	2
1.1 ROMA	4
1.2. ESPAÑA	5
1.3. MÉXICO	8
1.4. LEGISLACIÓN COMPARADA EN AMERICA LATINA	14

CAPITULO II.- ASPECTO GENERICO DEL TIPO DE ROBO

2. ASPECTOS GENERALES	
2.1. CONCEPTOS	26
2.2. ELEMENTO DEL TIPO	28
2.3. BIEN JURÍDICO TUTELADO	41

CAPITULO III.- ROBO DE INFANTE TIPIFICACION ANTERIOR A LAS REFORMAS  
VIGENTES A PARTIR DE MAYO DE 1996.

3. CONCEPTO	44
3.1. CONDUCTA TÍPICA	46
3.2. CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN RAZÓN DE UNA CONDUCTA Y RESULTADO	54
3.3. ASPECTOS NEGATIVOS DE LA CONDUCTA.	55
3.4. LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA	57
3.5. CONCEPTO DE TIPO Y TIPICIDAD	
3.6. ELEMENTOS DEL TIPO	

3.7. CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL TIPO	59
3.8. AUSENCIA DE TIPO	61
3.9. CAUSAS DE ATIPICIDAD	62
4. LA ANTIJURIDICIDAD	63
4.1 CONCEPTO	
4.2. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	65
4.4. CONCEPTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION	66
5. LA IMPUTABILIDAD	67
5.1. CONCEPTO	
5.2. ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA	68
5.3. LA INIMPUTABILIDAD Y SUS CAUSAS	69
6. LA CULPABILIDAD	70
6.1. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD	
6.2. FORMAS DE CULPABILIDAD	72
6.3 LA INCULPABILIDAD Y SU CONCEPTO	75
7.- PUNIBILIDAD	76
7.1. CONCEPTO	
7.2. EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL CODIGO PENAL	77
7.3. LA PENA	
CAPITULO IV.- DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS	86
8.- CONCEPTO DE PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS	
8.1 MEDIOS COMISIVOS EN EL DELITO DE PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS.	88
8.2. CLASIFICACION DEL DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS EN ORDEN AL DAÑO QUE CAUSA.	
8.3 CLASIFICACION DEL DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS EN ORDEN A SU DURACION	

<b>8.4 CLASIFICACION DEL DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS EN ORDEN A LA PERSECUCION</b>	<b>90</b>
<b>8.5. LA TENTATIVA EN EL DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS</b>	
<b>8.6. DIFERENCIAS DE PENALIDAD ENTRE EL DENOMINADO DELITO DE ROBO DE INFANTE Y EL DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS</b>	<b>91</b>
<b>8.7. MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES JUDICIALES RESPECTO A LAS INCIDENCIAS DEL DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS</b>	<b>94</b>
<b>8.8. EL DAÑO MORAL CAUSADO A LA FAMILIA Y AL MENOR POR EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO</b>	<b>96</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	

## INTRODUCCION

La sociedad, a través de su historia, ha descubierto que determinados intereses son preciosos; estos deben ser protegidos con mayor fuerza, con mayor vigor que otros; estos denominados bienes jurídicos primordiales son : La vida, la propiedad, el honor, la libertad; cuando uno de estos bienes jurídicos es dañado, es cuando el derecho debe imponer el orden y la paz social, pero con mayor fuerza que cuando lo hace refiriéndose a otros intereses de cuantía menor.

En el presente trabajo recepcional, dejamos perfectamente establecido que la denominación del delito de Privación ilegal de la Libertad contra un menor de Dieciséis años, es un delito grave, por lo que el legislador para darle mayor énfasis, le designa a este ilícito el de Privación ilegal de la libertad y otras, para demostrar a la opinión pública que existe preocupación por parte de quien hace la ley por regular la realidad existente en un momento determinado, sin embargo el legislador ha omitido sancionar severamente tan grave ilícito, así como el establecer la sanción del daño moral como reparación del mismo.

Cuando en la sociedad sucede el quebranto de un bien jurídico primordial, el derecho actúa imperioso, la coercitividad del estado funcionando a través del derecho se hace más violenta y esta rama, esta disciplina del derecho, es el derecho penal.

El presente trabajo recepcional, refiere al incremento en la punibilidad del delito de Privación ilegal de la libertad contra de un menor de dieciséis años, ya que al ser quebrantado el tipo penal, se infringe un bien jurídico tutelado por la norma de cuantía inigualable que es la Libertad.

Cuando la privación de la libertad se comete en contra de un menor de dieciséis años, podemos tener idea del daño enorme producido por el quebranto al bien jurídico tutelado por la norma, la afectación cometida en contra de este y la familia es muy grave.

En lo personal el presente trabajo recepcional atrajo mi atención, en virtud de que este delito lo considero uno de los mas graves cometidos en contra de un menor y de la sociedad misma. No solamente el menor es ofendido y quien reciente el daño enorme de la pérdida de su libertad sin alcanzar a entender en muchas ocasiones el por que de esta privación, sino que es toda una familia y la sociedad misma las que sufren las consecuencias al comprender que un ser querido, un integrante de la sociedad, se encuentra privado de la libertad y posiblemente en peligro de muerte, es por ello que el núcleo familiar y la sociedad misma exigen al legislador la imposición de una pena ejemplar por tan aberrante ilícito.

Pretendo en el presente trabajo, que el legislador efectúe un incremento en la pena corporal del individuo que viola e infringe el tipo penal, consistente en la Privación Ilegal de la Libertad contra un menor de dieciséis años, así como el que el órgano jurisdiccional condene a la reparación del daño moral que causa al menor. Por tal circunstancia se señalan antecedentes históricos, legislativos, para tener referencia de las sanciones establecidas para este tipo de delito, así como un capítulo relativo a la anterior denominación de ROBO DE INFANTE, perteneciente al derecho penal, distinguiendo un tipo de otro, así como el establecer la circunstancia y antecedente del Daño moral, el legislador dentro del numeral 366 fracción II inciso e), del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, sancionándose con ello al individuo que quebrante el tipo penal.

**CAPITULO I**  
**ANTECEDENTES HISTORICOS**

1. ORIGEN DE LOS IUDICIA PUBLICA, REFERENTE AL ROBO DE INFANTE, ACTUALMENTE DENOMINADO PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS. El Derecho penal privado de las XII Tablas respondía a las condiciones de una comunidad embrionaria de modestas proporciones y carácter rural. Iba a mostrarse, cada vez más, como insuficiente cuando Roma se convirtiera en una gran urbe atravesada por violentas tensiones sociales. El crecimiento del proletariado de la capital y el aumento de los contingentes de esclavos fue acompañado de un auge de la criminalidad, que exigió enérgicas medidas para mantener la seguridad pública. Por eso surgió, lo más tarde a comienzos del siglo II, pero probablemente ya en el curso del siglo III a. C., una justicia policial contra delincuentes con violencia, incendiarios, envenenadores y ladrones. Se estableció para todos ellos la pena de muerte (para el ladrón, únicamente si había sido sorprendido in fraganti al cometer el hurto o llevarse el botín). Se consideraba como delito digno de muerte el simple hecho de llevar armas con intención de delinquir, comprar y venderlas y, en general, estar en posesión de venenos letales. El que había sido sorprendido por la policía era penado de oficio, pero el procedimiento podía también incoarse por denuncia de un particular (nomis delatio) y, en este caso, estaba generalmente al cargo del delator aportar la prueba del delito denunciado. La competencia para ejercer esta justicia policial correspondía propiamente al pretor urbano, como titular del imperium jurisdiccional. Sin embargo, él dejaba el castigo de esclavos y criminales de los estratos inferiores de la población libre en manos de los tresviri capitales, magistrados menores, a los que incumbía también garantizar la seguridad de la urbe, vigilar las cárceles del estado y llevar a cabo las ejecuciones. Los tresviri capitales ejecutaban a los delincuentes confesos o sorprendidos in flagranti, según parece sin proceso. Tratándose de esclavos se forzaba la confesión mediante tortura.

Pero si el acusado discutía el hecho que se le imputaba, entonces decidía sobre su culpabilidad o inocencia el consejo (consilium) del triunviro encargado del asunto. Es de suponer que ante el propio pretor o ante un delegado (quaesitor) sólo se llevaran los procesos contra ciudadanos de cierto prestigio, no confesos. Aquí se requería siempre una sentencia condenatoria del consilium. La imposición de una pena al que había sido declarado culpable era asunto del pretor. Aunque éste no pudiera sustituir por otra la pena de muerte prescrita legalmente, podía dejar que el condenado escapara al exilio y pronunciar contra él la aqua et igni interdictio.

En la primera época de la república, los tribunos de la plebe, ediles y cuestores llevaban, según vimos, los procesos penales ante los comicios. En la época tras la segunda guerra púnica, este procedimiento no tardó en revelarse como extemporáneo, puesto que la asamblea popular ya no constaba, en su mayoría, de prudentes labradores como antes sino influencias demagógicas. Además, la política y la administración se habían complicado tanto que el ciudadano medio, en muchos casos, ya no era capaz de enjuiciar las circunstancias del delito. En consecuencia, se hizo cada vez más corriente -en especial cuando se infringían las obligaciones propias del cargo de gobernador provincial o de otras magistraturas- que el senado remitiera los delitos políticos a los cónsules o a uno de los pretores para que éstos hicieran la pesquisa oportuna y los tramitaran ante su consilium, compuesto por senadores y versado, por tanto, en la materia. También se introdujeron estos tribunales extraordinarios (quaestiones extraordinariae) tanto para juzgar delitos multitudinarios que la justicia penal pública con la tramitación ordinaria no pudiera resolver, como para reprimir movimientos contra la seguridad del estado.

Hasta fines del siglo II a.C. todos estos tribunales públicos (judicia publica) tuvieron un carácter más o menos improvisado. Se constituían de caso a caso y es de suponer que la elección del consilium, que tenía que decidir sobre la culpabilidad, correspondiera al magistrado que lo presidía o al senado. Sólo para el procedimiento por concusión de magistrados romanos en Italia o en las provincias (el procedimiento repetundario, infra,) existía a partir de una lex Calpurnia repetundarum del año 149 a. C., una "lista especial de jueces" expuesta todo el año del cargo y de la que cada vez se formaba el consilium con el concurso del acusador y del acusado. El pretor peregrino actuaba como presidente en este procedimiento. Al parecer, sólo podían crearse otros tribunales "permanentes" de este tipo (quaestiones perpetuae) cuando los consejos de los tribunales penales ya no tuvieran que cubrirse exclusivamente con miembros del senado (que, por aquel entonces, sólo constaba normalmente de 300 miembros esto es, según la lex Sempronia judiciaria de C. Graco, 122 a.C.). Esta ley, que abrió a los caballeros el acceso al puesto de juez, constituyó el punto de partida de la evolución de un sistema de jurados, a los que en los últimos tiempos de la república y comienzos del principado correspondió la justicia penal ordinaria.

1.1 ROMA. El Robo de infante se contemplaba en el digesto o, pandectas -compilación de las mejores decisiones de los jurisconsultos romanos- dividida en cincuenta libros promulgados en el año 533, esta obra fue realizada en tiempo de Justiniano por 17 Magistrados o juristas a cuya cabeza se hallaba el Celebre Triboniano. En el libro 48 Título 15.L.1, dice: " Si liberum, hominem emptor sciens emerit, capitale adversus eum ex leg fabia de plagio nascitur " ( 1)

" Se llama plagio al crimen que se cometía ocultando, vendiendo, comprando, poniendo o reteniendo en prisiones, con mala fe (dolo) a un ciudadano romano ingenuo o libertino, o al esclavo ajeno sin el consentimiento de su dueño." ( 2)

" En un principio se castigaba con multa, que se repartía entre el erario y la parte ofendida, después con Paulo, se aplicaron medidas respectivas severas, para los de condición humilde, crucifixión y un tanto atenuadas para los de condición elevada, relegación perpetua y pérdida de la mitad de sus bienes." (3)

" La Ley favia, de plagariis, de fecha desconocida castigaba el plagio con multa y protegía, no el derecho de libertad, sino el de propiedad que tenían los ciudadanos romanos sobre sus siervos, Derecho dominical, ya que aún las personas podían ser susceptibles de enajenación.

Plagio viene de la palabra latina plaga y significa llaga, herida, calamidad, infortunio, seguramente se utilizó esta expresión, significando el dolor o herida moral que le quedaba al padre cuando se le privaba de lo más querido en el mundo. Sicque plagiarii discuntur qui viventium filiorum moserandas infgunt parentibus orbitates." ( 4 )

1.2. ESPAÑA. Con la influencia de los derechos romanos y germánicos. España nos lego su Derecho Penal, que estuvo vigente en México durante la Colonia y sirvió de prototipo para las legislaciones posteriores a la independencia.

a).- FUERO JUZGO. " Cuando los godos en los primeros tiempos se establecieron en España, los usos y costumbres tridos de la germanía, así como las leyes que sus antecesores habían promulgado de viva voz, fueron

recopilados y escritos por orden de Eurico llamándoles Leyes Teodoricianas. Posteriormente Alarico 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 código, que publicado el año 506 y fue comúnmente conocido como breviario de Anniano."(5)

Cundavinto fundió las legislaciones romanas y goda y formó el código nacional publicado en el concilio VII de Toledo. Este código nacional, fue corregido, aumentado, disminuido, reformado o confirmado en los Concilios VII, XII y XVI de Toledo y se compuso en latín, denominándose Codex Legum, liber legum, liber Gotorum, Liber Judicum.

Tiempo después, por orden del santo Rey Don Fernando, que había conquistado Córdoba, se le dio a esta ciudad por fuero el código latino visigodo y desde entonces se conoce con la denominación de Fuero Juzgo.(6)

"Consta de un exordio, con dieciocho leyes sobre la elección de los príncipes, sus derechos y obligaciones; y de doce libros divididos en cincuenta y cuatro títulos con quinientas cincuenta y nueve leyes." ( 7 )

En el séptimo libro, referente a los robos y falsedades, en su ley 3, tít. 3 dice : " Quien vendiere fiio o fiia de omme libre, ó de mujer libre en otra tierra, ó lo saca de su casa por enganno e lo lieva en otra tierra, sea fecha ciervo del padre, ó de la madre, ó de los hermanos daquel mismo, quel puedan justiciar ó vender, si quisieren; ó si quisieren tomen del la enmienda

del omecillio, que son CCC sueldos; caa tal cosa cuemo aquesta los padres e los parientes no lo tienen por menos que si lo matasen. E si los padres pudieren cobrar el fiio, el que lo vendió peche a los padres del omecillio que son CL sueldos, e si non oviere de que los pague, sea siervo de los padres. " ( 8 )

b).- LAS PARTIDAS. El Código alfonsino, llamado las siete partidas, compilado en tiempos del Rey Don Alfonso el sabio, consta de siete partes y en la última de estas, dedicada a las acusaciones, delitos y pena, se encuentra la Ley veintidos, tit, 14, al tenor siguiente: " Sosacan o furtan algunos ladrones, los hijos de los omes, o los siervos ajenos, con intención de los llevar a vender a tierra de los enemigos, o por servirse de ellos de siervos. E por que de estos atales fazen muy gran mandad, merecen pena. E por ende dezimos, que cualquier que tal furto como este fiziese, que si el ladrón fuere fijodalgo, deve ser echado en fierros e condenado para siempre que labre en las labores del rey. E si fuere otro ome que no sea fijodalgo, deve morir por ende. Esa misma pena ha lugar en todos aquellos que dan o venden ome libre, e los que compran o reciben, de otra manera en don de sabiendas, con intenciones de servir del como siervo o venderlo. " (9)

c).- CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1822. " El código de 1822 castigó severamente a los delincuentes de raptó, imponiendo penas de cinco a nueve años de obras públicas, o más, si el delito se había cometido usando el engaño o causando heridas o mal trato.

Se entendía que cometía el delito con violencia, cuando el raptor robaba niño o niña impúber, aunque no se le causara daño alguno.

Cuando el menor sujeto a patria potestad, tutela, curatela o bajo el cuidado de otra persona, consentía en el robo, la pena se atenuaba siendo esta de dos a seis años, más cuatro de destierro del pueblo en que se habitara el menor robado y veinte leguas en contorno." ( 10 )

d).- CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848.- " Este ordenamiento en 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 un menor que no lo presente a sus padres o guardadores, ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición.

Igualmente era castigado, aunque no en forma severa, quien inducía a un menor de siete años, a que abandone la casa de sus padres, tutores o encargados de su guarda." ( 11 )

Los códigos penales españoles de 1870 y 1932, siguen los lineamientos del Código Penal de 1848 en lo referente a sustracción de menores.

1.3 MEXICO. Cuando la Independencia de México se consumó en el año de 1821, estaban vigentes como derecho principal, las leyes de Indias, complementadas con las Ordenanzas de Minería, de Independientes, de Tierras y Aguas y de Gremios; y como Derecho supletorio, la Novísima Recopilación, las siete partidas y las Ordenanzas de Bilbao.

Durante el Imperio de Maximiliano, el ministro Lares, hizo el proyecto de un Código Penal que no llegó a promulgarse y fue hasta el año de 1869, cuando el estado de Veracruz puso el ejemplo a las demás entidades, al promulgar sus Códigos Civil, Penal y de Procedimientos, que desde luego sólo fueron aplicables en dicho Estado.

El Código Penal Veracruzano, sancionó el delito de robo de infante en el título sexto, artículos 624 y 625.

a).- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA DE 1871. " En 1868, el licenciado Don Antonio Martínez de Castro, organizó y fue presidente de la comisión redactora del primer Código Penal, contando con la colaboración de los licenciados Don José María Lafragua, Don Manuel Ortáz de Montillano y Don Manuel M. DE Zamacona. Trabajando durante dos años y medio en la elaboración de mil ciento cincuenta y dos artículos, presentaron proyecto a las camaras, éstas lo aprobaron y fue promulgado el 7 de Diciembre de 1871. " (12 )

En el capítulo denominado " Delitos contra el Estado Civil de las personas ", se sanciona como delito de ocultación, supresión, robo o sustitución de infante, cuando se ejecute con el fin de que alguien adquiera o pierda derechos de familiar que no le corresponden.

En el artículo 780, se establece como pena ocho años de prisión al que roba un infante, aunque éste siga voluntariamente a su raptor, castigándose como plagio si el ofendido fuere mayor de siete años. Este ordenamiento utilizó la palabra infante en su verdadera, única y estricta acepción, al establecer como edad máxima siete años, pues pasando de esa edad, aunque sean menores, ya no son infantes.

B).-CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929. En 1925 se iniciaron trabajos de revisión que rompen los antiguos moldes de la escuela clásica; trabajos concluidos en 1929, promulgándose el código Penal de esa fecha, el cual consta de 1233 artículos de los cuales cinco son transitorios.

Aunque con los mismos lineamientos del Código Penal anterior, respecto al delito objeto de este estudio, podemos apreciar ligeras variantes.

El artículo 882 establece de tres a ocho años de segregación cuando se cometa robo de infante menor de diez años, aunque éste siga voluntariamente al robador; pasando de diez años la edad del ofendido. El delito se sanciona como secuestro.

En el 1109 no se otorga el beneficio de la libertad preparatoria, en tanto el reo no demuestre se enmienda efectiva además de poner en absoluta libertad al secuestrado.

El siguiente artículo establece como circunstancias agravantes, el hecho de que el secuestrador no ponga en libertad al secuestrado antes de tres días, o cuando el secuestrado haya sido objeto de maltrato.

c).- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1931. En virtud de que el Código Penal de 1929, contenía grandes deficiencias de redacción, duplicidad y contradicción de conceptos, el licenciado Portes Gil, determinó la inmediata designación de una nueva comisión revisora que formulo el actual ordenamiento penal promulgado el 13 de agosto de 1931, este ordenamiento, pragmático por excelencia, sencillamente redactado, recoge y organiza experiencias anteriores plasmadas en cuatrocientos tres artículos redactados con la comisión presidida por el licenciado Alfonso Teja Zabre.

En su artículo 366, originalmente se expresaba; se impondrán de cinco a veinte años de prisión y multa de cien a mil pesos, cuando la

detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes. . . y . . . cuando se cometa robo de infante menor de siete años, un extraño a la familia de esta. Si el plagiario pone en libertad a la persona secuestrada, espontáneamente antes de tres días y sin causar ningún perjuicio grave, sólo se aplicara la sanción correspondiente a la detención ilegal de acuerdo con los dos artículos anteriores.

Este artículo ha sido modificado en varias ocasiones.

En 1945, el texto de la fracción quinta fue suprimido, pero en su lugar se adicionó lo siguiente: " El robo de infante, menor de diez años, se castigará con prisión de diez a treinta años".

En la actualidad el texto del artículo 366 dice: " Se impondrán de seis a cuarenta años de prisión y multa de 200 a 500 días, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes. . .

VI.- Cuando se comete el robo de infante menor de doce años por quien sean extraño a su familia y no ejerza la patria potestad sobre él, Si el plagiario pone en libertad a la persona secuestrada, espontáneamente, antes de tres días y sin causar ningún perjuicio grave, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la detención ilegal de acuerdo con los artículos anteriores".

Nuestro actual ordenamiento, en este artículo introduce una confusión con las expresiones plagio o secuestro, desde el punto de vista gramatical.

Plagio y secuestro, son palabras afines, teniendo una sola variante de que el secuestro se refiere a quienes se apoderan arbitrariamente

de una persona adinerada, y con ese objeto exigen un rescate sobre su persona, para ponerlo en libertad, y plagio consiste en el apoderamiento de cualquier persona, sea acomodada o no, con el mismo propósito de exigir dinero por su libertad.

Como se ve, hubiera sido suficiente en la Ley la expresión plagio, aunque, como después expondremos, la exigencia de rescate no es imprescindible para la existencia del delito.

ROBO.- El acto de quitar o tomar para sí con violencia o fuerza la cosa ajena. Diferenciase del hurto en que este se comete encubiertamente y aquel públicamente, este sin fuerza y aquel con ella; de modo que en el robo no solo se priva al dueño de lo que le pertenece, como en el hurto, sino que además se atenta a su tranquilidad intimidándole con armas o amenazas; por lo cual debe castigarse el robo con más rigor que el hurto; ley 1 tit. 13 part. 7. Sin embargo, en la práctica se suele usar indistintamente de las dos palabras como si fueran sinónimas.

RAPTO.- El robo que se hace de alguna mujer sacándola su casa para llevarla a otro lugar con el fin de corromperla o de casarse con ella; ley 15. Tit. 2 part. 4; y Conc. Trid. Ses. 24. Hay dos especies de rapto; rapto de fuerza, y rapto de seducción: el primero es el que se ejecuta con violencia contra la voluntad de la persona robada; y el segundo es el que se hace sin resistencia de la persona robada, cuando esta consiente en él por promesas, halagos o artificios de su raptor. Los griegos y los romanos apenas hacían diferencia entre el rapto que provenía de la fuerza y el que era obra de la seducción; y aún el legislador de Atenas castigó el segundo con más

severidad que el primero; más no puede negarse que el violento es mucho más grave y odioso, porque no sólo tenía al honor y al reposo de las familias, como el otro, sino también a la libertad de la persona ofendida y al orden público: El rapto de fuerza es un crimen contra la persona robada y su familia, y el de seducción no se hace en realidad sino contra los padres, marido o tutor de la seducida.

Los romanos, que cometieron el robo de las sabinas, no castigaban el rapto sino con penas muy ligeras; pero después le impusieron la interdicción del agua y el fuego, o la deportación; y, por fin, en tiempo de los emperadores, se establecieron contra este delito las penas de muerte y confiscación de bienes. Según nuestro Fuero Juzgo, el que robaba violentamente alguna doncella o viuda y la restituía intacta, perdía la mitad de sus bienes que se aplicaba a la injuriada; y si le quitaba la virginidad, no podía casarse con ella, era azotado públicamente, y se le entregaba por siervo al padre de la robada o a esta misma. Si la ofendida era esposa de otro, se partía entre ambos cuanto tenía el raptor; si nada tenía, se les daba por siervo que podían vender para percibir por mitad su precio; y si había tenido comercio con la robada, era atormentado; leyes 1 y 5 tit. 3, lib.3 fuero Juzgo. Las leyes del fuero real imponían la pena de muerte al raptor violento siguiéndose el acceso carnal; más en el caso contrario no le imponía sino la multa de cien maravedis y la prisión hasta que pagase, salvo si la robada era religiosa, pues entonces siempre incurría el reo en la pena de muerte; teniendo marido la robada, se entregaba a este el raptor para que dispusiera de él a su arbitrio, juntamente con sus bienes en caso de no tener descendientes; leyes 1, 2, 3, y 4 tit. 10, lib. 4 del Fuero Real. También se establecía la pena capital contra el raptor en el Fuero Viejo de Castilla; tit. 2 lib.2, Fuero Viejo de Castilla.

1.4. LEGISLACION COMPARADA EN AMERICANA. Toda vez que el presente trabajo es muy extenso, nos limitaremos a la citación de algunos países latinoamericanos, donde encontramos diferencias notorias respecto al delito, el cual le denominan Robo de Infante.

a) ARGENTINA. El Código Penal argentino, en el título quinto denominado "Delitos contra la Libertad", capítulo primero 148 y 149, reprime con prisión de 3 a 10 años al que sustrae a un menor de 10 años del poder de sus padres o persona encargada de él. Igual pena sufre el que estando encargado de la guarda de un menor de 10 años, no lo presente a sus padres o no diere razón satisfactoria de su desaparición.

Es reprimido igualmente el hecho de ocultar o inducir a la fuga a un menor de quince años, pero mayor de diez, agravándose el delito si fuere menor de diez años.

b) BOLIVIA. En el libro del Código Penal referente a los delitos contra los particulares, título primero "De los Delitos contra las personas, capítulo cuarto "De los raptos, Fuerzas y Violencias contra las personas y la Violación de los Enterramientos", artículo 557, sanciona el robo de menores sujetos a patria potestad, tutela o curaduría o bajo el cuidado de otra persona, aunque el menor consienta en el robo, imponiéndose al robador de dos a seis años, con cuatro más de destierro y multa de 20 a 60 pesos. Si el menor robado no hubiere cumplido 16 años, la pena será de dos a cuatro años de obras públicas con la multa y destierro expresados, este país, sigue en forma general los lineamientos del Código Penal español de 1822, que imponía exactamente la misma pena al robador de un menor sujeto a patria potestad, tutela o curatela, aunque el menor consintiera en el robo. La única diferencia es que el Código Boliviano no

indica hasta que distancia surte efecto el destierro; el Código Penal español, en cambio, dice: "destierro del pueblo en que habitara el menor robado y veinte leguas en contorno".

Ambos ordenamientos no limitan a determinados años de edad del menor y sólo imponen como requisitos que el menor esté sujeto bien a patria potestad, tutela o curatela o sin tal sujeción, con el sólo hecho de estar bajo el cuidado de otra persona.

c) BRASIL. En el título séptimo: "De los delitos contra la familia", capítulo cuarto, "De los delitos contra la patria potestad, tutela y curatela", artículo 249, previene el delito de sustracción de menores de dieciocho años o incapacitado; castigándolo con detención de dos meses a dos años si el ilícito no constituye causa de otro delito.

El artículo 248, se refiere a la inducción, a la fuga y ocultación de menores de dieciocho años.

El delito de sustracción de menores en Brasil, tiene medidas represivas muy atenuadas respecto a otros países; inclusive el juez puede dejar de aplicar la pena si el menor o el incapacitado es restituido sin haber sufrido malos tratos o privaciones; no indica este ordenamiento ningún plazo para su restitución, en tal virtud, puede ser devuelto el menor después de varios años y si éste no ha sido objeto de maltrato o privaciones, el juez a su arbitrio puede dejar de aplicar la pena.

d) COLOMBIA. En este ordenamiento, no existe el delito específico que nos ocupa. El título decimoprimer "Delitos contra la libertad individual y otras garantías", capítulo primero: "Del secuestro", artículo 293, sanciona la sustracción con propósito de lucro de cualquier persona sea menor o no.

e) COSTA RICA. Título cuarto "Delitos contra la libertad", capítulo primero "Delitos contra la libertad individual" artículo 248. Previene el delito de sustracción, retención u ocultación de menores de doce años del poder de sus padres, tutores o guardadores, penándolo con prisión de cinco a diez años. En igual pena incurre el que hallándose encargado de la guarda del menor de doce años, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición.

El código de policía de Costa Rica, en su libro segundo, parte especial, título primero "Faltas contra las personas" capítulo tercero "Protección y defensa de menores", artículo 77, se refiere a la sustracción y ocultación de menores sin fijar edad. El artículo 78, con trece fracciones, las primeras sobre ocultación e inducción a la fuga de menores, agrava la pena si éstos son menores de doce años.

f) ECUADOR. En el título segundo "De los delitos contra la libertad individual", artículo 168, dice: El plagio será reprimido con reclusión menor extraordinaria o en sus casos, con las penas que se indicarán en los números siguientes: .... 8. Con reclusión mayor extraordinaria si se hubiere producido la muerte de la víctima durante el plagio o por consecuencia de éste. Estas penas se aumentarán en dos años más en un mínimo si el plagiado fuere menor de dos años".

El artículo 519 del título noveno, referente a los delitos contra el estado civil, expresa: El que hubiere arrebatado o hecho arrebatar a un niño, siempre que el delito no constituya plagio, será reprimido con reclusión el sujeto menor de tres a seis años, aunque el niño hubiere seguido voluntariamente al autor. El artículo 520 se refiere a la ocultación de un niño, reprimiendo este delito con prisión de uno a cinco años.

El Código penal ecuatoriano, reprime el delito de plagio, sin hacer distinción entre menores y mayores, con el único agravante de aumento de dos años de la penalidad en su mínimo, si el plagiado fuere menor de dos años.

g) HAITI. En la sección sexta denominada "Crímenes y delitos que tienden a impedir o destruir la prueba del estado civil de un niño, o comprometer su existencia, raptos de menores; infracciones a las leyes sobre inhumaciones", capítulo primero "Crímenes y delitos contra el niño", artículo 294 del Código Penal sanciona la ocultación, raptos, sustitución o retención de menores.

El siguiente capítulo, referente a raptos de menores, artículo 300, dice: "El que, por medio del engaño o violencia haya raptado o hecho raptar menores, o les haya sustraído, desviado o trasladado, o le haya hecho sustraer, desviar o trasladar de los lugares en que habían sido colocados por aquellos cuya autoridad o dirección fueron sometidos o confiados, sufrirán la pena de reclusión.

El Código Penal de Haití reprime el delito llamado "Raptos de menores", en los artículos 301, 302, y 303, con diferentes penalidades según la edad de la persona raptada.

h) HONDURAS. El código penal de la República de Honduras, en el artículo decimotercero, referente a los delitos contra la libertad y la seguridad, capítulo segundo "Sustracción de menores", artículo 481, castiga con pena de presidio menor en su grado máximo al que sustrajera a un menor de siete años.

Incorre en la misma pena el que siendo encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere explicación satisfactoria de su desaparición.

Pero si el menor es encontrado vivo, el inculpado es eximido de pena si no la hubiere cumplido; y si es encontrado muerto, pero se comprueba que no tuvo la culpa de su muerte, también queda eximido de pena.

La inducción a la fuga de un menor de quince años, es castigada en este ordenamiento con pena de reclusión menor.

i) NICARAGUA. El delito "Sustracción de menores de 10 años" es encuadrado en el título denominado "Delitos contra el orden de las familias y moralidad pública", capítulo tercero "Delitos contra el estado civil de las personas", artículo 414, del Código Penal, se impone pena de arresto mayor al que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, guardadores o de cualquier otra persona encargada de su custodia. Si la sustracción se hiciere con el objeto de privar al menor de algún derecho civil o de aprovecharse de sus servicios o bienes, la pena será de presidio en primer grado y multa de cincuenta a quinientos pesos.

En este Código de castiga como cómplice a quien a sabiendas reciba u oculte los menores sustraídos o seducidos. La inducción a la fuga de niños mayores de diez años pero menores de quince, también se castiga. Al igual que otras legislaciones, en Nicaragua se sanciona el hecho de no dar explicación satisfactoria de la desaparición de un menor cuando éste no se hallara bajo su cuidado.

j) PANAMÁ. En el título denominado "De los delitos contra la libertad" capítulo tercero "De los delitos contra la libertad individual", artículo 134 del Código Penal, se castiga con reclusión de un mes a un año al que sustrae del poder de sus padres a una persona menor de quince años, aunque la sustracción sea temporal y exista el consentimiento del menor.

Si el delito se comete sin el consentimiento del sustraído, o este es menor de doce años, la pena se agrava radicalmente; pero si el menor es puesto en libertad sin que se le cause perjuicio alguno, entonces hay un atenuante considerable.

k) PARAGUAY. En el artículo 309 del capítulo noveno denominado "De los delitos contra el orden de las familias y de las buenas costumbres", el Código penal de Paraguay sanciona la sustracción, ocultación, exposición o sustitución de un niño menor de diez años, castigándose con penitenciaría de cuatro a diez años. Si el delito lo comete algún miembro de la familia, además de la pena que se indica, se le priva de las ventajas legales de parentesco.

En este ordenamiento la inducción a la fuga de un menor, se castiga sólo con la multa.

l) PERU. En la sección quinta titulada "Delitos contra la libertad", título segundo "Rapto de mujeres y de menores", artículo 229, el ordenamiento penal de Perú dice: "El que sustrajere a un menor de dieciséis años, para explotarlo o para obtener rescate, será reprimido con penitencia de seis meses a seis años. Esta pena se agrava en caso de que el rapto se haga con el fin de corromper al menor.

En la sección cuarta denominada "Delitos contra la familia", título cuarto "Sustracción de menores", artículo 220, reprime con prisión de seis meses a dos años al que sustrae a un menor o rehusa entregarlo a sus padres o persona encargada de su custodia. El artículo 221 se refiere a la inducción a la fuga de menores.

ll) PUERTO RICO. En el título decimosegundo denominado "De los delitos contra la persona", capítulo tercero "Secuestro y robo de niños", artículo 216, reprime con pena de presidio por un término máximo de diez años o cárcel por término de un año, al que sustrae o seduce en forma maliciosa, violenta o fraudulenta a un menor de doce años.

El Código Penal de Puerto Rico, coincide con el nuestro en lo referente a la edad del menor.

m) REPUBLICA DEL SALVADOR. En el artículo 439 del capítulo segundo referente a sustracción de menores, del título decimosegundo denominado "De los delitos contra la libertad y la seguridad", el Código Penal de la República del Salvador, castiga con nueve años de presidio al que sustrae a un menor de siete años. Igual pena se aplica al que hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presente a sus padres o guardadores ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición. Cuando la persona desaparecida se encuentra o se demuestra que sobrevivió al desaparecimiento, o el sentenciado no tuvo culpa de su muerte, quedará eximido de pena.

Dentro del capítulo denominado "Detenciones ilegales", artículo 438, se aumenta la pena si el plagio se lleva a cabo por dos o mas personas.

El ordenamiento de este país, describe el delito "Sustracción de menores de siete años" en forma casi idéntica al Código Penal de Honduras; asimismo, ambas legislaciones lo encuadran dentro del título denominado "De los delitos contra la libertad y seguridad", y dentro del capítulo referente a sustracción de menores.

n) URUGUAY. En el título decimoprimer "Delitos contra la libertad", artículo 283, el Código Penal Uruguayo, castiga con pena de tres a veinticuatro meses de prisión al que sustrae o retiene a una persona menor de dieciocho años del poder de sus padres, tutores o curadores. En el artículo 284 se establecen atenuantes especiales cuando el delito se comete con el consentimiento del menor o aún sin su consentimiento si es devuelto antes de que se solicite el arresto.

ñ) VENEZUELA. En el artículo segundo "Delitos contra la libertad", capítulo tercero "Delitos contra la libertad individual", artículo 178 el ordenamiento penal de Venezuela castiga con seis meses a dos años de prisión al que con motivo diferente de contraer matrimonio, de satisfacer sus propias pasiones o de realizar alguna ganancia, arrebaté del lado de sus padres, tutores o guardadores a un menor de quince años, aún con consentimiento; estableciéndose como agravantes, el propósito de lucro en el culpable, la falta de consentimiento en el ofendido, o éste sea menor de doce años, y como atenuantes el hecho de que el ofendido sea puesto en libertad antes de cualesquiera acción de enjuiciamiento, sin que el inculpado hubiera conseguido el fin que se proponía.

o) CUBA. El ordenamiento penal cubano, previene el delito de sustracción de menor de doce años en el artículo 450 del capítulo sexto referente a la sustracción, abandono y mal trato de menores, incapacitados y desvalidos, del título noveno denominado "Delitos contra la vida y la integridad corporal y la salud". Sanciona el mismo con privación de libertad de ocho a doce años, incurriendo en igual sanción el que habiéndose encargado de un menor, no lo presente a sus padres o guardados, ni ofrezca explicación satisfactoria acerca de su desaparición. Si el inculpado acredita haber dejado libre al menor ofendido, en

condiciones razonables de seguridad, la pena se reduce considerablemente.

p) CHILE. En este país se castiga con pena de presidio mayor en cualesquiera de sus grados al que sustrae a un menor de diez años; si éste es mayor de diez, pero menor de veinte, la pena baja a presidio menor en cualesquiera de sus grados. Sufre al pena de presidio menor, en su grado medio, el que hallándose encargado de un menor, no lo presentare, reclamándolo a sus padres, guardadores o la autoridad a petición de sus demás parientes o de oficio, ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición.

q) REPUBLICA DOMINICANA. En la sección sexta denominada "Crímenes y delitos que tienden a impedir a destruir la prueba del estado civil de un niño, o a comprometer su existencia, sustracción de menores, infracciones de las leyes de reclusión al que con engaño, violencia o intimidación, robare, sustrajere o arrebatare a uno o más menores haciéndole abandonar la vivienda o domicilio de aquellos que bajo cuya autoridad o dirección se hallaban.

En este artículo no se indica una determinada edad del ofendido sólo se establece como requisito que sea menor.

r) GUATEMALA. En el Código Penal de este país, se castiga con pena de diez años de prisión, correccional al que sustrae a un menor de siete años; pasando de esa edad, pero siendo menor de quince, la pena se reduce a tres años de prisión correccional (artículo 372).

Igual pena se aplica al que hallándose encargado de la guarda de un menor no lo presente a sus padres ni diere explicación satisfactoria de su desaparición.

El robo, sustracción, retención, ocultación o inducción a la fuga de menores, es tenido en casi todas las legislaciones como delito en contra de la libertad individual. Argentina, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Panamá, Perú, Salvador, Uruguay, Venezuela, Chile y Guatemala, así lo consideran.

En cambio Brasil, Nicaragua y Paraguay, lo encuadran en el título de los "Delitos contra la familia". Bolivia y Puerto Rico incluyen el injusto, cuyo estudio nos ocupa, dentro de los "Delitos contra las personas"; República Dominicana y Haití, en el título denominado "Crímenes y delitos que tienden a impedir o destruir la prueba del estado civil de un niño, o a comprometer su existencia ..."; este título se complementa, en el Código Haitiano con el agregado: "raptos de menores, infractores a las leyes sobre inhumaciones", y el dominicano con el de "sustitución de menores: infractores a las leyes sobre inhumaciones". El Código represivo cubano, describe el robo de infante en el articulado correspondiente al título: "Delitos contra la vida y la integridad corporal y la salud".

Todas las legislaciones coinciden en aplicar medidas represivas severas cuando la privación de libertad recae sobre la persona de un menor.

- ( 1 ) Escriche, Joaquin Diccionario Razonado de Legislacion. México. 1979  
10a. Edición. pags. 42 y 417.
- ( 2 ) Pacheco, Joaquin, Francisco. Código Penal Concordado y Comentado  
España. 1948. 5a. Edición. pag. 247
- ( 3 ) Enciclopedia Universal Ilustrada. Espasa- Calpe. México pag. 271.
- ( 4 ) Escriche, Joaquin. op. cit. pag. 462.
- ( 5 ) Escriche, Joaquin. op. cit. pag. 1105
- ( 6 ) Pacheco, Joaquin op.cit. pags. 248 y 249
- ( 7 ) Op. cit. pag. 250
- ( 8 ) Pacheco, Joaquin, op. cit. pag 260
- ( 9 ) Escriche, Joaquin. op. cit. pag. 126
- ( 10 ) op. cit. pág. 262
- ( 11 ) op. cit. pág. 260
- ( 12 ) Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa. México, 1941. 2a  
Ed. págs. 88 a 93

**CAPITULO II**

**ASPECTO GENERICO DEL TIPO DE ROBO**

## 1.- ASPECTO GENERICO DEL TIPO DE ROBO.

1.1. CONCEPTOS. El Código Penal en el artículo 367, dispone que "comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la Ley".

Para que pueda considerarse responsable al sujeto, del delito de robo, debe apoderarse de la cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento, apropiarse de ella cuando tiene sobre la misma una detentación subordinada u obtenerla por medio de la violencia moral.

De tal manera, que el concepto de robo abarca tres hipótesis:

- a) Cuando el sujeto va hacia la cosa, apoderándose de la misma;
- b) Cuando teniendo sobre la misma una detentación subordinada, y no una posesión derivada, se apropia de ella y
- c) Cuando obtiene del sujeto pasivo la cosa, a base de la vía moral.

Es muy frecuente decir (no obstante que el robo se puede cometer teniendo la cosa, por existir una detentación subordinada o bien, obtenerla cuando hay violencia moral) que "en el robo, el agente va hacia la cosa". Así Francisco González de la Vega,, sostiene, que "en el robo la cosa no se entrega voluntariamente al autor, éste va hacia ella, la toma y la arranca de la tenencia del propietario o detentador legítimo". (13) Afortunadamente, Jiménez Huerta, con su acostumbrado acierto, ha dicho hace tiempo que "son científicamente inexactas y didácticamente erróneas las frases de que se vale González de la

Vega, para sintetizar la diferencia conceptual que existe entre el delito de robo y el de abuso de confianza, consistentes en que el primero "el infractor va hacia la cosa" y en el segundo "la cosa va hacia el infractor", (14).

Sobre el particular ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "Se debe distinguir entre el elemento característico del robo "apoderamiento" y la "disposición indebida" del abuso de confianza, que presume indefectiblemente la tenencia. Sintetizado, en el robo, el agente activo va hacia la cosa; entre tanto, que, en el abuso de confianza al contrario, la cosa va al infractor." (15) El mismo alto Tribunal olvidando que existe robo cuando el sujeto teniendo una cosa en detención subordinada, dispone de ella, se concreta a decir para diferenciar el delito de robo con el abuso de confianza. "Es criterio doctrinal y jurisprudencial que la acción de apoderamiento como elemento constitutivo del delito de robo, es en el fondo, el signo distintivo en relación al abuso de confianza. Se ha sostenido en estricta lógica jurídica, que el apoderamiento significa que el agente del delito va hacia la cosa, en tanto que ocurre lo contrario en el abuso de confianza, porque la cosa ya obra en su poder y simplemente se dispone de ella, o sea, falta a la confianza del dueño, quien le otorgó la tenencia pero no el dominio. De tal modo, no se integra el delito de robo si el agente a quien se le entregó la mercancía para su venta, no la devuelve, o no hace posterior la entrega del producto, pues está un elemento típico, ya que, aunque no devolvió ni una cosa ni lo otro, resulta incorrecto afirmar que hubo apoderamiento con las características del robo, en virtud de que ninguna acción desplegó el agente para sustraer la cosa del ámbito de su legítimo propietario." (16).

Es decir, solamente se contempla una hipótesis, de las tres que pueden presentarse en el delito de robo y a las que hemos aludido anteriormente.

Demetrio Sodi, nos dice que, "el robo no puede ejecutarse sino por el apoderamiento de la cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley; así es que si alguna así es que si alguna dispone del objeto que le fue entregado por el dueño, no comete robo, (17) asentando más adelante que, "numerosísimos son los casos que ofrecen los anales de nuestra criminalidad, en los que desconociéndose de un modo absoluto la naturaleza del delito de robo, se han pronunciado inicuas, olvidándose que, para que el robo exista, es necesario que sea arrancado el objeto materia del delito de la tenencia del propietario, sin que éste lo haya entregado voluntariamente a otro..." (18)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al concepto de robo, ha determinado: "Robo de el apoderamiento de una cosa mueble, ajena, la usurpación "invitodominio" de la posesión verdadera, con sus elementos simultáneos y concomitantes de corpus y ánimos". "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". (19)

1.2 ELEMENTOS DEL TIPO. Los elementos materiales y normativos del delito de robo, según su estructura legal, son :

- I. Una acción de apoderamiento;
- II. De cosa mueble;
- III. Que la cosa sea ajena;
- IV. Que el apoderamiento se realice sin consentimiento de la persona que pueda disponer de la cosa conforme a la Ley.

Examinaremos por separado cada uno de estos elementos jurídicos en la inteligencia de que se necesita la reunión de todos los enumerados para la existencia del robo, sin que sea menester en la práctica procesal la demostración del propósito subjetivo o intencionalidad delictiva, por presumirse ésta, *juris tantum*, conforme al artículo 9º del Código Penal.

1. El Apoderamiento. Apoderarse de la cosa significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal. En el robo, la cosa no se entrega voluntariamente al autor, éste va hacia ella, la toma y la arranca de la tenencia del propietario o detentador legítimo. La noción de apoderamiento en el delito de robo se limita a la acción de aprehender o tomar directa o indirectamente la cosa. Habrá aprehensión directa, cuando el autor, empleando físicamente su energía muscular, utilizando sus propios órganos, tangiblemente, se adueña de la cosa; así diremos que existe robo por apoderamiento directo cuando el ladrón toma en sus manos el bien ajeno, sin derecho y sin consentimiento. El apoderamiento es indirecto cuando el agente por medios desviados logra adquirir sin derecho y sin consentimiento, la tenencia material de la cosa; por ejemplo: cuando la hace ingresar a su control por procedimientos tales como el empleo de terceros, de animales amaestrados o de instrumentos mecánicos de aprehensión. La tangibilidad de la cosa por el ladrón no es, en consecuencia requisito indispensable del robo.

Por dos razones diversas el apoderamiento es el elemento principal del delito de robo, a saber: a) el apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la constitutiva típica del robo, que permite diferenciarlo de los otros delitos de enriquecimiento indebido; y b) la acción de apoderamiento es la consumativa del delito de robo.

Examinaremos por separado cada uno de estos elementos jurídicos en la inteligencia de que se necesita la reunión de todos los enumerados para la existencia del robo, sin que sea menester en la práctica procesal la demostración del propósito subjetivo o intencionalidad delictiva, por presumirse ésta, *juris tantum*, conforme al artículo 9o del Código Penal.

1. El Apoderamiento. Apoderarse de la cosa significa que el agente tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal. En el robo, la cosa no se entrega voluntariamente al autor, éste va hacia ella, la toma y la arranca de la tenencia del propietario o detentador legítimo. La noción de apoderamiento en el delito de robo se limita a la acción de aprehender o tomar directa o indirectamente la cosa. Habrá aprehensión directa, cuando el autor, empleando físicamente su energía muscular, utilizando sus propios órganos, tangiblemente, se adueña de la cosa; así diremos que existe robo por apoderamiento directo cuando el ladrón toma en sus manos el bien ajeno, sin derecho y sin consentimiento. El apoderamiento es indirecto cuando el agente por medios desviados logra adquirir sin derecho y sin consentimiento, la tenencia material de la cosa; por ejemplo: cuando la hace ingresar a su control por procedimientos tales como el empleo de terceros, de animales amaestrados o de instrumentos mecánicos de aprehensión. La tangibilidad de la cosa por el ladrón no es, en consecuencia requisito indispensable del robo.

Por dos razones diversas el apoderamiento es el elemento principal del delito de robo, a saber: a) el apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la constitutiva típica del robo, que permite diferenciarlo de los otros delitos de enriquecimiento indebido; y b) la acción de apoderamiento es la consumativa del delito de robo.

A) El apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la constitutiva del robo, que permite diferenciarlo de los otros delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido. En efecto, en el abuso de confianza, al cometerse la infracción, no existe un apoderamiento de la cosa, puesto que el autor la ha recibido previamente y en forma lícita a título de tenencia: la infracción abusiva radica, no en el acto material del apoderamiento, puesto que ya se tiene la posesión, sino en la disposición indebida, es decir en el cambio ilícito del destino de la cosa en provecho del autor o de tercera persona. En el fraude tampoco el apoderamiento es el elemento constitucional, porque la infracción se efectúa por la entrega voluntaria que el defraudado hace de la cosa al defraudador, como resultado de engaños, maquinaciones, artificios o del simple aprovechamiento del error. No es menester establecer diferencia con la quiebra culpable o fraudulenta, porque éstas en el fondo no son sino defraudaciones obtenidas por las ocultaciones, maniobras, arbitrios, o malos manejos causantes de la suspensión de pagos. Como excepción, existe la de aquel delito de despojo de inmuebles o de aguas en que el agente consuma su propósito en la forma de ocupación violenta o subrepticia del bien, en cuyo caso existe un verdadero apoderamiento; por eso los despojos en que la ocupación no se obtiene por el engaño se llaman en la doctrina robo de inmuebles.

B) En nuestro Derecho apoderamiento es la acción consumativa del delito de 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 (artículo 369 del Código Penal).

Al redactarse el anterior precepto del Código vigente, se mejoró

técnicamente el viejo artículo 370 del Código de 1871, que daba por consumado el robo en el momento en que el ladrón "tiene en sus manos la cosa robada". Como esta última disposición limitada literalmente el robo del aquella forma de apoderamiento directo y físico en que el ladrón toma la cosa con sus propios miembros corporales de aprehensión, el Código vigente, con mejor técnica, sustituyó esa frase por la de "tiene en su poder la cosa robada", que permite incluir los apoderamientos desviados o indirectos.

La redacción del artículo 369, anteriormente transcrito, revela sin lugar a dudas que basta el manejo sobre la cosa, la aprehensión de la misma para que se consume el delito, por supuesto, siempre que estén reunidos los demás elementos de la infracción. Este sistema mexicano es diferente, según expresamos en párrafos precedentes, al del Código Francés, en que el elemento sustracción fraudulenta, según la doctrina y la jurisprudencia, se descompone en dos movimientos sucesivos; la aprehensión o apoderamiento de la cosa y el enlèvement, o sea el desplazamiento o movilización de la cosa trae como consecuencia hacerle salir materialmente de la esfera de acción del legítimo tenedor para hacerla ingresar dentro de la esfera de acción del autor. Usando el lenguaje jurídico francés, por desplazamiento no debe entenderse cualquier movimiento físico sobre la cosa ligado directamente a aprehensión sino aquel movimiento mecánico que retira la cosa del alcance material en que la tiene su dueño o poseedor legítimo, para llevarla al pleno dominio ilícito del ladrón.

La sustracción fraudulenta es la maniobra por la cual un individuo quita o se lleva un objeto cualquiera contra la voluntad de su legítimo propietario; la sustracción es, pues, una aprehensión y un desplazamiento.

En otras palabras: "la aprehensión no es una manifestación completa de la voluntad del ladrón, sino hasta que por el desplazamiento se consuma el acto material incriminado". La solución francesa tiene el grave inconveniente de sembrar dudas en gran número de casos sobre el momento preciso en que se consuman determinados robos; los límites entre la tentativa y el delito completo son impreciso por la ambigüedad del criterio de enlèvement. Nuestra legislación, desde 1871, tuvo gran fortuna al precisar en un acto único el momento consumativo del robo, el apoderamiento ilícito y no consentido, estableciéndose así delimitación clara entre al forma incompleta y la completa de la infracción; por eso, de acuerdo con la parte final del precepto que comentamos, el abandono o el desapoderamiento inmediato de la cosa no destruyen ni modifican la consumación del delito.

Si apoderarse es desposesionar a otro de la cosa, tomarla para sí, privarle de ella, claro está que la mecánica de la acción implica cierta movilización, por mínima que sea, del objeto; no basta que se toque con las manos la cosa, ya que la aprehensión indica la necesidad de tomarla; pero este movimiento de posesión en nuestro Derecho no requiere llegar a una total sustracción o alejamiento del bien.

En resumen, daremos por consumado el robo en el preciso momento de la aprehensión directa o indirecta de la cosa, aun en los casos en que el ladrón, por temor a ser descubierto, la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar donde la tomó, o en que, al ser sorprendido en flagrante delito, se vea al mismo tiempo desapoderado del objeto antes de todo posible desplazamiento. Esta conclusión está más de acuerdo con las doctrinas modernas del Derecho Penal, para las que importa principalmente, más que el daño final, la estimación de la peligrosidad en las acciones delictivas.

II.- La Cosa Mueble. Por determinación expresa del artículo 367 del Código Penal, las cosas muebles son los únicos objetos materiales en que puede recaer la acción delictiva de robo. La palabra "mueble" puede tener diversas significaciones según se le examine: a) desde el punto de vista puramente material o gramatical; o b) de acuerdo con la clasificación, en muchos casos utilitariamente ficticia, que el Derecho Privado hace de los bienes en general dividiéndolos en muebles e inmuebles. Precisa examinar por separado estas dos significaciones para determinar con exactitud lo que el legislador penal quiso entender por cosas muebles al describir el delito de robo:

a).- De acuerdo con la naturaleza física intrínseca de las cosas, es decir, atendiendo exclusivamente a su naturaleza material, se llaman muebles, móviles, a las cosas que tienen la aptitud de ser transportadas de un lugar a otro, sin que altere su sustancia; en otras palabras las cosas muebles no tienen firmeza y son susceptibles de moverse de un espacio a otro por sí mismas, como en el caso de los animales semovientes, o por la aplicación de fuerzas extrañas. A contrario imperio, según su naturaleza material, serán inmuebles, inmóviles las cosas fijas, permanentes en el espacio, no transportables de un lugar a otro, tales como los terrenos y las edificaciones asidas fijamente a los mismos.

b).- De acuerdo con el derecho privado, son bienes muebles, en primer lugar, los que tienen esa naturaleza física, ósea los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior. En segundo lugar, son bienes muebles por determinación de la Ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal ( artículos 753 y 754 del Código Civil ). De estas reglas de Derecho Privado deben exceptuarse

aquellos bienes que, aun cuando tienen esa naturaleza mobiliaria, son estimados legalmente como inmuebles, sea por respeto al destino que les ha dado su propietario, o sea por simple disposición de la Ley, tales como las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, de tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo; los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente; las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca directa y exclusivamente a la industria o explotación de la misma; los abonos destinados al cultivo de una heredad que estén en las tierras donde haya de utilizarse; las semillas necesarias para el cultivo de la finca; los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario; los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de la ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca, mientras estén destinados a ese objeto, y el material rodante de los ferrocarriles, las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radio telegráficas fijas ( FRACCIONES IV, V, VI, VII, VIII, X, Y XIII del artículo 750 del Código Civil ), De acuerdo con el mismo Derecho Privado, estos inmuebles por ficción, verdaderos muebles por su naturaleza, recobrarán su calidad legal de muebles cuando el mismo dueño ( y no otra persona ) los separe del edificio .

Algunos de nuestros tribunales han aplicado indebidamente el criterio ficticio de distinción entre muebles e inmuebles del derecho civil, fundándose en que el Código Penal, al no hacer una explicación de lo que entiende por cosa mueble, ha remitido el problema a la solución del Derecho

Privado. Conforme a esta opinión habría que considerar a los apoderamientos de frutos pendientes de recolección, de ganados pie de cría o de ciertos objetos destinados al servicio de un inmueble, como lavabos, hornillas, finacos, llaves de agua, etc., no como constitutivos del delito de robo, sino en todo caso, como integrantes de delitos de daño en propiedad ajena o despojo de inmuebles, resultado absoluto, puesto que estas últimas infracciones presentan características diametralmente opuestas a la de la verdadera acción ejecutada por el delincuente. La sensibilidad jurídica de Jacinto Pallares, lo hizo exclamar que " el Código Civil no es un criterio de la legislación penal respecto de la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles, pues si lo fuera, resultarían monstruosidades jurídicas como la de que no hay robo de sementeras, de estatuas de los edificios, de ganado ". Demetrio Sodi, en el mismo sentido, protesta contra el trasplante al campo penal de la clasificación civil entre muebles e inmuebles.

Carrara en el párrafo 2077 de su programa, dice: " Aunque la cosa sea móvil en manos de su propietario, puede haber hurto cuando el culpable moviliza una parte. ¿Que cosa mas inmóvil que la tierra ? no obstante es hurto sustraer del campo ajeno piedras o arenas para usarlas en provecho propio "

Por nuestra parte, con ocasión del informe rendido por el autor de este libro al congreso XI internacional Penal y penitenciario de Berlín, acerca de la Reforma de las Leyes penales en México, expresamos: otro de los propósitos que presidió la reforma fue el de eliminar sistemáticamente del Código los conceptos ficticios, los valores convencionales, las definiciones abstractas alejadas de la realidad que en muchas legislaciones suelen traducirse en artificiosas creaciones, tan frecuentes en el derecho Privado. Se pretendió hacer

del Código Penal un manual legislativo sencillo y sincero en que se atendiera preferentemente a la realidad del delincuente, a la realidad del delito y a la realidad de sus repercusiones antisociales, eliminando fórmulas ficticias. Especialmente en el libro segundo del Código, destinado a la enumeración de los elementos constitutivos de los delitos en particular y a sus sanciones, se tuvo presente el criterio de eliminación de lo convencional. Aplicando la anterior doctrina al problema que nos ocupa debe concluirse que 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 incorpóreas, tales como los derechos, créditos, acciones jurídicas, pensamientos, como pueden ser susceptibles de apoderamiento o aprehensión no pueden servir de objeto material de robo; pero cuando esos derechos se hacen constar en documentos, entonces deben incluirse entre las cosas corpóreas, posible materia de apoderamiento, como en el caso de actuaciones judiciales, títulos de crédito y demás documentos con obligatoriedad jurídica." ( 21 )

III.- La cosa ajena. Que la cosa sea ajena es un elemento del delito de robo indispensable de demostrar en los procesos, aun cuando sea por pruebas indiciaria o confesional, por que el robo, como los otros delitos de enriquecimiento indebido, constituye en nuestra esencia jurídica un ataque dañoso a los derechos patrimoniales de cualquiera persona.

Nadie puede robarse a sí mismo; nadie puede cometer robo en su bienes propios, estas conclusiones son evidentes, a pesar de que en el mismo

capítulo de robo la fracción Y del artículo 368 sanciona la disposición o destrucción de una cosa mueble, ejecutadas por el dueño, si la cosa se encuentra dada en prenda o en ciertos depósitos obligatorios; pero este atentado cometido por el dueño en su propios bienes no es propiamente un robo, sino, como se expresa en el encabezado del precepto que lo define, un delito que se " equipara al robo y se castiga como tal ". Más adelante haremos el estudio de este delito en especial.

La locución " cosa ajena ", empleada por la ley al tipificar el robo, sólo puede tener una interpretación racional; la de que la cosa objeto del delito no pertenezca al sujeto activo. Para que se de por comprobado este elemento normativo e imprescindible del robo, basta que se demuestre por cualquiera de los sistemas probatorios procesales que el objeto mueble materia de la infracción no pertenece al autor. Para la configuración del delito, poco interesa determinar con exactitud quién es su legítimo propietario o poseedor; este dato tendrá sumo interés para determinar quienes son los perjudicados a los que se deba reparar el daño causado por el ladrón, pero no es necesario para la demostración del delito.

De todas maneras, conviene examinar algunas hipótesis que pueden registrarse con motivo del apoderamiento de cosas ajenas, por que de ellas derivan especiales reglas jurídicas.

a).- Existen ciertos bienes pertenecientes a la federación, a los Estados o a los Municipios que se denominan del dominio del poder público y se derivan en bienes propios del poder público ( véanse artículos 765 y consiguientes del Código Civil ). Generalmente los bienes del dominio del poder

público son inmuebles, pero también pueden formar parte de ellos cosas muebles en las que recaiga un posible delito de robo, tales como libros, manuscritos, documentos, cuadros, estatuas, objetos de arte de los archivos, bibliotecas o museos del Estado, mobiliario y enseres de los establecimientos o servicios públicos, dinero o títulos del tesoro de las entidades públicas, etc. Si del robo resulta perjudicada la Federación, el asunto será de la competencia del orden federal de acuerdo con el inciso " e " de la fracción Y del artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. A contrario imperio, dado nuestro sistema constitucional en que las facultades que no estén expresamente concedidas a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados, si el robo recae en bienes muebles pertenecientes a las Entidades Federativas o a los Municipios, la competencia será de los tribunales comunes ( artículo 104 y 124 de la Constitución ).

b)El apoderamiento puede efectuarse en bienes mostrencos que de acuerdo con el artículo 774 del Código Civil, son los muebles abandonados y los perdidos cuyo dueño se ignora.

Indudablemente las cosas mostrencas son ajenas al autor de su hallazgo por que no le pertenecen en propiedad; sin embargo, creemos que su apoderamiento no puede estimarse como constitutivo de delito de robo por ausencia del elemento antijuridicidad, ya que el mismo Código Civil lo autoriza indirectamente al imponer obligación al autor del hallazgo entregarlo dentro de tres días a la autoridad municipal, lo que hace imprescindible la aprehensión de la cosa.

El que se apodere materialmente del bien mostrenco y no cumpla su mandato legal, habrá incurrido en un incumplimiento simple de sus

obligaciones civiles; pero si posteriormente procede como dueño de la cosa y la enajena, empeña o grava, podrá estimarse el caso como constitutivo de delito de fraude a que se refiere la fracción II del artículo 387, reformado del Código Penal, por haberse dispuesto de la cosa ajena con conocimiento de que no tenía derecho a ello. Por supuesto, las anteriores observaciones sólo serán aplicables cuando se demuestre plenamente.

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 antijuridicidad es una integrante general de todos los delitos cualquiera que sea su especie, así como el apoderamiento para ser constitutivo de robo necesita ejercitarse sin derecho o antijurídicamente, así también la muerte de otro para ser delito de homicidio requiere que el acto sea ilícito, etc. " ( 22) Jiménez de Azúa al definir al delito en General según su sustancia jurídica, llega a la conclusión de que " es el acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad ". Aparte de la tipicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad, la antijuridicidad es elemento sine qua non de la infracción criminal, cuando el acto imputable a un hombre esta tipificado especialmente en la ley y previsto de penalidad y no será delito si el agente lo ha ejecutado lícitamente; tal es el caso de lesiones inferidas en ejercicio del derecho de corregir en los deportes, o en ejercicio de la profesión médica. Igual acontece en el apoderamiento de cosas ajenas sin consentimiento del perjudicado, pero con derecho por ejemplo; en virtud de un secuestro legal.

V. El apoderamiento sin consentimiento de la persona que pueda disponer de la cosa conforme a la Ley. La acción de apoderarse de las cosas sin consentimiento de la persona que puede disponer de ellas con arreglo a la ley puede manifestarse en tres diversas formas, según los procedimientos de ejecución empleados por el autor, a saber :

a) Contra la voluntad libre o expresa del pasivo de la infracción, lográndose el apoderamiento por el empleo de la violencia física o moral contra el sujeto pasivo. En esta forma la rapiña puede acontecer que la víctima, por el estado de miedo que la sobrecoge, entregue los bienes, pero esta voluntad ficticia de entregar la cosa no destruye el apoderamiento ilícito, si que agrava legalmente la penalidad.

b) Contra la voluntad indudable del pasivo de la infracción, pero sin el empleo de violencias personales, como en el caso en que la víctima contempla el apoderamiento sin poderlo impedir por la rapidez o habilidad de la maniobra de aprehensión o circunstancias análogas.

c) Por último, en ausencia de la voluntad del ofendido, sin consentimiento ni intervención de éste cuando el robo se comete furtiva o subrepticamente.

Las tres anteriores hipótesis de procedimientos de ejecución del apoderamiento tienen como rasgo común el que se cometen sin consentimiento del pasivo del delito, que es el elemento exigido por la ley. Cuando el apoderamiento se realiza con el consentimiento libre, tácito o expreso del propietario o legítimo poseedor, desaparece la figura delictiva del robo por faltarle el elemento normativo a que nos estamos refiriendo.

Si el agente obtiene la entrega voluntaria de la cosa como resultado del aprovechamiento que hace del error del que la tiene, o mediante engaños, mentiras, falacias o maniobras y artificios dolosos, surge el delito de fraude (encabezado del artículo 386 reformado del Código penal). Carrara dice que, "siendo la propiedad un derecho alienable, puede intuirse que el consentimiento tácito o expreso prestado libre y espontáneamente, para la toma del bien, elimina el hurto; y lo elimina al grado que, cuando se ha prestado el consentimiento como consecuencia de un engaño, desaparece también el hurto, sin perjuicio de que el hecho sea punible bajo otro título (fraude)." (23)

1.3. BIEN JURIDICO TUTELADO. El bien jurídico tutelado en el robo de infante es aquel valor protegido y reconocido por el Derecho Penal, en este caso es la libertad, toda vez que se ubica en los delitos contra la libertad cuando ésta es privada de manera ilegal, tal como ocurre en el ilícito objeto de nuestro estudio, considerando que la libertad debe entenderse como la facultad que tiene el individuo para realizar todo aquello que desea, siempre que con la realización de sus actividades no ofenda la moral y las buenas costumbres del núcleo social al que pertenece y cuando un menor de doce años es privado ilegalmente de su libertad, en virtud de que tal privación es a todas luces ilegal, sufre una mutilación seria su facultad de hacer lo que él desea, ya que quienes han cometido el delito en su persona, lo que hacen es tenerlo consigo para presionar a sus familiares pretendiendo obtener beneficios económicos, los cuales son perseguidos comúnmente, igualmente en el robo el bien jurídico es la propiedad.

- ( 13 ) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa. México,1970. 10a Edición. pág. 170.
- ( 14 ) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1963. 2a Edición pág. 39
- ( 15 ) Semanario Judicial de la Federación. 5a Epoca. Tomo CIX. pág. 2816.
- ( 16 ) Semanario Judicial de la Federación. Vol.133 y 138. 2a Parte 7a. Epoca. pág. 190.
- ( 17 ) Sodi Demetrio. Nuestra Ley Penal. Vol. II. Editora Nacional México. 1918. 1a Edición. Pág. 12.
- ( 18 ) Sodi Demetrio. op. cit. pag. 13.
- ( 19 ) Semanario Judicial de la Federación. Vol. LXIII. 5a Epoca. pág. 2172.
- (20) Citado por González de la Vega. op. cit. pag. 172.
- (21) González de la Vega . op. cit. p. 173.
- (22) op. cit. pág. 413.
- (23) Op. cit. pag. 218

### **CAPITULO III**

**ROBO DE INFANTE TIPIFICACION ANTERIOR A LAS REFORMAS  
VIGENTES A PARTIR DE MAYO DE 1996**

1.1. CONCEPTO DE ROBO DE INFANTE, TIPIFICACION ANTERIOR A LAS REFORMAS VIGENTES A PARTIR DE MAYO DE 1996. El tipo penal cuyo estudio nos ocupa. Se encuentra concretado en nuestro Código Penal en la forma siguiente:

"Artículo 366. Se impondrá de cinco a cuarenta años de prisión y multa de cien a diez mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes... IV. Cuando se cometa el robo de infante de menor de doce años, por quien sea extraño a su familia y no ejerza patria potestad sobre él".

Correspondiendo al precepto legal transcrito al capítulo Único del Título Vigésimo Primero referente a la privación ilegal de la libertad, resulta incuestionable, que como veremos al analizar el elemento tipicidad, es la libertad como garantía jurídica, el bien tutelado o protegido por la norma en esta especie delictiva, y aquí encontramos uno de los presupuestos del delito.

El sujeto activo puede ser cualquier persona que por autodeterminación voluntaria lleve a cabo el robo de infante cuando no ejerza patria potestad y no tenga ningún nexo o familiar con él. Y es el mismo menor, titular del bien jurídico protegido por la norma, el sujeto pasivo del delito. Uno y otro, constituyen otro presupuesto general del delito.

En cuanto al agente o sujeto activo del delito no sea incapaz de entendimiento y violación de la acción y resultado, existirá la imputabilidad. Respecto a la norma penal, precepto y sanción, como presupuesto general del

delito, no hay nada que agregar, bastando la transcripción del artículo 366, ahora bien tratándose de un tipo de resultado y no de mera comisión formal, al analizar los presupuestos especiales, será necesario referirlos a los hechos, en consecuencia, y siendo condiciones previas al hecho de naturaleza jurídica o material que lo condiciona, en el delito de robo de infante se encuentra como nota primordial: el ejercicio de la patria potestad, cuya titularidad no debe corresponder al sujeto activo, pues de otra forma, se anula el hecho como delito.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal y Territorios Federales, dispone en el articulado de su título octavo, que la patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos de matrimonio, en la forma siguiente:

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

Este orden es preferente y sólo a falta de los primeros, ejercerán la patria potestad los que le siguen.

También se ejerce la patria potestad por el adoptante respecto del adoptado, fuera de las personas que se encuentran en las condiciones anotadas, ninguna otra puede ser titular de la patria potestad respecto a los menores.

El mismo ordenamiento legal dispone que el parentesco puede serlo por consanguinidad, por afinidad y por virtud de la adopción que da lugar al parentesco civil. El parentesco por consanguinidad existe entre otras personas descendientes de un progenitor o tronco común; el de afinidad es el que, en virtud del matrimonio se da entre los parientes del esposo y la esposa, y entre los

parientes de ésta y aquél. El parentesco civil sólo se da entre adoptante y adoptado, si bien el tutor no ejerce la patria potestad sobre el menor a sus cuidados, la tutela es una institución jurídica supletoria de la patria potestad cuando no existe ninguna persona que en los términos de la Ley, deba ejercerla. Entonces, si los derechos y las obligaciones del tutor respecto a su pupilo, son semejantes a los nacidos de la patria potestad, un tutor, no obstante ser extraño al menor por cuanto se refiere a los nexos de parentesco y no ejercer sobre la patria potestad, consideramos que no podría cometer el delito a estudio respecto al menor que se encuentre bajo su tutela.

1.2. CONDUCTA TÍPICA. Siendo el delito acción típica antijurídica y culpable, necesariamente el elemento primario y fundamental es la acción (lato sensu), es decir, el comportamiento o conducta del hombre vivificando la descripción legal.

Por otra parte, como existen delitos de mera conducta o formales, que se perfeccionan por el sólo actuar del agente sin necesidad de resultado (los gritos sediciosos, el falso testimonio), y delitos materiales o de resultado en los cuales se requiere además de la conducta, un resultado (robo, homicidio), debemos agregar que además de la conducta, puede ser el hecho (según el tipo de que se trate), el elemento objetivo, comprendiendo la conducta, el resultado y el nexo casual.

"Independientemente de cuáles y cuántos sean los elementos del delito, es indiscutible que cuando la descripción típica se de una mera conducta, la conducta viene a ser el primer elemento del delito dentro de la relación lógica con relación a los restantes elementos del delito, Bettiol sostiene

que "el primer elemento constitutivo del delito es suministrado por el hecho típico, vale decir de aquel complejo de elementos materiales referibles a la conducta del agente que pueden quedar subsumidos bajo un esquema de delito" . en otros términos " entre los elementos fundamentales del delito emerge el comportamiento o sea la acción positiva o negativa". (24) Soler, después de definir el delito como la "acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de estas" señala como elemento primario a la acción "que ha de ser entendida en amplísimo sentido, comprendiendo tanto la conducta humana como el resultado que produce, tanto la comisión como la omisión. Hay acción, toda vez, que un comportamiento corporal es referible en alguna forma a la voluntad de un hombre. (25)

Jiménez de Asua asienta; "Empleamos la palabra acto (e indiscutiblemente acción lato sensu) y no hecho, porque hecho, es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejercita. Adviértase además, que usamos de la palabra acto en una acepción más amplia comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión". (26)

En cambio Ferrer Sama expresa: "La palabra acción ha sido criticada y no sin motivo, en el sentido de que al tener que utilizar la misma palabra como concepto específico frente a la omisión, resultan repetidos los términos, genérico uno y específico el otro, evitándose con el empleo, en referencia a las dos formas de presentarse la acción, de las expresiones "comisión" y "omisión", las cuales por terea parte, hacen que se adquiera precisión y claridad el término de delitos de "comisión" por "omisión". (27)

Porte Petit considera "el término acción inadecuado, por no comprender o abarcar a la omisión. Estima que acción es movimiento y omisión todo lo contrario, inactividad y por ser antagónicos, uno de ellos no puede servir de género al otro y por lo que se refiere a la palabra acto, tampoco lo admite como aceptable porque, afirma, algunas veces constituye la acción misma, pero otras, forma parte de la acción al estar constituida por varios actos, como lo aprueba la división de delitos unisubsistentes y plurisubsistentes. Por último, asienta que el término conducta es el adecuado para abarcar la acción y la omisión (aunque no el resultado)". (28)

Conducta, a nuestro entender, es en realidad un término demasiado amplio, porque comprende todo el comportamiento humano sin excepción. Así, en psicología se habla de la conducta del hombre desde que, dentro del seno materno, se hace viable; cualquier acto del hombre por intrascendente que sea, es conducta; y si el Derecho debe tender a la mayor exactitud, es necesario concretar, en lo posible, aquella forma de conducta que en sí, puede considerarse como excepcional o anormal por su negación de valores éticos y jurídicos. Así, sin desconocer las objeciones anotadas, podemos aceptar el término acción en su más amplio sentido, porque reduciendo el concepto genérico a su connotación jurídica, lo hacemos comprensivo de la omisión.

A quienes critiquen esta terminología, se les olvida lo contradictorio que en si resulta llamar delitos de "comisión por omisión" a aquellos medios de comisión intermedios entre una y otra forma de conducta. Si la comisión es actuar positivo, es actividad corporal y la omisión es lo opuesto, es decir, A

quienes critiquen esta terminología, se les olvida lo contradictorio que en si resulta llamar delitos de "comisión por omisión" a aquellos medios de comisión intermedios entre una y otra forma de conducta. Si la comisión es actuar positivo, es actividad corporal y la omisión es lo opuesto, es decir, actuación negativa, pasividad, ¿Cómo es posible comportarse activa y pasivamente al mismo tiempo?. De conformidad con el principio de contradicción de la lógica, dos cosas o dos juicios de los cuales uno afirma y el otro niega lo mismo exactamente, no pueden ser verdaderos al mismo tiempo y en cambio, si uno de ellos resulta verdadero, el otro tiene que ser, necesariamente falso. Sin embargo, aceptamos esa forma de delitos de "comisión por omisión", porque nos parece lo más ajustado a la realidad. Y del mismo modo admitimos el término acción como lo hemos expuesto, es decir, con las salvedades asentadas, por supuesto, esta opinión no impide que utilicemos, indistintamente, los vocablos conducta, hecho, etc.

La conducta del delincuente en el Robo de Infante. El tipo específico de robo de infante, a diferencia de la mayoría de los tipos contenidos en nuestro Código Penal, no contiene una descripción clara de conducta, que como en el caso del homicidio (matar), por ejemplo, nos permita en forma inmediata saber cuál es el núcleo del mismo. Pero tratándose de un tipo especial en relación con el básico de privación ilegal de la libertad, podemos afirmar que su elemento objetivo fundamental es, precisamente, privar de la libertad al infante. No es, como aseguran algunos, apoderarse del infante. Es importante hacer esta aclaración porque existen quienes, con escasa fortuna, estiman que el robo de infante no está tipificado" y entonces recurren a verter la descripción del artículo 367 ("comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa

ajena...") dentro del contenido de la fracción VI del artículo 366 y concluyen que el injusto a estudio debe describirse como el "apoderamiento de infante menor de doce años sin derecho y sin consentimiento de quien tenga derecho a él con arreglo a la Ley"; y no existe nada más absurdo y contrario a toda lógica, pues si se habla del delito se está haciendo referencia necesariamente, a un tipo legal, equipar dos tipos que tutelan tan disímiles bienes jurídicos equivale a reconocer la igualdad de bienes, es decir, se llega a la equiparación absurda: libertad igual a propiedad.

La conducta del delincuente en el robo de infante consiste pues, en la detención arbitraria del menor de doce años en una cárcel privada o cualquier otro lugar, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos previstos por la Ley. En cuanto al delincuente, necesariamente debe ser ajeno a la familia de la víctima y no ejercer la patria potestad sobre ella.

Resultado en el Delito de Robo de Infante. Por resultado, dice Porte Petit, "debemos entender el mutamiento jurídico ó jurídico y material productor por un hacer (acción) y no hacer (omisión)". (29) Como puede verse, la posición del ilustre maestro, es ecléctica. Decimos ecléctica porque admite la concepción de las dos tendencias existentes sobre la elaboración del concepto resultado. Estas dos corrientes doctrinarias son:

- a) Concepción naturalística, y
- b) Concepción jurídica o formal.

Según la concepción naturalística, el resultado es la consecuencia natural del actuar humano.

En opinión de Battaglini, el resultado lo constituye la modificación del mundo externo producida por la acción positiva o negativa del agente.

Anttolisei por su parte, nos dice que "es el resultado el efecto natural de la conducta humana relevante para el derecho". (30)

Conforme a la misma concepción naturalística, el resultado material o mutación en el mundo exterior puede ser de distintas clases: físico, fisiológico y psíquico, principalmente. Así, Anttolisei sostiene: "Los efectos de la acción humana, además de ser muy numerosos, generalmente son de diversa naturaleza en relación con la definitiva variedad del mundo exterior y desde el punto de vista del Derecho interesa hacer notar que los efectos de la acción pueden ser físicos, en cuanto se verifican en la realidad física; fisiológicos, si se verifican en el cuerpo del hombre y psicológicos si ocurren en el alma humana". (31)

Por su parte Cuello Calón, después de explicar el resultado de la acción como el efecto externo de esta que el Derecho Penal toma en cuenta para sus fines, explica que el mismo consiste en "una modificación del mundo externo (por ejemplo, la muerte de un hombre, el incendio de una casa o el peligro de que esta se produzca (por ejemplo la fabricación no autorizada de sustancias nocivas a la salud para esponderlas). La modificación del mundo externo puede ser física (en el caso citado de la muerte de un hombre) ó psíquica la percepción de una expresión injuriosa). Pero no solo la acción positiva, también la acción negativa, la omisión puede originar un resultado jurídicamente trascendente en cuanto impide que se produzca la modificación del mundo externo querido por la Ley". (32)

Esta doctrina moderadamente seguida por algunos penalistas, denominada concepción material, se opone a la doctrina tradicionalmente sostenida y aún hoy defendida por un gran número de penalistas, la llamada

concepción formal o jurídica, para la cual "el resultado de la acción es la lesión o daño del bien jurídico penalmente protegido". (33) "No es defendible esta concepción que parte de la idea de que todo delito produce un resultado lesivo. Indudablemente en todo delito hay lesión de un bien jurídico, pero esta lesión radica en el hecho del agente en cuanto es contrario a la norma penal, lesión que como dice Bettiol es un "atributo del hecho", pero si todo hecho delictivo es por naturaleza lesivo de bienes jurídicos no todos los delitos producen un resultado dañoso, como los llamados delitos formales, en los que la lesión del bien jurídico coincide con la acción o con la omisión, pero no su resultado, pues carecen de él; en estos la acción o la omisión no produce efecto externo. Igualmente falta el resultado en todos los delitos en el grado de frustración y en el de tentativa. Por esta razón, como Antlisei afirma que el resultado no puede considerarse como un elemento indefectible del delito". (34)

Jiménez de Asúa asienta: "El resultado no es sólo un cambio en el mundo material, y menos el estricto daño y menos aún el concreto efectivo perjuicio, que sólo nos importa en la responsabilidad civil. También es "resultado" la mutación en el mundo psíquico externo, como la impresión causada por la injuria en el sujeto pasivo que la recibe en privado o enviada por carta. Y además, lo es el riesgo o daño potencial y el peligro corrido, de los cuales habló Carrará". (35)

Porte Petit, después de afirmar la necesidad de aceptar que la modificación del mundo exterior puede ser física, fisiológica o psíquica, y sus resultados todos ellos, quedan incluidos en el concepto de resultado material o mutación en el mundo exterior, agrega: "en consecuencia, existe resultado material, cuando se produce una mutación en el mundo exterior, física, fisiológica o psíquica, descrita por el tipo". (36)

Contrariamente a la concepción naturalística, la llamada jurídica o formal concibe el resultado como una mutación en el mundo jurídico o inmaterial.

Como acabamos de exponer, este cambio o mutación jurídica se da cuando el resultado de la acción es lesivo a un bien jurídicamente tutelado, ahora bien, consideramos el resultado como parte del elemento objetivo del delito cuando éste es de los llamados materiales, pudiendo ser propiamente material como la muerte de un hombre o puramente psíquico como el conocimiento de la injuria; no puede ser la violación del Derecho porque el resultado del acto no incluye valoración; es parte del tipo que describe y no debe mezclarse con la valoración, independiente de la descripción.

En el delito de robo de infante, la norma es prohibitiva y en consecuencia la conducta es positiva; es decir, es delito material o de resultado. Pero, ¿cuál es el resultado?. Considerando que este delito afecta, directamente la libertad, o sea, un bien inmaterial, el resultado es de tipo psicológico. Por ello, dentro de la terminología aceptada por parte de Porte Petit, es en este ilícito el elemento objetivo es un hecho. (37) medios comisivos del Delito de Robo de Infante. El delito de robo de infante, por su descripción típica tiene un medio de comisión consistente en la captura y retención del infante. En efecto, el núcleo del tipo es privar de la libertad, detener arbitrariamente, y ambos conceptos son equivalentes. Privar, vale tanto como quitar, despojar, prohibir, detención arbitraria, significa retención sin fundamento legal, es decir, ilícita, injusta, por tratarse, repetimos de un delito que implica una norma prohibitiva, el modo de comisión debe ser de acción (stricto sensu). Ahora bien, para la existencia de la acción, se debe querer el movimiento corporal en que la misma consiste, es decir, debe haber voluntad.

La voluntad debe referirse al querer inicial o impulso motor de la acción típica, con independencia de cuál sea el resultado de la acción, pues la voluntariedad del resultado pertenece a la culpabilidad y no al tipo. Por tanto, como afirma Porte Petit "se requiere un nexo psicológico entre el sujeto y la acción". (38)

En el robo de infante, basta que el agente quiera la acción de secuestrar a su víctima, para afirmar que ha obrado (entendido, claro está, que además de querer haya exteriorizado actos encaminados directa o inequívocamente a la realización de su voluntad), y si consigue o no el resultado, se dará el delito acabado o la tentativa en sus diversos grados.

1.3 CLASIFICACION DEL DELITO A ESTUDIO EN ORDEN A SU CONDUCTA Y RESULTADO. En orden a la conducta y resultado el delito de robo de infante se puede ubicar de la siguiente manera:

- a) De acción;
- b) De omisión;
- c) De comisión por omisión; y
- d) Unisubsistente y Plurisubsistentes.

Ya hemos hecho referencia a las tres primeras clases. Delito unisubsistente es aquel que se consume con un solo acto y plurisubsistente cuando se consume con varios actos.

Por tanto, el robo de infante en orden a la conducta, es un delito de acción y plurisubsistente, pues los actos (no la acción que es el todo) son principalmente dos; captura o aprehensión del infante y su retención en lugar ajeno al suyo.

En Orden a su Duración. Por su duración, o en orden al tiempo, los delitos pueden ser, principalmente:

- a) Instantáneos;
- b) Permanentes;
- c) Continuados.

Son instantáneos, los delitos en los cuales, la acción que los constituye sólo en un instante se realiza, se consuma. El carácter de instantáneo se entiende dentro de la relatividad que prestan los tipos a su ejecución; el homicidio seguido de lesiones, por ejemplo, es instantáneo aunque entre el momento en que se causen las lesiones y la muerte haya transcurrido los términos máximos señalados por la Ley para estimar el hecho de la muerte como homicidio; y esto porque el tiempo transcurrido no tiene relevancia jurídica y porque la muerte de la víctima constitutiva del núcleo del delito, sólo en un instante se produce.

Delitos permanentes son aquellos en los cuales la acción se prolonga con el tiempo, de tal modo que cualquier momento del delito puede imputarse a título de comisión.

Es continuado, el delito en donde existe unidad de ejecución y pluralidad de acción.

El robo de infante, en orden de su duración, es delito permanente, pues la privación de la libertad persiste en el tiempo y el delito no termina hasta que no cesa la detención arbitraria, en orden al resultado los delitos pueden ser formales y materiales.

#### 4.1 ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA EN EL ROBO DE INFANTE.

La ausencia de conducta equivale a falta de acción o de omisión y siendo la

conducta el elemento primordial del delito, su ausencia como resultado, inevitablemente la no existencia del injusto. Para Porte Petit, la fuerza irresistible, la fuerza mayor y los movimientos reflejos son hipótesis indiscutibles de ausencia de conducta.

Jiménez de Asúa estima que "si intentara sistematizar los auténticos casos de ausencia de acto, los reduciría a: 1) El sueño y el sonambulismo; 2) La sugestión, la hipnosis y la narcosis; 3) La inconsciencia; y 4) La fuerza irresistible" . (39)

El Código Penal en la fracción I del artículo 15 establece como circunstancia excluyente de responsabilidad penal, "obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible", la fuerza física irresistible o vía absoluta es la violencia por un individuo ejercida sobre otro, de tal modo, que éste se ve obligado a ejecutar un acto completamente contrario a su voluntad, y precisamente porque no actúa en forma espontánea, no puede atribuírsele la acción.

En nuestra opinión, no ha habido conducta siempre que por cualquier motivo falte el elemento voluntad en el agente, pues como hemos dicho anteriormente, para la existencia de la acción debe quererse el movimiento corporal en que la misma consiste. No habiendo violación en el agente, no habrá acción faltará espontaneidad o autodeterminación y el agente obrará en forma similar al violentado por la fuerza física exterior irresistible.

Cuando el sujeto activo en el delito de robo de infante actúe en condiciones tales que no puede atribuírsele el acto como querido, habrá ausencia de conducta y, en consecuencia, de delito.

## 2. LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

2.1. CONCEPTO DE TIPO Y TIPICIDAD. La tipicidad, constituye otro elemento dentro de la teoría general del delito, ya que el tipo es un presupuesto de la tipicidad, siendo ésta según los tratadistas, la relación conceptual necesaria, es decir, que no puede haber educación de la conducta al ilícito, si no contamos previamente con un tipo que sea el marco legal, en el que quede subsumida la conducta o hecho, concepto del tipo: El Tipo a decir de Don Celestino Porte Petit, es "La conducta o hecho, descritos por la norma o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos" (40)

El maestro Mariano Jiménez Huerta, define al tipo como "El injusto recogido y descrito en la Ley Penal". (41)

Para el profesor Ignacio Villalobos, el tipo es "Una forma legal de determinación de lo antijurídico puestas condiciones normales en la conducta que se describe" . (42)

### 2.2 ELEMENTOS DEL TIPO.

La doctrina penal en lo referente a los elementos del tipo señala como tales al: Elemento Material Jurídico.

El maestro Ignacio Villalobos, define el elemento material de la siguiente forma: "Cuando el acto recae sobre una cosa, se dice que ésta es el objeto material o de la acción". (43) Por lo que se refiere al elemento jurídico, Don Celestino Porte Petit, dice que es: "El valor tutelado por la Ley Penal". (44) El maestro Porte Petit, da una basta explicación acerca de los citados elementos, es por ello que a continuación citamos la referencia que hace el citado maestro en torno a los elementos del tipo.

Elemento del juicio cognitivo. Ahora bien, el propio Mazger, coloca entre los elementos típicos descriptivos y los puros normativos, a los elementos del juicio cognitivo, considerando que se trata de las características típicas sobre las que recae un determinado juicio con arreglo a la experiencia y a los conocimientos que ésta proporciona.

Elementos normativos. Los elementos normativos son de dos clases:

a) Elemento de valoración jurídica. Existen estos cuando la Ley dice por ejemplo: "cosa ajena", "funcionario", etc.

b) Elementos con valoración cultural. Se manifiesta cuando el Código expresa "casta y honesta", "desprecio", etc.

Elemento subjetivo del injusto, en fin, la doctrina hace hincapié en los elementos subjetivos del injusto, que consisten en "Características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor".

El Sujeto Activo, requerido por el tipo, es un elemento de éste, pues no se concibe un delito sin aquel debiéndose entender por sujeto activo, el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice. El sujeto activo puede ser cualquiera y entonces estamos frente a un delito común o indiferente, pero en ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad de dicho sujeto, originándose los llamados delitos propios, especiales o exclusivos.

En todo delito debe existir un sujeto pasivo, sin olvidar que no se da un delito sobre sí mismo, porque no es admisible un desdoblamiento de la personalidad humana de modo que ésta pueda considerarse, a un mismo tiempo, desde cierto punto de vista, como sujeto activo y desde otro como sujeto pasivo del delito. (45)

El maestro Jiménez Huerta, establece, que la "Primera condición que se requiere para que una conducta humana sea valorada de antijurídica es la de que lesione o ponga en peligro un interés tutelado por el Derecho, esto es, un bien jurídico. Nos sigue diciendo que los bienes o intereses jurídicos, no son conceptos vagantes en el espacio sin objeto y sin fin, sino que encarnan un reflejo de los valores sobre los que descansa la vida de relación".

### 2.3 CLASIFICACION DEL ORDEN AL TIPO.

Una vez citado el concepto y los elementos del tipo, haremos mención a la clasificación del delito de orden al tipo.

Un sin fin de clasificaciones han sido formuladas por los tratadistas del Derecho Penal, a continuación citaremos algunas de ellas.

Don Edmundo Mezger, elabora la siguiente clasificación:

- a) Delitos de resultado y de simple actividad;
- b) Delitos de lesión, de peligro concreto, delitos de peligro abstracto;
- c) Delitos básicos o fundamentales;
- d) Delitos cualificados o privilegiados;
- e) Tipo independiente;
- f) Tipo especial cualificador;
- g) Tipo especial privilegiado;
- h) Delitos de varios actos;
- i) Delitos compuestos en sentido estricto;
- j) Delitos permanentes;
- k) Delitos mixtos:
  - a) Acumulativamente formados.
  - b) Alternativamente formados.
- l) Tipos necesitados de complemento.

(Leyes penales en sentido amplio)". (46)

El Doctor Luis Jiménez de Asúa, establece la siguiente clasificación:

"a) Tipos fundamentales y especiales; tipos fundamentale cualificados y privilegiados;

b) Tipos independientes y subordinados: tipos básicos y complementarios;

c) Clasificación atendiendo al acto:

1. Tipos de formulación libre, casuística, alternativos o acumulativos.
2. Otras clasificaciones en orden al resultado.
3. Los delitos condicionales (que no son especie de lo tipos).
4. Delitos de resultado cortado.

d) Clasificación atendiendo a los elementos subjetivos del injusto.

1. Por los elementos subjetivos referentes al autor.
2. Por los elementos subjetivos fuera del agente." (47)

Porte Petit hace mención de la siguiente clasificación de los tipos:

"Tipos fundamentales o básicos. Es aquél que no deriva de tipo alguno, y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo.

Tipos especiales. Se forma automáticamente, agregándose al tipo fundamental otro requisito.

Tipos especiales calificados. cuando se forma automáticamente agregando al tipo fundamental o básico, otro requisito que implique aumento o agravación de la pena.

Tipos especiales privilegiados. Se forma autónomamente, agregando al tipo fundamental otro requisito que implica disminución o atenuación de la pena,

Tipos independientes o autónomos. Es el que tiene vida, existencia autónoma o independiente.

Tipos complementados, circunstanciales o subordinados. Es aquel que necesita para su existencia el tipo fundamental o básico y añadiéndosele una circunstancia, pero sin que se origine un delito autónomo.

Tipos complementados, circunstanciales, subordinado o privilegiado. Es aquel que necesita para su existencia un tipo fundamental o básico, al que se agrega una circunstancia atenuándolo.

Tipos complementados circunstanciales o subordinados cualificados. Es aquel que necesita para su existencia un tipo fundamental o básico al que se agrega una circunstancia agravándolo.

Tipos de formulación libre. Es aquel que no se señala en forma casuística la actividad productora del resultado típico, pudiéndose en cualquier medio idóneo producirse o realizarse el núcleo contenido en el tipo.

Tipos de formulación casuística. Es aquel que señala casuísticamente la conducta productora del resultado típico". (48)

El robo de infante es de tipo calificado, tomando en consideración que el tipo básico vendría siendo el delito conocido como privación ilegal de la libertad, establecido en el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 364.

2.4 AUSENCIA DE TIPO. La ausencia de tipo, o se la no adecuación de la conducta, constituye el aspecto negativo del tipo.

Don Celestino Porte Petit, define a esta figura jurídica en los siguientes términos: "hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal". (49)

El Doctor Luis Jiménez de Asúa, establece al respecto que "La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución en contra el autor de una conducta no descrita en la Ley, incluso aunque sea antijurídica". (50) en nuestra opinión, estaremos ante la ausencia de tipo cuando la Ley no disponga nada en torno a una conducta que tenga características de ilicitud.

**2.5 CAUSAS DE ATIPICIDAD.** En principio consideramos oportuno definir la atipicidad entendida como la ausencia de tipicidad en el robo de infante tiene lugar cuando el sujeto activo es miembro de la familia del menor o ejerce la patria potestad sobre él; si la edad del menor no excede de los doce años y en fin, cuando falte uno sólo de los requisitos indispensables señalados en el tipo legal.

El maestro Porte Petit, menciona que que "para señalar las Atipicidades", bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo:

- a) Ausencia del presupuesto de la conducta del hecho.,
- b) Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo.
- c) Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerido en el tipo.
- d) Ausencia del objeto jurídico.
- e) Ausencia del objeto material.
- f) Ausencia de las:
  - 1) De referencias temporales.
  - 2) De referencias especiales.
  - 3) De referencias de otro hecho punible.
  - 4) De referencia de otra índole, exigida por el tipo.
  - 5) De los medios empleados.
- g) Ausencia del elemento normativo y,
- h) Ausencia del elemento subjetivo del injusto". (51)

En el delito de robo de infante, podríamos señalar como causas de atipicidad, que el menor tuviera 14 años, y que la privación de la libertad la efectuara un familiar.

### 3. LA ANTIJURIDICIDAD

3.1. CONCEPTO. En tanto exista un comportamiento que encuadre en el exacto cumplimiento de lo jurídico, se establece una conducta considerada como ilícita, pero si nos apartamos de tal comportamiento estaremos cayendo dentro de los antijurídico.

Ahora bien, el citado elemento a estudio, en un sentido común y corriente, se entiende como lo contrario a Derecho, es decir un total alejamiento a lo dispuesto por la Ley.

Hans Welzel, respecto al término denominado antijuricidad, establece el siguiente raciocinio: "Imaginándose, personificado el orden jurídico, frecuentemente se denomina a la antijuricidad como un juicio de valor negativo o juicio de disvalor del derecho sobre la acción, en lo que se debe tener siempre presente es lo gráfico del término, ya que la antijuricidad no es naturalmente en mero juicio de disvalor, sino una característica de disvalor de la acción.

Por ello la antijuricidad es un juicio de valor objetivo, en cuanto se realiza sobre la acción, en base a una escala general precisamente del orden social jurídico. El objetivo se valora, a saber, la acción, es en cambio una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos (psíquicos)". (52)

En conclusión podemos establecer que la antijuridicidad, se presenta como una característica esencial del accionar del sujeto activo y no como elemento perturbable del orden social, es decir, lo antijurídico no es lo contrario a lo establecido por la norma, en tanto no se llegue a materializar la acción, que es lo que produce la antijuridicidad, y por ende la alteración del orden jurídico establecido.

El profesor Porte Petit, nos dice que la antijuridicidad es "Una conducta que siendo típica no está protegida por una causa de justificación". (53)

Para el alemán Hans Welzel la "antijuridicidad es el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el Derecho para las acciones que se realizan en la vida social" . (54)

Don Ignacio Villalobos, establece que la antijuridicidad es la " oposición al Derecho " ( 55 )

En nuestra opinión, coincidimos con las ideas del maestro Porte Petit, toda vez que estaremos en presencia de la antijuridicidad cuando la conducta que llevamos a cabo produzca un resultado contrario a lo dispuesto por la norma, el cual no se encuentre amparado por alguna causa de licitud.

El autor Argentino Sebastián Soler dice que, " nadie ha expresado más elegantemente que Carrara, ese doble aspecto de adecuación a la Ley de contradicción al Derecho, cuando afirma que el delito en tanto implica identidad de la conducta del hombre con el hecho descrito en el tipo penal; pero esta armonía es disonante, en cuanto representa una contradicción con las normas de valoración que el propio tipo tutela y protege. " ( 56 )

Para Max Ernesto Mayer " las normas del Derecho emanan de las culturas, esto es, de aquel conjunto de mandatos o prohibiciones impuesto a los individuos como imperativos de la moral, de la religión o de la costumbre, sobre los cuales se basa la vida de la relación y que crean el modo de pensar y de sentir ( la cultura ) de una determinada sociedad. El legislador no crea la norma jurídica a su capricho, sino la extrae de la norma de cultura. Esta, proporciona los criterios instrumentales necesarios para valorar la antijuridicidad de una conducta y para alcanzar el ideal de justicia, contenido y fin del Derecho, cuya esencia consiste " en el logro de la total armonía en la compensación de antítesis y en la distribución de bienes dentro de las posibilidades de la cultura vivida". ( 57)

Pero, como acertadamente afirma Mazger, " una antijuridicidad en sí " no existe, sino sólo una antijuridicidad en el caso concreto. Y esta antijuridicidad del caso concreto trasciende del hecho a la vida social que enjuicio, no en forma aislada, sino sumergido en el universo de sucesos y valores integradores del mundo que rodea nuestra individualidad. " ( 58 ) Franz Von Liszt afirma que existe una antijuridicidad formal, cuando la acción típica infringe una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico, y otra material, cuando la acción típica constituye una conducta socialmente dañosa, que concretamente se da si se lesiona o se pone en peligro un bien jurídico. " ( 59

3.2 CAUSAS DE JUSTIFICACION. Evidentemente entre los factores positivos y negativos del delito, pueden darse supuestos en los que hay la ausencia de antijuridicidad; en los casos en que la conducta típica esté en

aparente oposición al Derecho y sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación, por lo que las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad. Para el reconocido maestro Don Fernando Castellanos Tena, " cuando un hombre priva de la vida a otro, su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del Código Penal vigente, y no obstante puede no ser antijurídica, si se descubre que obró en legítima defensa, por estado de necesidad o en presencia de cualquiera otra justificante." ( 61 )

3.3 CONCEPTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION. El jurista español Eugenio Cuello Calón, define a las causas de licitud como " Aquellas en que el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado al Derecho, la situación especial en que cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta " . ( 62 )

Para el Licenciado Ignacio Villalobos, " Las excluyentes de responsabilidad son pues, condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho típico del Derecho Penal, por las cuales el acontecimiento deja de ser delictuoso, a pesar de su tipicidad, y por lo tanto produce la responsabilidad que es inherente al delito" . ( 63 )

Don Celestino Porte Petit, establece respecto de las causas de justificación que " Existe una causa de licitud cuando la conducta o hecho siendo típico son permitidos autorizados o facultados por la Ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante." ( 64 )

En nuestra opinión, las causas de licitud, son circunstancias previstas por la Ley, que benefician a sujetos que actúan defendiendo un interés preponderante, a pesar de producir un resultado típico".

#### 4. LA IMPUTABILIDAD

4.1 CONCEPTO. Imputación es el acto de atribuir a otro alguna culpa, delito o acción, e imputabilidad es la calidad de ser imputable, El Derecho Penal sólo debe considerarse como " otro ", quien es sujeto de voluntariedad por reunir determinadas condiciones psíquicas. Almendiguen expresó que " imputar significa declarar que uno ha sido el autor con voluntad y conciencia, de una mutación en el mundo exterior ". ( 65 )

Carrara fundó " la imputabilidad en el libre albedrío y en la responsabilidad moral, lo que se ha considerado como la doctrina clásica, presentándose el problema de saber si la voluntad humana es libre o determinada. Controversia inútil dentro del campo del Derecho Penal y corresponde al ámbito de la Filosofía, siendo necesario aceptar que el fenómeno complejo de la voluntad, no puede existir sin libertad e inteligencia. Como un esfuerzo más en encontrar una base afectiva de la pena, nace la noción del estado peligroso, apoyándose en la responsabilidad objetiva, es decir en el peligro que el criminal representa para la sociedad, tanto en su estado predelictivo como en el postdelictivo. Resultando que las penas son aplicables propiamente a la peligrosidad criminal y las medidas de seguridad a la peligrosidad social. " ( 66 )

Jiménez de Asúa inspirándose en la aplicación del Psicoanálisis al delito, ha concluido " que la imputabilidad es la facultad de conocer el deber. " ( 67 )

Liszt y Mezger, " tratan la imputabilidad y la culpabilidad en sentido estricto, bajo la expresión común de culpabilidad, y Mayer emplea el término

imputabilidad, cuando se refiere a la culpabilidad e imputabilidad *sensu stricto*. Sin embargo, a la imputabilidad debe considerarse como un elemento autónomo objetivo psicológico del delito y como presupuesto necesario de la culpabilidad." ( 68 )

4.2. ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA. Las acciones libres en su causa, constituyen sin duda alguna característica importante dentro del análisis general de la imputabilidad.

El Maestro Ignacio Villalobos, define a este tipo de causas en los siguientes términos: " Si la culpabilidad se produce al actuar es claro que la capacidad de culpabilidad debe existir en ese momento mismo " . ( 69 )

Para Don Fernando Castellanos Tena, las acciones libres en su causa se presentan cuando el " sujeto antes de actuar voluntariamente o culposamente se coloca en su situación inimputable y en esas condiciones produce el delito " . ( 70 )

Por lo que a las acciones libres en su causa, consideramos que son circunstancias provocadas por el sujeto activo del delito en si mismo, con el fin de alterar su personalidad y de ese modo llevar a cabo el ilícito descrito por el artículo 366, fracción Sexta del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

" La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntariamente o en forma culposa, se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito, tal es el caso en el delito que nos ocupa de un sujeto que desea apoderarse de un menor de doce años y para hacerlo con el fin de darse ánimos ingiere bebidas embriagantes y ejecuta el delito en estado de ebriedad.

Aquí sin duda alguna existe la imputabilidad; entre el acto voluntario, es decir la decisión de delinquir y su resultado hay un enlace casual, en el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de imputabilidad, el sujeto era imputable.

Si se acepta que al actuar, el sujeto carecía de capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuentrase el fundamento de la imputabilidad en el acto precedente o la acción, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena.

4.3 LA INIMPUTABILIDAD Y SUS CAUSAS. La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad.

El maestro Jiménez de Asúa, respecto de la inimputabilidad establece que " Son motivos de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud en la mente, así como los trastornos pasajeros en las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto las facultades de conocer el deber, esto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetro." ( 72 )

Para el penalista Cuello Calón, la inimputabilidad se presenta. " Cuando el agente carece de capacidad de conocer y de querer." ( 73 )

En nuestra opinión, no habrá imputabilidad, cuando el sujeto no esté en condiciones de querer y comprender lo que está realizando, bien sea por carecer del uso de sus facultades mentales o por tener alteración mental transitoria.

La doctrina establece como causas de inimputabilidad entre otras, las siguientes:

" Enfermos mentales. Puede anular la inteligencia, paralizar su desarrollo o alterarlo profundamente, y en el campo de la voluntad puede suprimir su libre funcionamiento o trastornarle gravemente, motivo por el cual el enfermo mental o el loco, resultan ser inimputables e irresponsable, ya que no puede responder de los hechos dañosos realizados ni someterse a una pena.

Los trastornos mentales transitorios. Se refiere a la perturbación de causa inmediata, de aparición más o menos brusca de duración, en general, no muy extensa y que termine con la curación sin dejar huellas.

Las causas de inimputabilidad para el maestro Castellanos Tena son, " Todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad." ( 74 )

Los menores de edad. " El menor antisocial " o conducta antisocial, es aquel que ha incurrido en acciones que de no ser precisamente por su minoría de edad, serían calificadas de delitos " . ( 75 ) es muy posible que en el caso de robo de infante, pueda suceder que se cometa dentro de las hipótesis previstas por los estudiosos del derecho penal como causa de inimputabilidad.

## 5. LA CULPABILIDAD

5.1. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD. Son un actuar positivo o negativo y que tal conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado, además que los resultados del acto han de ser previsibles

y evitables y tipificarse penalmente. Por último precisa una relación de casualidad entre el hacer o no hacer inicial y el resultado no querido ( si el resultado es querido o aceptado ) sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa.

La Culpabilidad en General . Realizado el juicio objetivo de comparación entre un hecho determinado y el precepto penal para establecer que ese hecho es típico, y su oposición a la norma imperativa o preceptiva a fin de determinar su contenido antijurídico, falta, aún examinar si ese actuar humano es culpable. Es decir, si puede reprochársele a un hombre a título de dolo o de culpa, presupone pues la culpabilidad, una relación psicológica de reprobación por contravertir al orden jurídico. 2 Se reprocha al agente su conducta y se prueba ésta por que no ha obrado conforme a su deber". ( 76 )

Para Castellanos Tena, " la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto " . ( 77 )

De acuerdo con lo anterior, podemos definir la culpabilidad como un juicio de reprobación por la ejecución dolosa o culposa, de un hecho típico. Dos son las teorías fundamentales para la concepción de la culpabilidad: la teoría psicológica y la teoría normativa.

La doctrina psicológica requiere el análisis de las exigencias del Derecho con respecto a la capacidad general de la persona para realizar acciones jurídicamente relevantes ( imputabilidad ). Establecidas éstas, se impone el examen del contenido de la acción del imputable , es decir, los modos de referencia se llaman culpables ( dolosos o culposos ), 1o. Cuando el hecho es ilícito. 2o. Producido por un hombre capaz 3o. Que obra no obstante el

conocimiento de las circunstancias. Para subrayar la diferencia entre esta concepción y la concepción normativa, dice Núñez que, para la doctrina psicológica el contenido de la culpabilidad se reduce a un solo elemento; el hecho psicológico representativo de la relación entre hecho ilícito y su autor. Sin embargo, el hecho psicológico básico sin cuya existencia no puede haber culpabilidad, es en sí mismo el doble, bipolar, pues importa una referencia al hecho propio como ilícito, para lo cual se precisa suponer al sujeto dentro del orden jurídico, de cuyas valoraciones está penetrado, y con respecto a las cuales también adopta una actitud interna". ( 78 )

Para Soler " decir que la culpabilidad es reprochabilidad, equivale a afirmar que la virtud es aprobación o la peligrosidad es temor; un sujeto es temible por que es peligroso, o estimable por ser virtuoso y de igual modo es reprochable porque es culpable. Entonces había, según su criterio, que considerar a la antijuridicidad objetiva de la acción como un elemento de la culpabilidad, pues aquella precisamente es la circunstancia que da base base al juicio de reproche, pues solo los hechos antijurídicos son los que pueden ser reprochados. " ( 79 )

En nuestro concepto es la doctrina psicológica la que mejor explica el fundamento de la culpabilidad normativa, que la culpabilidad debe basarse en la reprochabilidad personal de la acción ilícita de la pena, es no decir nada. Efectivamente afirmar que un sujeto es culpable porque ha realizado una conducta típica y antijurídica, equivale a decir, por ejemplo, que el delito es la acción sancionada por las leyes penales: lo cual, sin ser falso es tautológico.

5.2 FORMAS DE CULPABILIDAD. I.- El Dolo, Clases de dolo. El dolo directo. El dolo eventual, II.- La culpa. La culpa consciente. La culpa inconsciente. III.- La preterintención.

La culpabilidad reviste, esencialmente dos formas: el dolo y la culpa. Sin comportamiento doloso o culposo no puede existir la culpabilidad; así, en forma expresa lo determina el Código Penal en su artículo 15 al establecer como circunstancia excluyente de responsabilidad: " X. causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas " .

1.- El Dolo. Una de las más antiguas doctrinas sobre la naturaleza del dolo, es aquella sostenida por Carnigani y Filangieri ( actualmente desechada en su totalidad ) que consideraba al dolo como la voluntad de violar la ley penal. Resultaba evidente lo insostenible de este concepto, pues nadie delinque por el solo placer de quebrantar la ley; y así, Manzini refutaba; " no es la intención de violar la ley penal lo que se toma en consideración; tal intención puede no existir ( y generalmente no existe en el ánimo del malhechor, quien dirige su voluntad a los efectos prácticos de su hecho, sin preocuparse de su naturaleza jurídica. )

La conocida como teoría de la voluntad, se debe fundamentalmente a Carrara para quien el dolo consiste en: la " intención más o menos perfecta, de realizar un acto que se sabe contrario a la ley " como se ve, para esta doctrina el dolo estriba en la voluntad, no de infringir la ley penal, sino la de llevar a cabo un acto que la vulnera. Desde este punto de vista no habría discrepancia entre la teoría de la representación y la carrariana de la voluntad, pues, como afirma Kelsen: Desde el punto de vista psicológico es evidente que aquello en lo general, no es representado, tampoco es querido. " ( 80 )

La diferencia estriba en que la teoría de la voluntad exige algo más que la representación del resultado; éste debe ser voluntario, querido, para afirmar la existencia del dolo.

Von Liszt el más destacado de esta teoría, define el dolo como " el conocimiento de las circunstancias de hecho pertenecientes al tipo penal. ( 81 ).

Ambas teorías son extremas y por tanto no son aceptadas en su totalidad tomadas aisladamente, así como tampoco la llamada teoría ecléctica o mixta que las resume. Lo esencial en el dolo no es la representación en sí, lo fundamental es la actitud del sujeto frente a ella. La actitud asumida por el agente ante la representación de un resultado ilícito puede ser tan variada en su contenido de voluntad, que la intensidad de ésta es susceptible de ser escalonada en grados, desde el dolo directo hasta el eventual, entre ambas clases, y determinadas por su graduación, puede encontrarse toda la gama de intencionalidad elaborada por la doctrina.

11.- La culpa. El dolo eventual es, dijimos el grado mínimo de intencionalidad; antes está el dolo directo y después del eventual la culpa consciente.

Podemos afirmar que existe la culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la Ley.

La responsabilidad de la culpa, según el criterio más extendido y que prevaleció durante algún tiempo, proviene de la situación del sujeto al realizar su acción; si esa situación es ilícita, el resultado de ella derivado, y no directamente querido, tiene que ser culposo. Pero, teniendo siempre presente el principio de la casualidad adecuada, las circunstancias del hecho ilícito se imputan siempre con exclusión del " fortuito incalculable ". Concluyendose que " la justicia penal no de cuentas al individuo por sus previsiones, si no por sus acciones u omisiones ". ( 82 )

Cuando el agente prevé como posible o probable el resultado dañoso, pero actúa abrigando la esperanza de que no se producirá, existe la culpa consciente.

La Culpabilidad en el Robo de Infante. Dadas las características del tipo, el robo de infante es un delito cuya comisión sólo puede imputarse a título de dolo. El secuestro, la ausencia de nexos familiares y la carencia del derecho de la patria potestad, son nociones de carácter normativo ( pero congñocibles ) que necesariamente constituyen la representación del agente en el momento de su acción; y su ejecución consecuentemente, es voluntaria. Es imposible por todos conceptos, la forma culposa de comisión.

En cuanto a la preterintencionalidad como forma de culpabilidad, no puede darse en esta figura.

5.3 LA INCULPABILIDAD Y SU CONCEPTO. La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad consistiendo ésta en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

Este aspecto negativo de la culpabilidad, opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, que son conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable un sujeto si falta en su conducta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, solo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

Causas de Inculpabilidad en el Robo de Infante, a) El error esencial de hecho puede operar como exculpante en el robo de infante, cuando recaiga sobre los elementos constitutivos del tipo haciendo desaparecer el dolo;

Lazos consanguíneos entre el sujeto activo y el pasivo desconocidos por aquél; titularidad del derecho de patria potestad respecto al menor; considerar por error esencial o invencible, como hijo a quien no lo es, etc. b) La coacción en sus dos formas también puede operar como causa excluyente de culpabilidad, pero sólo respecto al coaccionado, subsistiendo para el autor la coacción.

## 6. PUNIBILIDAD.

6.1 CONCEPTO DE PUNIBILIDAD. El delito es una acción punible, la punibilidad es una de sus caracteres más destacados. Como ya vimos para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de su punibilidad, siendo éste de todos ellos el de mayor relieve penal. La punibilidad es un elemento de la tipicidad; el hecho de estar la acción conminada con pena constituye un elemento del tipo delictivo.

" Un acto es punible porque es delito ; pero no es delito porque es punible, en cambio si es rigurosamente exacto que el acto es delito por su antijuridicidad típica y porque se ejerce culpablemente ". Dice Ignacio Villalobos, relevante exponente de esa tendencia, lo que nos parece una petición de principio pues precisamente porque ese acto es típicamente antijurídico y culpable, es delito; si no fuera así, no sería delito, y si la premisa " Un acto es punible porque es delito " es cierta, también lo es necesariamente la contraria: " Un acto no es delito porque no es punible ". ( 83 )

El tratadista Luis Jiménez de Asúa, establece que " Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que un acto físico, antijurídico, imútable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública" . ( 84 )

## 6.2 EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL CODIGO PENAL.

Fundamentalmente encontramos excusas absolutorias en el Código Penal vigente, en los artículos 333 y 375, los cuales a la letra dicen:

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

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

Consideramos que en delito objeto de este trabajo recepcional, no opera ninguna excusa absolutoria, en virtud de que se trata de manera indiscutible de un ilícito penal, con características de una conducta antijurídica, típica y dolosa a todas luces.

6.3 LA PENA. La pena, mal con que potencialmente amenaza la ley para el autor de una conducta delictiva y al actualizarse ésta da lugar a su aplicación, consiste en la disminución de un bien jurídico con fines represivos.

Destacaremos de las penas sus principales caracteres:

a) Retribución. Desde el momento en que el Estado en ejercicio de su Derecho de castigar, conmina los derechos previstos como delitos con la amenaza de la pena, existe el carácter de retribución de ésta; devuelve mal por mal. Pero en la época actual esa retribución no es igual a la retribución del Tallón; el legislador, basado en la observación diaria de los hechos hace una apreciación moral y justa de ellos tomando en consideración los bienes jurídicos

del delincuente que van a ser afectados, la peligrosidad puesta de manifiesto por aquél, etc. Se considera por otra parte, que la reiterada comisión de los delitos demuestra la insuficiencia de la amenaza penal, lo cual sería cierto si se estimara que el Derecho Penal no tiene por fin castigar el delito, sino suprimirlo, consideración esta última de carácter utópico que lleva al extremo de aprobar la teoría del estado peligroso ( por desgracia en nuestro sistema se aplica cada vez con más frecuencia ) para quienes no han cometido delito alguno y sólo en atención a sus antecedentes. La tendencia actual considera que el aumento inmoderado de las penas demuestra una tendencia política tiránica pero necesaria y una fundamental inseguridad del poder, por un lado y por otro, constituye un error psicológico, pues las penas más eficaces son las más justas;

b) Prevención. Como amenaza potencial, la pena tiene un fin general de prevenir los delitos futuros suprimiendo la venganza. En su aspecto de aplicación concreta, la pena tiene el fin particular de prevenir en lo futuro las acciones delictivas del condenado.

El maestro Ignacio Villalobos vierte el siguiente análisis acerca de la pena:

" La pena es un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico.

La pena tiene así como fines últimos, la justicia y la defensa social, pero como mecanismos para su eficacia o como fines inmediatos, debe ser:

a) Intimidatoria, sin lo cual no sería un contramotivo capaz de prevenir el delito;

b) Ejemplar, para que no sólo exista una conminación teórica en los Códigos, sino que todo sujeto que virtualmente pueda ser un delincuente, advierta que la amenaza es efectiva y real.

C) Correctiva, no sólo porque siendo una pena debe hacer reflexionar sobre el delito que la ocasiona y constituir una experiencia educativa y saludable, sino porque cuando afecte la libertad se aproveche el tiempo de su duración para llevar a efecto los tratamientos de enseñanza, curativos o reformados que en cada sujeto resulten indicados, para prevenir la reincidencia.

D) Justa, porque si el orden social que se trata de mantener descansa en la justicia, ésta da vida a todo medio colectivo y sería absurdo defender la justicia misma mediante injusticias, pero además porque no se logrará la paz pública, sin dar satisfacción a los individuos, a las familias y a la sociedad ofendida por el delito, ni se evitarán de otra manera las venganzas que renacerían indefectiblemente ante la falta de castigo:

La pena, a través de sus fines, podemos inferir sus caracteres de la manera siguiente:

1.- Para que la pena sea intimidatoria, debe ser afflictiva, pues a nadie amedrentaría la promesa de una supuesta agradable o indiferente, debe ser legal, ya que sólo así, conocida de antemano, puede producir el efecto que se busca; debe ser cierta, pues la sola esperanza de eludirla por deficiencias de la maquinaria encargada de investigar los delitos, por indultos gratuitos, etc. deja sin efecto una amenaza que el presunto delincuente es propenso a desechar.

2.- Para que sea ejemplar, debe ser pública, no con la publicidad del espectáculo morboso y contraproducente que se usó en la Edad Media, durante la Revolución Francesa, y en otros momentos de exceso y embriaguez de poder, pero así en cuanto lleve a conocimiento de todos los ciudadanos, la realidad del sistema penal.

3.- Las penas eliminatorias se explican por sí mismas y pueden llegar a ser la de muerte, la de reclusión o de relegación perpetua o destierro.

4.- Y para ser justas, todas las penas deben ser humanas, de suerte que no descuiden el carácter del penado como persona, en cuanto habrán de mirar sólo a la responsabilidad y no a categorías, a clases de personas por desconocidas, pero procurando efectos equivalentes ya que no hay igualdad, deben ser suficientes ( no más ni menos de lo necesario ); remisibles, para darlas por concluidas cuando se demuestre que se impusieron por error o que han llenado sus fines; personales o que sólo se apliquen al responsable. Varias, para poder elegir entre ellas la más propia para cada caso; y elásticas, para que sea posible también individualizarlas en cuanto a su duración y cantidad.

A la pena también suele clasificarse y la clasificación que más aceptación tiene es la siguiente:

Principales: que son las que la ley señala para el delito y el juez debe imponer en su sentencia;

Complementarias: Aquellas que, aunque señaladas también en la ley, su imposición puede tomarse como potestativa, por su fin preponderante pueden ser: Intimidatorias: Que lo son todas las verdaderas penas, pero con exclusividad la multa y las prisiones de corta duración.

**Correctivas:** Carácter que debe suponerse también en toda pena, **excepto en las que recurren a una eliminación definitiva; pero que se predica especialmente de las que mantienen al sujeto pasivo de libertad y por tanto, dan oportunidad para someterle a un régimen o tratamiento adecuados:**

Por el bien jurídico afectado, pueden ser:

La pena capital, que priva de la vida;

Penas contra la libertad, que pueden ser sólo restrictivas de este derecho, como el confinamiento o la prohibición de ir a determinado lugar, o bien privativas de la misma, como la prisión.

- (24) Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. México, 1969, 1a Edición. Pág. 153
- (25) Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1960, 2a Edición. Pág. 227.
- (26) Jiménez de Asua, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Andrés Bello, Venezuela 1954, 2a Edición. Pág. 273
- (27) Ferrer Sama, Antonio. Comentarios al Código Penal Español. Murcia, España. 1946 Pág. 114
- (28) Cfr. Porte Petit. op. cit. pág. 214
- (29) op. cit. pág. 114
- (30) Citado por Porte Petit. op. cit. págs. 114 y 115
- (31) Op. Cit. pág. 118.
- 32) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editorial Nacional. México 1953. 2a. Edición. pág. 298.
- 33) Cuello Calón. op. cit. pág. 299
- (34) op. cit. pág. 300
- (35) Jiménez de Asúa. op. cit. pág. 114
- (36) Cfr. Porte Petit. op. cit. pág. 192.
- (37) Cfr. Porte Petit. Op. Cit. P'g. 190.
- (38) Cfr. Porte Petit. Op. Cit. Pág. 192
- 39) Cfr. Jiménez de Asúa. op. cit. pág. 604
- (45) Porte Petit. op. cit. pág. 43 y siguientes.
- (46) Citado por Castellanos Tena. op. cit. pág. 84
- (47) op. Cit. Pág. 83.
- (48) op. cit. pág. 446.
- (49) op. cit. pág. 314
- (50) op. cit. pág. 264

- (51) *Parte Petit*. Op. Cit. Pág. 478.
- (52) WELZEL, Hans *Derecho Penal, Parte General*. Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina. 1956. 1ª. Edición pag.
- 53) Op. Cit. pág. 285.
- (54) *Weizel, Hanz*. Op. cit. pág. 59.
- (55) Op. cit. pág. 121
- ( 56 ) OP, CIT. PÁG. 326
- ( 57 ) Mayer Max, Ernesto. *Filosofía del Derecho*. Traducción. Barcelona, España. 1937 1a. Edición. Pag. 75
- ( 58 ) Mazger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Revista de Derecho Privado. 1938. Madrid, España. 1a. De. Pág. 341
- ( 59 ) Von Liszt, Frank. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Reus. Madrid, España. 1927. 2A. Edición pág. 341.
- (61) *Castellanos Tena, Fernando*. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa. México. 1974. 8a. De. P. 179
- (62) op. cit. pág. 84.
- (63) op. cit. pág. 126.
- (64) OP. CIT. PÁG. 142.
- (65) *Escríche, Joaquín*. *Diccionario Razonado de legislación*.- México 1979. 10a. De. Pág 846
- (66) *Escríche, Joaquín*. *Diccionario Razonado de Legislación*. México. 1979. 10a. Edición. Pág. 846.
- (67) op. cit. Pág. 413
- (68) op. Cit. Pág. 326.
- (69) op. Cit. Pág. 118.
- (70) *Castellanos Tena*. Op. Cit. Pág. 186.
- ( 72 ) *Jiménez de Asúa* op. Cit. Pág. 427.
- (73) *Cuello Calón*. Op. Cit. Pág. 407.
- (74) *Cuello Calón*. Op. Cit. Pág. 407

- (75) Cardenas de ojeda, Olga. Toxicomanía y Narcóticos. Aspectos legales. Editorial Porrúa, México 1974. 1a. De. Pág. 11.
- 76) Cuello Calón. Op. Cit. Pág. 357.
- (77) op. cit. pág. 232
- (78) Soler. Op. Cit. Pág. 14
- (79) Cfr. Soler. Op. Cit. Pág. 413
- (80) Von Litz. Op. Cit. Pág. 148
- (81) op. Cit. Pág. 148.
- ( 82) Soler op. Cit. Pág. 126.
- (83) Villalobos. Op. Cit. Pág. 84
- (84) Jiménez de Asúa. Op. Cit. Pág. 226

**CAPITULO IV**  
**DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD**  
**EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS**

El tipo penal cuyo estudio nos ocupa. Se encuentra concretado en nuestro Código Penal en la forma siguiente:

"Artículo 366. Al que prive de la libertad a otro se le aplicará:

I.- De diez a cuarenta años de prisión y de cien a quinientos días de multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de :

a) Obtener rescate;  
b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, o.

c) Causar daño y perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquiera otra.

II.- De quince a cuarenta años de prisión y de doscientos a setecientos cincuenta de días de multa, si en la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurre alguna o alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que se realice en camino público o en lugar desprotegido o solitario

b) Que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública o se ostente como tal sin serlo:

c) Que quienes lo lleven a cabo obren en grupo de dos o más personas;

d) Que se realice con violencia, o

e) Que la víctima sea menor de dieciséis años o mayor de sesenta años de edad, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad.

Correspondiendo al precepto legal transcrito al capítulo Único del Título Vigésimo Primero referente a la privación ilegal de la libertad, resulta incuestionable, que como veremos al analizar el elemento tipicidad, es la libertad como garantía jurídica, el bien tutelado o protegido por la norma en esta especie delictiva, y aquí encontramos uno de los presupuestos del delito.

El sujeto activo puede serlo cualquier persona que por autodeterminación voluntaria lleve a cabo la Privación de la Libertad cuando no ejerza patria potestad y no tenga ningún nexo o familiar con él. Y en su caso teniendolo prive de la libertad a un menor de dieciséis años, Y es el mismo menor, titular del bien jurídico protegido por la norma, el sujeto pasivo del delito. Uno y otro, constituyen otro presupuesto general del delito, que al hablarse de que se adecuen las circunstancias que establecen que se establecen en los tres primeros incisos ( a,b,c,) es decir que el tipo penal previsto en la norma se integre debidamente dicha privación de la libertad será sancionada con la mayor severidad posible tal y como lo regula dicho numeral.

Respecto a la norma penal, precepto y sanción, como presupuesto general del delito, no hay nada que agregar, bastando la transcripción del artículo 366, ahora bien tratándose de un tipo de resultado y no de mera comisión formal, al analizar los presupuestos especiales, será necesario referirlos a los hechos.

### 8.1 MEDIOS COMISIVOS DEL DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS

El delito de Privación de la Libertad en contra de un menor de Dieciséis años, por su descripción típica tiene un medio de comisión consistente en la captura y retención del infante o menor, en efecto el núcleo del tipo es privar de la libertad, detener arbitrariamente y ambos conceptos son equivalentes, privar vale tanto como quitar, despojar, prohibir, detención arbitraria significa detención sin fundamento legal, es decir ilícita e injusta, por tratarse de un delito que implica una norma prohibitiva, el modo de comisión debe ser de acción stricto sensu. Ahora bien, para la existencia de la acción se debe querer el movimiento corporal en que la misma consiste, esto es, debe haber voluntad. La voluntad debe referirse al querer inicial o impulso motor de la acción típica con independencia de cual sea el resultado de la acción pues la voluntariedad del resultado pertenece a la culpabilidad y no al tipo, por tanto se requiere un nexo psicológico entre el resultado y la acción.

### 8.2 CLASIFICACION DEL DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS EN ORDEN AL DAÑO QUE CAUSA.

El delito de Privación de la Libertad en contra de un menor de Dieciséis años, es un delito de lesión por que consumado causa un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada como lo es la privación ilegal de la libertad.

### 8.3 CLASIFICACION DEL DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS EN ORDEN A SU DURACION

El delito de Privación de la Libertad es completamente imposible

que sea un delito instantáneo en virtud de que su consumación no se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos, por que la privación ilegal de la libertad no cesa hasta que el agente activo del delito pone en libertad a su víctima o bien es desposeído de ella.

El delito de Privación de la Libertad es un delito permanente o continuo, por que en su consumación se prolonga a través del tiempo y el delito no termina hasta que no cesa la detención arbitraria, asimismo no es posible que sea un delito continuado, por que en este sólo existe una unidad de propósito delictivo y una sola conducta como es la captura o aprehensión del menor con el propósito de la privación de la libertad.

En consecuencia, y siendo condiciones previas al hecho de naturaleza jurídica o material que lo condiciona, en el delito de Privación de la libertad cometido contra un menor de dieciséis años, se encuentra como nota primordial: el ejercicio de la patria potestad, cuya titularidad no debe corresponder al sujeto activo, pues de otra forma, se anula el hecho como delito, más sin embargo aunque existiera dicha circunstancia que podríamos denominar excluyente de responsabilidad el que el activo tuviera la patria potestad del menor, más sin embargo cuando este actúa en conjunto y asociado con otras personas para llevar a cabo tal tipo penal como el de privar de la libertad a un menor de dieciséis años, con el objeto ya sea obtener un rescate, que en ese caso sería el fundamental, mas sin embargo no podemos excluir los demás elementos del tipo por que se llevan de la mano concatenados unos a otros al coexistir el delito.

Si bien el tutor no ejerce la patria potestad sobre el menor a su cuidado, la tutela es una institución jurídica supletoria de la patria potestad

cuando no existe ninguna persona que en los términos de la Ley, deba ejercerla. Entonces, si los derechos y las obligaciones del tutor respecto a su pupilo, son semejantes a los nacidos de la patria potestad, un tutor, no obstante ser extraño al menor por cuanto se refiere a los nexos de parentesco y no ejercer sobre la patria potestad, consideramos que no podría cometer el delito a estudio respecto al menor que se encuentre bajo su tutela.

#### 8.4 CLASIFICACION DEL DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS EN ORDEN A LA PERSECUCION

El delito de Privación de la Libertad en contra de un menor de Dieciséis años es perseguible de oficio, ya que la autoridad previa denuncia está obligada a actuar por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos.

#### 8.5 LA TENTATIVA EN EL DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS

En el delito de Privación de la Libertad, existe tentativa punible cuando la resolución del sujeto, o sea, persona ajena a la familia del menor de Dieciséis años, que no ejerza la tutela sobre él o bien, si es familiar de dicho menor y no ejerza sobre el la patria potestad ni la tutela exteriorice ejecutando la conducta que debería de producirlo, o sea, actos que se encaminen directa, inmediata e inequívocamente de privar al menor de su libertad, si el delito o sea la privación ilegal de la libertad, no se consuma, por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la Tentativa, el Juez a su prudente arbitrio judicial, tomará en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que éste hubiere llegado en la ejecución del delito de haberse consumado.

En el párrafo anterior comprendemos que el Juez a su prudente arbitrio judicial se estará a lo dispuesto en lo que establece el artículo 52 del ordenamiento, y tomará en cuenta el grado de ejecución del delito - tentativa acabada o tentativa inacabada.

Tratándose de un delito grave como es el de Privación ilegal de la libertad en contra de un menor de dieciséis años, a diferencia de otros ilícitos reglamentados en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia federal, se diferencia la aplicación del grado de tentativa de dicho ilícito de otros diversos, toda vez que en cualquier otro delito el párrafo tercero del artículo 12 de dicho Código Punitivo dispone.

" No se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere," o sea por lo que se refiere al delito materia del presente trabajo, toda vez que el artículo 366 penúltimo párrafo que estudia el grado de tentativa de tal ilícito señala que la pena aplicable será de tres a diez años y de doscientos cincuenta hasta quinientos días multa, opinión que el suscrito considera inapropiada ya que se debe de incrementar inclusive en grado de tentativa la penalidad, lo que evitaría la comisión de tal ilícito, ya sea por un solo sujeto activo o por un grupo de sujetos activos que reunidos frecuentemente y con el propósito de delinquir se asocian para cometer tan grave ilícito.

#### 8.6 DIFERENCIAS DE PENALIDAD ENTRE EL DENOMINADO DELITO DE ROBO DE INFANTE Y EL DE PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS

El artículo 366 del Código Penal para el Distrito Federal, en materia del Orden común y para toda la República en materia federal, en su fracción VI, que tipificaba el denominado ROBO DE INFANTE, indicaba que la penalidad que

se impondrá debería ser de cinco a cuarenta años de prisión y multa de cien a diez mil pesos.

El artículo 366 vigente, que fue reformado en Mayo de 1996, que hoy denomina a lo que se conocía como ROBO DE INFANTE, como delito PRIVACION DE LA LIBERTAD EN CONTRA DE UN MENOR DE DIECISEIS AÑOS, en su apartado II alfabética e).-, sanciona actualmente dicho ilícito con una pena de diez a cuarenta años de prisión y de cien a quinientos días multa.

De acuerdo a las penalidades que se determinaron en los numerales antes citados, se podrá apreciar que se incremento única y exclusivamente la pena mínima cuando se denominaba ROBO DE INFANTE, e incrementando la multa a salarios mínimos generales vigentes en el Distrito Federal, de ahí la necesidad de que se incremente tanto la penalidad mínima como la máxima, con el objeto de evitar la comisión de tal ilícito grave que no solo daña al sujeto pasivo del delito sino a la familia directa de este y desde luego a la sociedad, por lo que la penalidad mínima deberá ser de cuando menos veinte años de prisión y la máxima establecida de cincuenta años de prisión.

El legislador tomando en consideración el daño que causa tanto al sujeto pasivo ( víctima ) y la familia así como a la sociedad, quizá no le dio el debido sentido de los que representa los graves perjuicios y daños morales a estos entes de la sociedad, y mucho menos le dio el valor suficiente de la conducta desarrollada por el sujeto activo del delito, omitiendo la grave repercusión que trae aparejada la comisión del delito, ya que como se desprende de la reforma que se hiciera el 13 de mayo de 1996, al citado Código Penal, únicamente lo enfocan al hecho de aumentar un poco la pena mínima

de prisión, así como en cuanto a lo que se refiere a la sanción pecuniaria, que desde mi punto de vista muy particular considero que no es la suficiente ni adecuada sanción que debería aplicarse en estos delitos graves.

Esto es la Sociedad con este tipo de conductas ilícitas esta siendo gravemente dañada ya que han proliferado BANDAS bien organizadas dedicadas a este tipo de ilícitos, e inclusive con el objeto de a compatriotas nuestros venderlos a otros países, lo que origina inclusive que se comentan otro tipo de ilícitos como son Falsificación de documentos, al crear actas de nacimiento apócrifas así como documentos migratorios para la salida de dichos conacionales con dividendos altos o elevados para los sujetos activos de tales ilícitos, derivado con ello inclusive el tráfico de órganos humanos, situación lacerante para nuestra sociedad.

Independientemente del grave daño ocasionado a los ascendientes y parientes del sujeto pasivo que en este caso es el menor de Dieciséis años, un sujeto inimputable, por lo que es conveniente el incremento de las penalidades mínima y máxima, con el objeto de que a futuro quien pretenda cometerlos o quienes pretendan cometerlo eviten tal acción atípica, antijurídica y culpable.

Lo anterior se ve reflejado diariamente dentro de nuestra sociedad por medio de los diversos medios de comunicación y de las múltiples organizaciones que actualmente existen de padres y parientes de las víctimas de dicho delito y de las diversas o múltiples denuncias existentes ante las autoridades persecutorias del ilícito, y que han provocado un verdadero pánico ante la sociedad incluyéndose a nuestros propios legisladores, ya que todas las familias pueden ser víctimas de las lacras que cotidianamente cometen este tipo de delito.

## 8.7 MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES JUDICIALES RESPECTO A LAS INCIDENCIAS DEL DELITO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD

En lo que va del año la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal ha logrado la detención de 42 personas involucradas en la Privación ilegal de la Libertad, sin embargo, 22 de los casos se suscitaron por problemas conyugales, debido a que los padres de algunos menores no aceptaron ceder la patria potestad a su pareja y optaron por llevarse al menor.

No obstante, ante la denuncia pública que del delito de Privación ilegal de la libertad realizaron algunos padres de familia la institución implemento nuevas formas de acción que coadyuvaran a resolver el problema. Además de la existencia del centro de apoyo a personas extraviadas y ausentes se crearon dos Agencias especializadas en la Investigación de desaparición de niños, en las que trabajan como mínimo 25 elementos de la policía judicial en cada uno, con tres comandantes cada grupo triplicando de esta manera la fuerza policiaca y la jurídica a través de las agencias para llevar a cabo esta investigación.

Lo anterior, ha dado la posibilidad de resolver los casos y de que no hay mas rezagos en las investigaciones que se venían llevando a cabo esclareciendo los casos conforme se presentan.

Para responder a la inquietud y reclamo de los padres de familia que han sido víctimas de la desaparición de un menor, las investigaciones en torno a este problema se realizan de manera más rápida obteniendo mejores resultados para reintegrar al menor a su núcleo familiar.

Hay muchas personas que por el deseo de obtener dinero de manera fácil se dedica a realizar diferentes tipos de actividades delictivas, incluso llegan al robo de menores, algunos casos se han esclarecido con el retrato hablado del presunto, las investigaciones como en muchos casos, pueden ser desde muy sencillos hasta extremadamente difíciles, hay casos que se pueden resolver en poco tiempo, incluso si la denunciante proporciona indicios sobre la personalidad del presunto existen casos en que se han resuelto hasta en 20 minutos.

Sin embargo, también existen casos que pueden llevar años de investigación, dado que en muchas ocasiones los menores son trasladados a Estados de la República Mexicana. En ese caso la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal ha solicitado apoyo de sus homólogos a efecto de contar con su apoyo.

La Procuraduría investiga, encuentra los datos y acude ante las autoridades locales para que, en base a una orden del Ministerio Público coadyuve en la detención y presentación de las personas que están involucradas con algún hecho delictivo que repercuta en agravio del menor.

En caso de detectar un menor en algún Estado de la República, se envían de cuatro a cinco agentes de la Policía Judicial , a efecto de realizar los tramites correspondientes y rescatar al menor para devolverlo a su familia.

Sin embargo, de acuerdo a las investigaciones realizadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se ha establecido que la Privación ilegal de la libertad en contra de un menor de Dieciséis años, se da en hechos concatenados y por lo tanto se pueden actualmente ubicar las bandas dedicadas a cometer este tipo de ilícitos.

## 8.8 EL DAÑO MORAL CAUSADO A LA FAMILIA Y AL MENOR POR EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

DAÑO MORAL, debemos establecer el término daño, el Diccionario de la Real Academia de la lengua española dice:

" DAÑO, proviene del latín *Damnun* efecto de dañar, perjuicio, menoscabo, causar detrimento, dolor, maltratar por lo que el DAÑO MORAL, debe entenderse por daño toda lesión, disminución, menoscabo sufridos por un bien o interés jurídico, el artículo 2108 del Código Civil determina como daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación, por lo que el daño moral existe cuando recae una lesión sobre bienes de naturaleza extra patrimonial o inmaterial, es decir cuando los derechos de la personalidad son conculcados, existe una reparación in natura o específica, y es aquella que tiene por finalidad reponer al perjudicado en un estado igual o similar al que poseía antes de sobrevivir la situación dañosa.

Nuestra legislación podría calificarse como pobre a pesar de que el 28 de Diciembre de 1982, los diputados del Congreso Federal, aprobó diversos artículos del Código Civil vigente en su artículo 1916 establece.

" Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien la consideración que de dicha persona tiene los demás. "

Con lo anterior podemos establecer que la reforma vino a garantizar a la persona el goce de sus facultades y el respeto al desenvolvimiento de su persona física.

Como bien jurídico es precisamente la regulación respecto al honor, sentimiento, vida privada, y la lesión de los derechos de la personalidad que como individuo tiene cada persona por el simple hecho de serlo.

Por lo que se establece que cuando un hecho u omisión ilícito produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva.

Por lo que la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y solo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida, por reparación debemos entender el " componer, aderezar, enmendarse un menoscabo, remediar, desagaviar, satisfacer al ofendido, consistiendo el Acto por medio del cual vuelven las cosas al estado en que se encontraban antes del evento dañoso.

La compensación a que me refiero normalmente consiste en la entrega de dinero, que es el medio más aceptable para reparar el daño, por ser el más idóneo, ya que la efectuarse dicho pago por la lesión de sus afecciones, sentimientos, pero no debe entenderse que con dicho pago se este comercializando con los bienes morales.

La persona física que sufre el menoscabo moral, es aquel que tiene derecho a la acción de la reparación, distinguiendo al sujeto pasivo o agraviado, pudiendo comprender los padres que tiene la patria potestad sobre los menores, los tutores.

En nuestro estudio no será difícil probar la relación jurídica, ya que la vinculación entre el activo y el pasivo por la comisión del delito de Privación ilegal de la libertad en contra de un menor de dieciséis años se acredita con la existencia del hecho delictivo que es directamente el causante del daño moral, y que consiste en la conducta antijurídica.

Para el caso el daño moral no requiere demostración, la reparación del agravio moral no exige la justificación de su existencia, en este caso el daño que se causa al menor es muy grave ya que una vez que es devuelto al seno familiar, tiene que ser atendido por especialistas que lo ayuden a pretender olvidar esa crisis por la que vivió, a los presentes conceptos existen resoluciones de los tribunales colegiados de circuito, por lo que al dictarse una sentencia condenatoria en contra del activo del ilícito esto, es mas que suficiente para acreditar el nexo causal y para con ello poder demandar el daño moral que se causo, independientemente de que la familia también sufre un daño moral, principalmente por el desconocimiento del paradero del menor, y esto trae consigo la zozobra, es por ello que inclusive el Juzgador debe condenar o considerar dentro de la resolución que se dicte.

Los sujetos que integran la relación jurídica que nace del daño moral:

Agraviado o sujeto pasivo.- Es toda persona que soporta el daño cierto y actual sobre un bien de naturaleza extrapatrimonial y por lo cual tendrá la acción de reparación moral en contra del sujeto activo de la misma.

Agente dañoso o sujeto activo.- Es aquel a quien se le imputa que por un hecho u omisión lícitos afecta a una persona en sus derechos de la personalidad, lesionando uno o varios bienes que tutelan el daño moral, el cual será responsable moralmente ante el ofendido del daño causado.

En tratándose del delito de Privación de la Libertad contra de un menor de dieciséis años, el agraviado o sujeto pasivo es precisamente dicho impuber a quien con la conducta del activo se le priva de su libertad con el objeto de a).- Obtener rescate; b).- Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, o c).- Causar daño o perjuicio a la persona Privada de la Libertad o a cualquier otra.

Cualesquiera de los fines ilícitos señalados en el artículo 366 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Orden común y para toda la República en materia Federal, son altamente reprobables, por eso se sugiere que la penalidad mínima como la máxima con que actualmente se sanciona sean incrementadas, como igualmente deberá incrementarse la sanción privativa de libertad en tratándose de la tentativa del delito de Privación de la Libertad contra de un menor de Dieciséis años.

Refiriendonos al daño moral tratándose de un impuber la legislación establece que sus ascendientes son los que pueden ejercitar la acción de cobro de reparación del daño, lo que el suscrito no esta de acuerdo toda vez que nuestra legislación civil establece que el menor de Dieciséis años, tiene la capacidad de designar tutor o sea lo que se conoce como la tutela dativa, y por lo tanto en los estudios doctrinales, se le sigue considerando como un inimputable, pero al poder designar tutor dativo ya no es tan inimputable, por lo que el inclusive tiene el derecho en lo personal de comparecer a reclamar el pago del daño moral que como sanción se debe imponer a todo sujeto activo que interviene en cualquiera de las formas que establece el artículo 13 del

Código Punitivo, que son autores o partícipes del delito a que se refiere el presente trabajo recepcional, sugiriendo que a todos los autores o partícipes del delito se les sancione independientemente de la privativa de libertad y de la sanción pecuniaria al pago de la reparación del daño moral.

Condena al daño moral que el suscrito propone como adición a la reglamentación del artículo 366 en tratándose del delito de privación de la libertad de un menor de Dieciséis años e inclusive del genérico de Privación de la Libertad regulado en dicho numeral y antes conocido como ROBO DE INFANTE.

Anteriormente mal denominado ROBO DE INFANTE, en razón de que el menor no es un bien mueble, tal y como lo dispone la ley, y por lo tanto actualmente se encuentra debidamente denominado como delito de Privación ilegal de la libertad contra de un menor de dieciséis años.

El delito de Privación ilegal de la Libertad es perfectamente posible que exista concurso ideal y material por sus características peculiares que han quedado descritas anteriormente, así como que es un delito de los considerados como graves por la legislación penal, y por lo tanto su sanción deberá ser mayor tanto en la mínima como en la máxima que actualmente se encuentra reglamentada en el artículo 366 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero común y para toda la República en Materia de Furon Federal.

Es el principal motivo del presente estudio, el erradicar tan aberrante conducta ya que al sufrir el menoscabo ( desaparición ) de algún

infante en la familia, trae consigo inclusive el que se desintegre esta, independientemente de que el dolor causado es mucho, proponiéndose que al efectuarse el incremento de dicha penalidad mínima, se pueda contrarrestar las embestidas de tantos delincuentes que se reúnen en bandas u ocasionalmente a efecto de llevar a cabo tan denigrante pero si lucrativo ilícito, motivo por el cual el suscrito propone dicho incremento, ya que de confirmar esta penalidad el activo, seguirá delinquiriendo, toda vez que al no tener una sanción ejemplar no contrarresta el respeto o bien el temor a que se le imponga una pena elevada, y ante tal circunstancia obtendría rápido su libertad, y por lo contrario con la propuesta ni obtiene beneficios prontamente ni obtiene su libertad tampoco, y con ello se desmembrarían muchas bandas integradas con el propósito de cometer éste ilícito.

## CONCLUSIONES

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- Era inadecuada la denominación de ROBO DE INFANTE, en razón de que dicho ilícito atenta contra la libertad personal y era equiparado con un delito eminentemente patrimonial.

SEGUNDA .- El menor de Dieciséis años, no es un bien mueble, por lo tanto cuando se denominaba ROBO DE INFANTE, el tipo de Robo se tipifica como el apoderamiento de una cosa ajena, mueble... , y por lo tanto se mal denominaba ROBO DE INFANTE, actualmente establecido en el Título Vigésimo Primero denominado Privación Ilegal de la Libertad y de Otras Garantías.

TERCERA.- El bien jurídico que se tutela en el delito que nos ocupa es la Libertad.

CUARTA.- Se propone que el legislador adicione al ilícito de privación de la libertad contra un menor de dieciséis años, el que se condene además de la privativa de la libertad al pago del daño moral, ya que se están afectando derechos extrapatrimoniales como son; la lesión a los afectos, creencias, sentimientos, vida privada, configuración y aspectos físicos, decoro, honor, reputación y la consideración que de la persona tienen los demás, y al atentarse contra un bien tan sagrado como es la libertad del individuo se propone que a todos los autores o partícipes de tan grave ilícito se les condene a la reparación del daño moral, y que desde luego con la reforma la autoridad jurisdiccional deberá aplicar la condena respectiva.

QUINTA.- El suscrito sugiere y propone que para evitar la comisión de tan grave delito que ha proliferado actualmente en gran medida, se incremente la penalidad mínima actualmente establecida en 15 años y se establezca en 20

años como mínima y la máxima establecida actualmente en 40 años se incrementa a 50 años de prisión, actualmente consignada en el artículo 25 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal.

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- Escriche, Joaquin. Diccionario Razonado de Legislación. México. 1979,10a. Edición.
- 2.- Pacheco, Joaquin, Francisco. Código Penal Concordado y Comentado. España 1948, 5a. Edición.
- 3.- Enciclopedia Universal Ilustrada. Espasa- Calpe. México.
- 4.- Carranca y Trujillo, Raúl Derecho Penal Mexicano, editorial Porrúa. México 1941, 2a. Edición.
- 5.- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1970, 10a Edición.
- 6.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1963, 2a Edición.
- 7.- Sodi Demetrio. Nuestra Ley Penal. Vol. II. Editora Nacional México. 1918. 1a Edición. Semanario Judicial de la Federación. Vol. LXIII. 5a Epoca.
- 8.- Ochoa Olvera Salvador. La Demanda por Daño Moral Editorial Monte Alto Edición 1993.

## ORDENAMIENTOS LEGALES CONSULTADOS

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal en materia del Orden Común y para toda la república en materia Federal.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal en materia del Orden Común y para toda la república en materia Federal.
- 3.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos