



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLÁN

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO PENAL
PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARIA ISELA NABOR SUAREZ

ASESOR: LIC. MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ



UNAM
CAMPUS ACATLÁN

SANTA CRUZ ACATLÁN, ESTADO DE MÉXICO. ENERO 2002.



1ERIS 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.

GRACIAS A DIOS Y A LA VIRGEN

POR PERMITIRME LLEGAR A ESTOS MOMENTOS.

CON RESPETO, CARIÑO Y ADMIRACION A MIS

PADRES: SIMON NABOR BAUTISTA Y FRANCISCA

SUAREZ ANTUNEZ, POR TODO ESE AMOR, DEDICACION ENTUSIASMO, QUE PUSIERON EN MI PERSONA Y EN MI PROFESION, NUNCA TERMINARE DE AGRADECERLES TODO LO QUE HAN HECHO POR MI. MIS TRIUNFOS SON LOS SUYOS, GRACIAS POR EL APOYO BRINDADO PARA LA REALIZACION DE ESTE TRABAJO.

CON TODO MI AMOR A:

MIGUEL ANGEL LOPEZ RAMIREZ

POR TODO ESE AMOR, CARIÑO, DEDICACION APOYO Y TODO ESE TIEMPO QUE DEDICO EN MI PERSONA Y EN LA CONFIANZA QUE ME BRINDO, PARA LA ELABORACION DE ESTE TRABAJO.

A MIS HERMANOS:

ANTONIA, APOLONIA, NAZARIO Y ANGEL

POR ESE GRAN ENTUSIASMO Y APOYO QUE ME BRINDARON.

A MI ASESOR DE TESIS:

LIC. MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ.

POR ESE APOYO E INTERES QUE ME DIO PARA LA REALIZACION DE ESTE TRABAJO.

GRACIAS A MI ESCUELA LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO Y ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN" DE LAS CUALES ME SIENTO ORGULLOSA DE PERTENECER Y HABER REALIZADO MIS ESTUDIOS EN ELLAS.

CON RESPETO Y ADMIRACION A TODOS MIS PROFESORES DE LA LICENCIATURA EN DERECHO, POR HABERME TRASMITIDO LOS CONOCIMIENTOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO PERO SOBRE TODO POR SER AMIGOS.

CON ADMIRACION Y AFECTO PARA EL :
LIC. MARCO ANTONIO VAZQUEZ TORRES.

COMO TESTIMONIO DE AGRADECIMIENTO PARA EL :
LIC. AMADOR PADRON GOVEA.

CON MUCHO CARIÑO Y ADMIRACION A:
LIC. LUCIA LORENA LEON CASTILLO.

A MIS SINODALES:

LIC. HECTOR FLORES VILCHIS.
LIC. ISIDRO MALDONADO RODEA.
LIC. MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ.
LIC. MOISES MORENO RIVAS.
LIC. MIGUEL FUGUEROA ZARZA.

CON ADMIRACION A :
VICTORIANO ALCANTARA CANTE.

CON CARIÑO Y RESPETO :
LIC. LETICIA ORDUÑA SANTACRUZ.

CON MUCHO CARIÑO Y ADMIRACION A:
ALEJANDRO LOPEZ MORENO.

CON MUCHA ADMIRACION Y RESPETO A:
LIC. ANDRES SANTOS SANCHEZ.

CON AGRADECIMIENTO Y CARIÑO A :
LIC. LEONEL GARCIA GARCIA.

A MIS TRES TESOROS, MIS SOBRINOS:
ELIDETH BAUTISTA NABOR, JESUS ALBERTO REBOLLO NABOR
ANGEL FELIPE LUNA BAUTISTA.

A TODOS MI AMIGOS QUE DE ALGUNA FORMA
COLABORARON EN LA REALIZACION DE ESTE TRABAJO.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
--------------------------	----------

CAPÍTULO I

ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL DELITO.

1.1. Concepto de delito.....	1
1.2. Elementos positivos y negativos del delito.....	3
1.3. Concepto de bien jurídico.....	26
1.4. Formas de persecución del delito.....	27
1.5. La tentativa y la consumación.....	29

CAPÍTULO II

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

2.1. Concepto del delito de privación de la libertad de infante.....	31
2.2. Análisis de la privación de la libertad de infante conforme a los elementos positivos y negativos del delito.....	32
2.3. Bien jurídico tutelado en la privación de la libertad de infante.....	39
2.4. Tentativa y consumación.....	42
2.5. Requisitos de procedibilidad.....	43
2.6. Integración de la Averiguación Previa del delito de privación de la libertad de infante.....	45

CAPÍTULO III

FIGURAS SIMILARES AL DELITO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE INFANTE EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

3.1. Privación de libertad.....	66
3.2. Secuestro.....	72
3.3. Sustracción de hijo.....	88

CAPÍTULO IV

LA NECESARIA REFORMA DEL ARTÍCULO 262 EN CUANTO AL TIPO PENAL Y LA PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE INFANTE.

4.1. El tipo penal.....	93
4.1.1. Concepto.....	93
4.1.2. Elementos.....	94
4.2. Análisis de los elementos del tipo penal en la privación de la libertad de infante.....	95
4.3. Crítica al elemento normativo "apoderar" en virtud del bien jurídico tutelado en la privación de la libertad de infante y el carácter del sujeto pasivo. Propuesta para que sea sustituido por el elemento "privar".....	101
4.4. La punibilidad.....	103
4.4.1. Concepto.....	103
4.4.2. La pena correspondiente al delito de privación de la libertad de infante. Argumentos en contra de la atenuación de la pena cuando el delito sea cometido por un familiar y propuesta para que se incremente la pena correspondiente, cuando el sujeto activo tenga dicha calidad.....	106
CONCLUSIONES.....	112
BIBLIOGRAFÍA.....	115
LEGISLACIÓN.....	117

INTRODUCCIÓN

Dentro de los llamados "Delitos contra la Libertad y Seguridad" tipificados por el Código Penal para el Estado de México en vigor, es objeto de nuestra investigación el de *privación de la libertad de infante* previsto por el artículo 262. Nuestra inquietud nace porque pensamos que una de las labores fundamentales de los legisladores al momento de crear los tipos penales es tener cuidado de estructurarlos adecuadamente, de modo que la parte prescriptiva sea acorde con la sancionadora.

Sin embargo, en el caso del delito de *privación de la libertad de infante*, tales postulados no se cumplen, debido a que los legisladores no tomaron en cuenta lo siguiente:

- Una congruencia entre los elementos que contienen la descripción de la conducta típica (objetivos, subjetivos y normativos) y el bien jurídico tutelado;
- Una coherencia entre la sanción prevista por la norma penal y el delito de que se trate;
- Una adecuada pena prevista para los agentes del delito, dependiendo de la calidad que tengan.

En tal contexto, nuestra investigación tiene como objetivo medular el análisis dogmático-jurídico del delito de privación de la libertad de infante, a efecto de proponer:

- La modificación de su descripción típica, con el objeto de sustituir el elemento normativo "apoderar" por el de "privar", para que sea congruente con el bien jurídico tutelado por el delito de mérito.
- El aumento de la pena para quienes cometan el delito de privación de la libertad de infante, siendo sujeto activo algún familiar del pasivo.

En la búsqueda de tal propósito, nuestra tesis consta de cuatro Capítulos que se estructuran en la forma siguiente:

Capítulo I: Contiene aspectos doctrinales importantes de la Teoría del Delito, tales como: los diversos conceptos del delito; sus aspectos positivos y negativos; el bien jurídico tutelado por la norma penal; las formas en que se persigue el delito; y la tentativa y la consumación.

Capítulo II: Se analiza el delito de privación de la libertad de infante a la luz de la teoría del delito, aclarando que en el caso de la tipicidad y de la punibilidad, su estudio lo realizamos con mayor profundidad en el Capítulo IV de nuestra tesis.

Capítulo III: Se estudian diversos delitos contenidos en el mismo apartado de "Delitos contra la Libertad y Seguridad" en que se ubica el de privación de la libertad de infante, que son similares en cuanto a su bien jurídico en general, pero entre ellos tienen diferencias, las cuales se explican.

Capítulo IV: Se analiza el delito de privación de la libertad de infante en cuanto a su descripción típica y punibilidad, haciendo las críticas pertinentes y la propuesta de reforma en cuanto a la conducta; a los sujetos activos; y a la sanción a imponer.

CAPÍTULO I: ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL DELITO.

El estudio del presente tema se justifica por el hecho que nuestra investigación gira en torno al estudio de un delito en particular como lo es la "Privación de la libertad de infante", previsto en el artículo 262 del Código Penal para el Estado de México, para lo cual requerimos precisar ciertos aspectos doctrinales fundamentales de la Teoría del Delito, que nos permitan facilitar su comprensión y desarrollo posterior en los siguientes capítulos, como son: su concepto, elementos positivos y negativos, tentativa y consumación, bien jurídico tutelado y formas de persecución.

1.1. CONCEPTO DE DELITO.

Para definir adecuadamente lo que es el delito, atenderemos a sus tres significados: etimológico, legal y doctrinal.

a) *Etimológico.*

Deriva del verbo latín *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley".¹

¹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 38ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 125

b) Legal.

El Código Penal para el Estado de México en vigor, en su artículo 6º define al delito como: "la conducta típica, antijurídica, culpable y punible".

c) Doctrinal.

Para Francisco Pavón Vasconcelos: "Es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible".²

Por su parte Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas señalan: "Es la acción antijurídica, típica, culpable".³

Celestino Porte Petit comenta que "es la conducta humana típica, antijurídica, culpable, punible, imputable y en ocasiones sujeta a condiciones objetivas de punibilidad".⁴

Por nuestra parte, definimos al delito como la conducta humana típica, antijurídica y culpable, a la cual se impone una pena.

² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal Mexicano 13ª ed. Porrúa México, 1997, p. 159.

³ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General, 18ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 382.

⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 16ª ed., Porrúa, México, 1994, p. 248.

1.2. ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

Los elementos positivos del delito permiten su aparición, mientras que los elementos negativos impiden que se dé. Aunque no existe consenso entre los tratadistas acerca de cuáles son dichos elementos, tomaremos como base las ideas de Celestino Porte Petit quien afirma que son siete sus elementos, los cuales analizamos enseguida.

ELEMENTOS POSITIVOS.

1) *Conducta.*

Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas señalan: "La conducta es elemento básico del delito, pues lo primero que se requiere para que exista es que se produzca una conducta humana. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado".⁵

Francisco Pavón Vasconcelos señala: "Las formas de conducta son: acción y omisión; ésta última se divide en omisión simple y en omisión impropia

⁵ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, Op. ct., p. 165.

o comisión por omisión. La acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva. La omisión es conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión).⁶

Luego entonces, la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito, que produce o pone en riesgo de producir una mutación en el mundo exterior.

Existen dos formas de conducta:

a) La acción. Consiste en la actividad o movimiento corporal voluntario del hombre, dirigido a la producción del resultado penalmente tipificado. ejemplo: en el delito de robo, el sujeto activo del delito tiene que apoderarse del objeto mueble, para lo cual se hace menester la realización de un movimiento corporal.

b) La omisión simple. Radica en un no hacer voluntario o involuntario, violando una norma preceptiva. Verbigracia: en el abandono de cónyuge o de hijos, en donde la norma penal exige que el sujeto activo del delito observe una actividad o comportamiento positivo, y este se mantiene inactivo.

⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. cit., p. 181.

c) La comisión por omisión. Es esta forma de conducta, a diferencia de la omisión simple, existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario, violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva. O sea que en este caso, se vulneran dos normas: una preceptiva (la que ordena actuar) y otra prohibitiva (la que impone la obligación de abstenerse de actuar). El ejemplo típico de esta forma de conducta se da cuando una persona abandona a sus hijos (violación norma preceptiva) y como resultado de ello estos mueren (violación norma prohibitiva).

2) *Tipicidad.*

Para comprender lo que es la tipicidad, se requiere definir primero el tipo penal, que constituye la descripción legal de una conducta que es considerada como delito. No queremos ahondar demasiado en este apartado en torno al "tipo penal", dado que su análisis exhaustivo lo haremos en el Capítulo IV de la presente investigación.

Pasando a definir la tipicidad, tenemos que para Celestino Porte Petit es "la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo".⁷

⁷ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. cit., p. 147.

Luis Jiménez de Asúa la define como "la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción".⁸

Por tanto, la tipicidad implica que una persona cometa una conducta que encuadre en todos los supuestos normativos previstos en el tipo penal.

3) *Antijuridicidad.*

Para Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas la antijuridicidad "es la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado".⁹

Para Francisco Pavón Vasconcelos "la antijuridicidad es un juicio valorativo, de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado".¹⁰

Luego entonces, la antijuridicidad es la conducta del agente del delito que lesiona el bien jurídico tutelado por la norma penal.

⁸ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, 2ª ed., Lozada, Argentina, 1956, p 744

⁹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Op. cit., p 217.

¹⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. cit., p 310.

4) *Culpabilidad.*

Luis Jiménez de Asúa define a la culpabilidad como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".¹¹

Ignacio Villalobos expresa lo siguiente en torno a la culpabilidad: "La culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo o indirectamente, por indolencia y desatención nacidos por el desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa".¹²

En consecuencia, la culpabilidad son los elementos subjetivos que determinan que el sujeto activo del delito actuó con dolo o culpa y reprocharle como autor de una conducta típica y antijurídica.

Dentro de nuestro sistema penal existen dos formas de culpabilidad previstas en el artículo 8º del Código Penal para el Estado de México, que al respecto señala: "El delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico queriendo o aceptando la realización del hecho descrito por la ley".

¹¹ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, Op. cit., p. 352.

¹² VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 5ª ed., Porrúa, México, 1990, pp. 272-273.

"El delito es culposo cuando se produce un resultado típico que no se previó (sic) siendo previsible o confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observarse según las circunstancias y condiciones personales".

En consecuencia, el dolo es la voluntad que tiene una persona de realizar la conducta penalmente tipificada, a sabiendas de las consecuencias que provocará en el mundo exterior y de la sanción penal a que se hará acreedor; en tanto que la culpa es el obrar del agente del delito sin los cuidados o diligencias necesarios, que causa un resultado penalmente tipificado, que hubiera podido ser evitado si se hubieran tomado las precauciones debidas.

5) Imputabilidad.

Francisco Pavón Vasconcelos expresa que la imputabilidad "es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión".¹³

Fernando Castellanos define a la imputabilidad como "la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal".¹⁴

¹³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. cit., p. 367.
¹⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., p. 220.

La imputabilidad supone dos elementos: razón clara y voluntad libre. La razón o discernimiento es el conocimiento exacto de la licitud o ilicitud de la propia conducta y la voluntad como la facultad de autodeterminación del hombre en su conducta.

6) *Punibilidad.*

La punibilidad es la sanción prevista en la ley penal a quienes cometen un delito, en tanto que la pena es la aplicación de la sanción que hace el juez en el caso concreto.

7) *Condiciones objetivas de punibilidad.*

Son las circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que existen sólo excepcionalmente y que no constituyen elementos básicos del delito, sino secundarios.

Una condición objetiva de punibilidad establecida en nuestro Código Penal, es la que señala que, para configurarse el delito de quiebra fraudulenta, se requiere de la previa declaración de quiebra.

ELEMENTOS NEGATIVOS.

1) *Ausencia de conducta.*

Es el aspecto negativo de la conducta, que explica Francisco Pavón Vasconcelos en la forma siguiente: "la ausencia del hecho y por ello del delito, surge al faltar cualquiera de sus elementos que lo componen, a saber: 1) Ausencia de conducta; 2) Inexistencia del resultado y 3) Falta de relación causal entre la acción u omisión, integrantes de la conducta, y el resultado material considerado".¹⁵

Los casos de ausencia de conducta son las que a continuación explicamos.

a) *Bis Absoluta o Fuerza Física Superior Irresistible.* Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido: "De acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometida, por cuya circunstancia su acto es voluntario. Lo que quiere decir que la integración de ésta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella."¹⁶

¹⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. cit., p. 247.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario judicial de la Federación, XCIII, p. 2018.

Además, agrega: "Por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediamente, lo que no ha querido ejecutar".¹⁷

A través de ésta va a realizar una acción u omisión, que no quería ejecutar; por tanto, dicha situación no es constitutiva de la conducta al faltar la voluntad del sujeto, elemento esencial de la misma.

El artículo 15 del Código Penal para el Estado de México, en su fracción I determina como causa excluyente del delito y de la responsabilidad "la ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible", lo cual confirma la teoría de que no se puede constituir una conducta delictiva si no se presenta la voluntad del agente.

b) *Bis maior o fuerza mayor.* La ausencia de conducta en virtud de que el sujeto realiza esta coaccionando por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza. De esta manera, la diferencia entre la fuerza mayor y la fuerza absoluta radica en la procedencia de la fuerza física exterior, pues la primera dimana de la naturaleza, mientras que la segunda del hombre.

c) *Movimientos reflejos.* Son aquellas reacciones musculares e involuntarias, a un estímulo exterior o interior, en donde no interviene la

¹⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., p. 175.

conciencia del hombre. Sin embargo, no funcionarán como factores negativos de la conducta, si se pueden controlar o retardar. Incluso, se ha considerado la posibilidad de culpabilidad del sujeto, cuando éste haya previsto el resultado o cuando no lo haya previsto debiéndolo hacer.

d) *El sueño*. En este estado no se dará la voluntad del sujeto, ya que por estar dormido no tiene dominio sobre si mismo. Se considera que el durmiente cuando comete un hecho tipificado por la ley, estará en una hipótesis de ausencia de conducta, aun cuando varios investigadores se han inclinado por catalogarlo como aspecto negativo de imputabilidad.

En el caso del sueño, es conveniente referirnos a las *actio liberae in causa* (acciones libres en su causa), que es cuando el sujeto se coloca intencionalmente en ese estado para cometer el delito, supuesto en el cual resulta indudable es que el sujeto debe responder de la conducta o hecho cometido.

Porte Petit contempla el caso en que al durmiente puede fincarse la responsabilidad por la comisión de un delito culposo, cuando no previó lo que era previsible o previendo el resultado tuvo la esperanza de que no se realizara.

e) *Sonambulismo*. Es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo, por lo cual no existe voluntad en el sujeto.

f) *Hipnotismo*. El hipnotismo es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales.

Se puede presentar el caso de que un sujeto sea hipnotizado sin su consentimiento, y efectúe una conducta o hechos tipificados por la ley penal, en cuyo caso no será responsable. Pero si ocurre con su consentimiento, con fines delictuosos, estaremos en presencia de la *actio liberae in causa* y si dicho consentimiento ocurre sin intención delictuosa, el sujeto podría ser responsable de un delito culposo.¹⁸

2) *Atipicidad*.

Es el elemento negativo de la tipicidad, consistente en la no adecuación de la conducta del sujeto activo penal, o como lo señala Francisco Pavón Vasconcelos es la "... ausencia de adecuación típica".¹⁹

¹⁸ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. cit., pp. 419-421.

¹⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. cit., p. 284

Fernando Castellanos comenta que "la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo".²⁰

El Código Penal para el Estado de México, en su artículo 15, fracción II, contempla a la atipicidad como causa de exclusión del delito y de la responsabilidad, que "falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate".

Entre las causas de atipicidad, tenemos las siguientes:

1) *Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.* Esto ocurre en el caso del delito previsto en el artículo 323 del Código Penal referido, referente al homicidio en razón del parentesco o relación, en que la ley exige que el sujeto activo sea ascendiente o descendiente del pasivo; por ende, éste delito no existirá si el sujeto activo lo comete en contra de otra persona con quien no tenga el parentesco de referencia.

2) *Si faltan el objeto material o el objeto jurídico.* Como sucede en el caso de que una persona apuñala a otra, creyéndola matar, cuando en realidad ya está muerta; por lo que el objeto jurídico tutelado por la norma penal, que es la vida, ya no existe.

²⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., p. 172.

3) *Cuando se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo.* Esto acontece, por ejemplo, en el caso del aborto, en que la norma penal exige que la muerte del producto de la concepción se dé en cualquier momento de la preñez; en consecuencia, la muerte producida a un menor fuera de ese término, será configurativa de otro delito (homicidio), pero no de aborto.

4) *Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley.* Esto acaece en el caso del delito de violación, cuando la ley exige que la cópula se realice por medio de violencia física o moral y éste se perpetra con el consentimiento del sujeto pasivo del delito, en cuyo supuesto no existe la violencia exigida, y por lo mismo no hay violación.

5) *Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.* Existen en nuestro Código Penal diversas acepciones que hacen alusión a elementos subjetivos del injusto legal, como por ejemplo: "Intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito", etc., con "mala", por "móviles afectivos". Obviamente, si el sujeto activo del delito no persigue tal propósito, no existirá el delito.

6) *Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.* Al igual que en el caso anterior, el tipo penal alude a expresiones que denotan una peculiar antijuridicidad, tales como: "sin motivo justificado", "fuera de los casos en que la

ley los permita", entre otros; tal como ocurre en el delito de allanamiento de morada contemplado en el artículo 268 del Código Penal.

Por último, obra decir que las consecuencias que trae consigo la atipicidad son: a) la no integración del tipo; b) la traslación de un tipo a otro y c) la existencia de un delito imposible.

3) Causas de justificación.

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad,²¹ siendo aquellas en las que una conducta normalmente prohibida por la ley penal, no constituirá delito por la existencia de una norma que la autoriza o impone.

Las causas de justificación tienen su fundamento legal en el artículo 15, fracción III del Código Penal para el Estado de México, a las cuales denomina "causas permisivas", las cuales son: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.

4) Causas de inculpaibilidad.

Constituyen el elemento negativo de la culpabilidad, es decir; las causas que la modifican o la excluyen o eliminan totalmente.

²¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. ct., p. 385.

La inculpabilidad consiste en la falta de nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto, o dicho de otra manera, por la ausencia de alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento, o la voluntad, o de ambos.

Las causas de inculpabilidad son las siguientes:

- *El error.*

Es un defecto de origen psicológico en la formación de la voluntad. Es una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación constituyendo la base de la inculpabilidad. El error se divide en error de hecho y de derecho. El error de hecho a su vez se clasifica en esencial y accidental, abarcando este último el error en el golpe, en la persona y en el delito.

a) Error de hecho. Consiste en la falsa apreciación, por ignorancia o por desconocimiento, de los elementos fácticos de la descripción legal en relación con una situación concreta. Esto es, cuando en un acontecimiento concreto el agente no tuvo la normal valoración de los elementos fácticos concurrentes, que permiten el conocimiento de la adecuación de la conducta a la hipótesis abstracta del hecho, plasmada en un precepto legal.

b) Error esencial. El error es esencial cuando impide al autor comprender la naturaleza criminosa del acto que realiza. Esto ocurre cuando el

error recae sobre un elemento de la figura delictiva. Esa falsa apreciación tiene el efecto de cambiar en la mente del autor la variación jurídico-penal de los hechos y con ello impedirle comprender la criminalidad del acto.

En el error esencial el sujeto una conducta antijurídica pensando que es jurídica; es decir, hay desconocimiento de su antijuridicidad. Para que este error tenga efectos de inculpabilidad, debe ser invencible; de lo contrario dejará subsistente la culpa.

c) Error accidental. Opera cuando no impide comprender la criminalidad del acto. Esto ocurre cuando el recae sobre una circunstancia que no pertenece a la figura básica. Esta forma de error carece de significación y deja subsistentes, por tanto, la culpabilidad en todas sus formas. El error accidental recae sobre circunstancias secundarias del hecho, y tres son las especies dignas de consideración:

1. Error en el golpe o Aberratio Ictus. Es cuando hay una desviación del golpe en el hecho ilícito, provocando un daño equivalente, menor o mayor al propuesto por el agente del delito; es decir, el sujeto enfoca todos sus actos relacionados al ilícito, hacia un objetivo que es la realización del mismo, y por error en el golpe, no recae en ese objetivo; sin embargo, sí provoca daño a otro, por lo que el sujeto responderá de un ilícito doloso, siendo indiferente para la ley, que el mismo haya recaído en un bien jurídico protegido distinto.

Resérvase así esa calificación para aquellos casos en que, no siendo el resultado producido el mismo que se perseguía, es sin embargo, idéntico en su significación jurídica. Es el supuesto de quien queriendo matar a Enrique que es su enemigo, por su mala puntería mata a Guillermo, que no lo es.

2. Error en la persona o Aberratio in Persona. Surge debido a una errónea representación, ya que el agente destina su conducta ilícita hacia una persona, creyendo equivocadamente que es otra. Verbigracia: se dispara a Juan, creyendo que es Pedro.

3. Error en el delito o aberratio delicti. Acontece cuando una persona piensa exactamente que realiza un acto ilícito determinado, cuando en realidad se encuentra en el supuesto de otro. Según Fernando Castellanos hay aberratio delicti si se ocasiona un suceso diferente al deseado.²²

d) Error de derecho o error de prohibición. Luis Jiménez de Asúa afirma que en el error de prohibición "el autor no sabe que su hecho es antijurídico o cree que está exculpado; es decir, ignora que su proceder está prohibido".²³

²² CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., p. 264.

²³ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, Op. cit., p. 588.

Para que el error sea causa de inculpabilidad, debe ser esencial e invencible. A este respecto, es necesario distinguir entre los delitos de comisión dolosa y los de comisión culposa: en los primeros habrá error esencial cuando en la mente del sujeto actuante falta, por error, una circunstancia que necesariamente debe haberse representado para afirmar la existencia del dolo. En los delitos que admiten su comisión, tanto a título de dolo como de culpa, el error puede tener relevancia en dos hipótesis: cuando destruye la culpa o cuando destruye el dolo provoca la aparición de la forma culposa; verbigracia: cuando el sujeto cree fundadamente que su vehículo se encuentra en perfectas condiciones mecánicas y sin embargo falla y se produce el hecho típico; o quien mata por envenenamiento a una persona creyendo que le administraba un medicamento diferente; en este caso, si las circunstancias permitían superar la errónea actividad, el dolo desaparece, subsistiendo la culpa.

- *Eximentes putativas.*

Dentro de las causas de inexistencia del delito originadas por error esencial e invencible, encontramos las eximentes putativas. Antes de abordarlas, conviene explicar que el término putativo "se entiende como la concesión de un atributo a algo o alguien cuando en realidad carece de él".²⁴

Las eximentes putativas implican que "ante una situación especial y determinada, el sujeto que se encuentra frente a ella la valora como si se

²⁴ VELA TREVIÑO, Sergio, Culpabilidad e inculpabilidad, 2ª ed., Trillas, México, 1990, p. 362.

encontrara bajo el amparo de una causa de inexistencia de delito, cuando en realidad la situación no satisface los requisitos indispensables para la existencia de hecho y de derecho de la supuesta causa de inexistencia de delito. De esta valoración, disconforme con la realidad, surge la falsa atribución, de ahí el enunciado genérico de putativa a la supuesta eximente, que no existe".²⁵

Respecto al fundamento legal de las eximentes putativas como causa de inexistencia del delito por inculpabilidad, motivada por un error esencial e invencible se localiza en el artículo 8º del Código Penal, en donde se establece que los delitos pueden ser cometidos dolosa o culposamente, atendiendo al elemento culpabilidad. La explicación que damos de ello es la siguiente: cuando el agente actúa por error creyendo que su conducta aún sienta típica no está amparada en una causa de justificación, lógicamente no excluye el elemento "antijuridicidad". Por tanto, debemos encontrar el fundamento de la inculpabilidad en la ausencia de dolo o culpa, puesto que el agente, por la falsa apreciación de los hechos o del derecho, de carácter esencial e invencible, no actúa con intención de cometer el resultado penalmente sancionado, ni tampoco con culpa, puesto que tampoco actúa por negligencia o imprudencia, en razón de incurrir en un error exculpante.

5) Causas de inimputabilidad.

²⁵ Ibid, p. 363.

Las causas de inimputabilidad, como aspecto negativo de la imputabilidad, según Fernando Castellanos son "aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad..."²⁶

Francisco Pavón Vasconcelos enfatiza que la inimputabilidad supone "la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la licitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión".²⁷

Por tanto, las causas de inimputabilidad son los factores que impiden que el sujeto activo del delito esté en aptitud de entender y de querer el resultado penalmente prohibido.

6) *Excusas absolutorias.*

Constituyen el elemento negativo de la punibilidad y "son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena".²⁸ Por consiguiente, vienen a ser las circunstancias que, sin eliminar el carácter delictivo de la conducta, evitan que se aplique la pena al agente del delito.

²⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., p. 230.

²⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. cit., p. 367.

²⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., p. 273.

Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas las clasifican:

1. *Por la no exigibilidad de otra conducta.* Esta causa de inculpabilidad, prevista por la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, sólo puede encontrar su fundamento en el sistema valorativo que ha dado origen a todas las normas. El realismo del Derecho Penal y las características normales del ser humano hacen que en determinados comportamientos desaparezca la exigibilidad, por no ser violatoria del sistema valorativo de la ley positiva.

La exigibilidad ha sido conceptuada como la obligación normativamente impuesta a los imputables de actuar conforme a derecho, cuando deben y pueden hacerlo. Por tanto, en materia penal, la no exigibilidad de otra conducta debe ser interpretada a contrario sensu.

Doctrinalmente, hay inexigibilidad en todos aquellos casos en los que no es posible precisar la obligación de acatar el mandamiento de la norma, en virtud de que al individuo no se le puede exigir, normativamente, ese comportamiento adecuado a la pretensión del derecho.

La no exigibilidad de otra conducta, se fundamenta en la falta de posibilidad de satisfacción de los elementos básicos, en que se cimienta la exigibilidad: el deber y el poder, sólo que entendidos negativamente.

Recapitulando: la no exigibilidad de otra conducta es la consecuencia de obrar justificado.

2. *En razón de los móviles efectivos revelados.* Algunos ejemplos son: el encubrimiento de personas, que sean ascendientes y descendientes consanguíneos o afines, el cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo grado y los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad (art. 153); la evasión de presos, cuando sean parientes quienes ayudan a la fuga (art. 159).

3. *En razón de la maternidad consciente.* No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada o cuando el embarazo sea resultado de una violación (artículo 251, fracción II del código Penal), así como en el caso de que la mujer embarazada corra peligro de muerte (artículo 251, fracción III del Código Penal).

4. *En razón del interés social preponderante.* Obedecen a que debido al punible social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una función pública, es punible el no procurar impedir por todos los medios lícitos al alcance del sujeto, la consumación de los delitos que sepa van a cometerse o que se estén cometiendo.

5. *En razón de la temibilidad específicamente mínima revelada.* El Código Penal, respecto al robo señala en el artículo 293, fracción II, que: "cuando el valor de lo robado no exceda de veinte veces el salario mínimo vigente en la zona económica en donde se cometió, se restituya el bien espontáneamente por el sujeto activo, se paguen los daños y perjuicios ocasionados, no se ejecute con alguna de las circunstancias a que se refieren las fracciones II a V del artículo 290 de éste código y aún no tome conocimiento del delito la autoridad".

Dichas circunstancias a que se refiere el precepto transcrito, en las cuales no debe cometerse el delito en mención para que se considere de mínima temibilidad el agente del delito son:

- En el interior de la casa habitación o vehículo particular;
- Cuando se ejecute con violencia en los lugares señalados en el punto anterior;
- Cuando con motivo del robo se cause la muerte;
- Se cometa respecto a las partes de un vehículo automotor.

6. *Robo de familiar.* Se encuentra previsto por el artículo 293 del Código Penal para el Estado de México, que a la letra dispone: "No será punible el delito de robo: I. Cuando sin emplear la violencia, alguien se apodera por una

sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento”.

7) Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

Celestino Porte Petit Candaudap expresa: “Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, adecuación al tipo, antijuridicidad, imputabilidad, pero no punibilidad, en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo que viene a confirmar que esta no es un elemento si no una consecuencia del delito”.²⁹

Luego entonces, la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, es la falta de los requisitos previstos en la norma penal, que imposibilitan la aplicación de la pena, aunque concurren los otros elementos positivos del delito.

1.3. CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO.

El Derecho Penal fue creado para proteger los valores individuales y colectivos más importantes, tipificando como delitos aquellas conductas que los alentan. Precisamente en cada delito, llámese, homicidio, violación, robo, o adulterio, en este caso, existe un bien jurídico que se protege y es el que nos

²⁹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. cit., p. 285.

corresponde desentrañar. Claro que para hacerlo necesitamos primero definir lo que es el bien jurídico, al cual la doctrina ha dado en llamar también "bien jurídico" u "objeto jurídico", al cual no debemos confundir con el objeto material del delito, que viene a ser la persona o cosa sobre la que recae el delito.

Para los maestros Raúl Carrancá y Rivas y Raúl Carrancá y Trujillo, "el objeto jurídico es el bien o el interés jurídico, objeto de la acción inculpada. Por ejemplo: La vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación, la propiedad privada".³⁰

El jurista Celestino Porte Petit considera "el objeto jurídico es el valor o bien tutelado por la ley penal".³¹

Luego entonces, el bien jurídico como los valores individuales o colectivos tutelados por la norma penal.

1.4. FORMAS DE PERSECUCIÓN DEL DELITO.

En nuestro sistema jurídico, la investigación y persecución de los delitos corresponde en forma exclusiva al Ministerio Público.³² Sin embargo, para que éste órgano se aboque a tales funciones, es menester que previamente se cumplan los requisitos de procedibilidad, que según el Artículo

³⁰ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Op cit., p. 271.

³¹ PORTE PETIT CANAUDAP, Celestino, Op cit, p. 350.

³² Artículo 21 Constitucional.

16 Constitucional consiste en la previa denuncia o querrela de un hecho determinado por la ley como delito. Con esta disposición, la investigación de los delitos no queda al arbitrio de la autoridad investigadora, sino que deben satisfacerse los requisitos indicados. De esta forma, los delitos sólo se persiguen por denuncia o querrela.

La denuncia, a decir de Manuel Rivera Silva, es "la relación de actos, que se supone delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora, con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos".³³

Guillermo Colín Sánchez comenta que la denuncia "significa: aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos".³⁴

Por tanto, la denuncia es la información proporcionada por cualquier persona al Ministerio Público, en forma oral o escrita, respecto a la comisión de un hecho probablemente delictivo y perseguible de oficio.

En torno a la querrela, Fernando Arilla Bas señala que "es la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público por el

³³ RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, 25ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 98.

³⁴ COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 15ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 315.

ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga".⁶⁵

César Augusto Osorio y Nieto afirma que "es una manifestación de voluntad de ejercicio potestativo formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal".⁶⁶

Consecuentemente, la querrela es la manifestación de voluntad unilateral que la víctima u ofendido por el hecho delictivo realizan ante el Ministerio Público, dando su autorización para que se inicie la indagatoria correspondiente y el posterior ejercicio de la acción penal.

1.5. LA TENTATIVA Y LA CONSUMACIÓN.

La tentativa son los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

⁶⁵ ARILLA BAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México, 17ª ed. Porrúa, México, 1997, p.

⁶⁶ OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa, 8ª ed., Porrúa, México, 1997, p.

La tentativa se contempla en el artículo 10 del Código Penal para el Estado de México, de cuyo estudio se desprenden dos tipos de ella:

- *Acabada o delito frustrado.* Cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. Esta tentativa es punible.
- *Inacabada o delito intentado.* Se verifican actos tendientes a la producción del resultado, pero el sujeto voluntariamente suspende alguno o algunos y es por eso que el evento no surge; hay una incompleta ejecución. Esta tentativa no es punible.

El fundamento de la punición en la tentativa es el principio de efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Si el sujeto desiste espontáneamente de su acción criminal, no es punible la tentativa. En caso contrario, al responsable de la tentativa punible, se le aplicarán de uno a dos terceras partes de la sanción que se debiera imponer de haberse consumado el delito (artículo 59). Para la imposición de la pena, el juzgador se basará, además de lo previsto en el artículo 57, en el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Y la consumación, también llamada ejecución, es aquella que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo penal.

CAPÍTULO II: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

En el presente Capítulo pretendemos realizar un estudio del delito de privación de la libertad de infante a la luz de la teoría del delito y del análisis del artículo 262 del Código Penal para el Estado de México, el cual constituye el fundamento jurídico del tipo penal del delito mencionado.

2.1. CONCEPTO DEL DELITO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE INFANTE.

Aunque propiamente el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales no establece un concepto del delito de privación de la libertad de infante, si podemos dar la definición legal del mismo, la cual reza en los términos siguientes:

"A quien siendo un extraño a su familia se apodere de un menor de doce años, se le impondrán de diez a cuarenta años de prisión y de quinientos a mil días multa.

"Cuando el delito lo cometa un familiar, que no sea el padre o la madre, y obre con mala fe y no por móviles afectivos, se le impondrán de dos a seis años de prisión y de treinta a ciento veinticinco días multa.

"Si el menor es restituido espontáneamente a su familia o a la autoridad dentro de tres días y sin causar daño, se le impondrán de tres meses a cuatro años de prisión y de treinta a cien días multa. Si se causare daño, se

impondrán de seis meses a seis años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa".

Vinculando el concepto jurídico del delito en cuestión a los elementos contenidos en su descripción típica, podemos brindar el siguiente concepto del ilícito penal de privación de la libertad de infante:

"Es la conducta típica, antijurídica y culpable consistente en el apoderamiento que de un menor de doce años realiza una persona que es su familiar o extraño a él, sin causa justificada".

2.2. ANÁLISIS DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE INFANTE CONFORME A LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

1. Elementos positivos.

a) Conducta.

Es de acción, puesto que implica un comportamiento positivo por parte del sujeto activo del delito, consistente en el apoderamiento del menor de doce años. La acción de *apoderar*, gramaticalmente significa "hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder".³⁷

³⁷ GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Larousse, México, 1980, p. 82.

En tal sentido, la acción del agente en el delito de privación de la libertad de infante debe implicar que tenga en su poder al sujeto pasivo.

b) Tipicidad.

Este elemento lo trataremos con mayor detalle en el Capítulo IV de nuestra investigación, por lo que únicamente nos limitaremos en este momento a decir que la misma se presenta en el momento en que el sujeto activo adecua su conducta al tipo penal de privación de la libertad de infante, esto es, cuando el extraño o familiar se apodera del menor de doce años.

c) Antijuricidad.

Se presenta la antijuricidad formal por el hecho de que el sujeto activo realiza una conducta que contraviene el orden penal.

Pero también tiene lugar la antijuricidad material puesto que la conducta del agente es socialmente dañosa.

d) Culpabilidad.

Es dolosa, lo cual significa que el agente del delito debe querer y conocer el resultado penalmente tipificado. De tal suerte, debe tener la intención

de apoderarse del menor de doce años y saber que tal conducta es contraria a la norma penal.

En otras palabras, deben coexistir los dos elementos del dolo: el volitivo (querer) y el intelectual (conocer).

e) Imputabilidad.

Para que el sujeto activo sea penalmente responsable, es preciso que en el momento de cometer el hecho de privar de la libertad del infante se encuentre con la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal, esto es, que le pueda ser imputable el delito perpetrado.

f) Punibilidad.

El artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México contempla tres diversas hipótesis de las cuales depende la pena a aplicar al penalmente responsable del delito de privación de la libertad de infante. Dos de ellas se refieren a la calidad del sujeto activo, pues dependiendo de si es familiar o extraño al menor del que se apodera el agente depende el agravamiento de la sanción. Por ello, resulta importante explicar lo que debemos entender por *familiar*.

Gramaticalmente, el vocablo *familiar* significa "perteneciente a la familia".³⁸ Mientras que *familia* quiere decir "el organismo social constituido por los cónyuges y los hijos nacidos de su matrimonio, o adoptados por ellos, mientras permanezcan bajo su autoridad y dependencia".³⁹

Consecuentemente, la noción de *familiar* únicamente comprende a los padres e hijos del menor como posibles sujetos activos. De tal suerte, si el sujeto activo es un *extraño* a la familia del menor de doce años del que se apodera, esto es, que no sea alguno de sus hermanos o los padres, la pena que le corresponde es de diez a cuarenta años de prisión; y multa de quinientos a mil días multa. A título de ejemplo, diremos que un tío, un primo o un abuelo del sujeto pasivo son *extraños* a éste, y por tanto, debe imponérseles tal pena.

Pero si el agente del delito es un familiar de la víctima, que no sea el padre o la madre, y obra con mala fe y no por móviles afectivos, la pena se atenúa, ya que es de dos a seis años de prisión y de treinta a cien días multa. Aquí nos surge la duda de si los legisladores no confundieron el término *familiar* con *pariente*, porque atendiendo al sentido gramatical del primero que antes hemos explicado, tendríamos que los únicos sujetos activos que gozarían de tal carácter de *familiares* de la víctima serían sus hermanos, con lo cual deja bastante restringido este carácter del agente del delito de privación de la libertad de infante.

³⁸ GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, Op. cit., p. 458.

³⁹ Diccionario Jurídico Espasa, Espasa, Madrid, 1999, p. 409.

Pero para que opere la atenuación de la pena, es preciso que, aparte de ser familiar del menor de doce años que se apodera, el activo obre con mala fe (con el propósito de causar un daño al menor apoderado) y no por móviles afectivos, o sea, motivada por causas de cariño o amor.

El propio artículo 262 del Código punitivo señalado contempla otro supuesto en que se atenúa la pena del sujeto activo, que textualmente indica: *"Si el menor es restituido espontáneamente a su familia o a la autoridad dentro de tres días y sin causar daño, se le impondrán de tres meses a cuatro años de prisión y de treinta a cien días multa. Si se causare daño, se impondrán de seis meses a seis años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa"*.

Luego entonces, en éste último caso planteado, se toma en cuenta el acto de restitución espontánea del menor apoderado y el que se le haya causado o no daño al menor, como criterios para determinar la pena a imponer al sujeto activo.

Naturalmente que el juzgador, para poder individualizar la pena que le corresponde al penalmente responsable del delito de privación de la libertad de infante dentro de los límites mínimos y máximo que la norma penal ordena, es preciso que tome en cuenta varios factores, verbigracia: las circunstancias de ejecución del delito; las particulares del agente; su forma participación en los hechos delictivos y demás aspectos contemplados en los artículos 57 y 58 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

2. Elementos negativos.

a) Ausencia de conducta.

Esta tendrá lugar cuando el sujeto activo no realice conducta alguna tendiente a apoderarse del menor de doce años.

b) Atipicidad.

Puesto que la atipicidad implica la no adecuación de la conducta del sujeto activo a la descripción típica contenida en la ley, en el caso del delito de privación de la libertad de infante, aquella puede darse cuando:

- Exista un apoderamiento diverso al apoderamiento;
- El sujeto pasivo sea mayor de doce años, en cuyo caso no tendrá la edad requerida para ser infante;
- Cometido por un familiar (no padre ni madre), haga el apoderamiento de buena fe y por móviles afectivos.

c) Causas de justificación.

No pueden existir causas de justificación en favor del sujeto activo, ya que no puede darse la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio

de un derecho o el cumplimiento de un deber, que tome lícita la conducta delictiva.

d) Causas de inculpabilidad.

Pueden operar como causas de inculpabilidad en el delito de privación de la libertad de infante, las siguientes:

- El error invencible que puede darse para el caso de que el sujeto activo se apodere de una persona distinta de la que pretendía privarle de la libertad, como puede suceder tratándose de un gemelo;
- Que el sujeto activo suponga que está realizando una conducta justificada por la ley, como puede suceder con el policía que siendo comisionado para rescatar a un menor que ha ido secuestrado, se equivoque de domicilio y de persona, apoderándose de otra.

e) Causas de inimputabilidad.

Estas pueden presentarse cuando:

- El sujeto activo sea menor de edad;

- El agente del delito padezca algún trastorno mental al momento de cometer el delito;

f) *Excusas absolutorias.*

No hay.

g) *Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.*

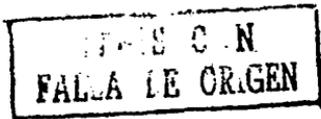
No hay.

2.3. BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE INFANTE.

El bien jurídico tutelado en el delito de privación de la libertad de infante es precisamente la libertad de desplazamiento del menor de doce años por virtud del apoderamiento de que es objeto.

La libertad es un bien jurídico de mayor valía para el ser humano, ya que a decir de Ignacio Burgoa "se revela como una potestad inseparable de la naturaleza humana, como un elemento esencial de la persona".⁴⁰

⁴⁰ BURGOA ORIHUELA Ignacio, Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo, 2ª ed., Porrúa, México, 1989, p. 274.



Para tener una noción más completa de la *libertad*, la estudiaremos enseguida desde dos perspectivas: como un derecho humano y como garantía individual.

a) *La libertad como derecho humano.*

Mucho se ha sostenido dentro de la doctrina jurídica que el hombre posee, por el sólo hecho de serlo y como un atributo inmanente a su ser, una serie de derechos fundamentales cuya existencia no depende del reconocimiento que de ellos haga el Estado a través de sus ordenamientos legales, puesto que son anteriores al origen mismo de éste. Entre esos derechos fundamentales se ubica la libertad.

Tal postura ha sido defendida por la corriente filosófica conocida como *iusnaturalismo* o de los derechos naturales, la cual gira en torno a la idea de que "el hombre tiene por su sola calidad humana y antes de toda sociedad, un cúmulo de derechos naturales independientes del fenómeno social y anteriores a él".⁴¹ Por ello, Rodrigo Borja expresa que "la legitimidad de los derechos individuales no radica en que éstos hayan sido reconocidos por el Estado, sino que, al contrario, el Estado tiene legitimidad en cuanto es expresión y garantía de tales derechos".⁴²

⁴¹ BORJA, Rodrigo, Derecho Político y Constitucional, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 334.

⁴² *Idem.*

La libertad, como derecho del hombre, la han puesto de relieve diversos autores desde tiempo atrás, como Juan Jacobo Rousseau, para quien es el derecho máspreciado y hermoso que tiene el hombre, sin el cual no podría considerársele como tal, arguyendo que: "... renunciar a su libertad es renunciar a su condición de hombre... Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre: despojarse de la libertad es despojarse de moralidad".⁴³

b) La libertad como garantía individual.

Ignacio Burgoa define a las garantías individuales como la "consagración jurídico-positiva de esos elementos (derechos del hombre), en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo".⁴⁴ De ello inferimos que, mientras no se hayan reconocidos los derechos fundamentales del hombre por la Constitución, el Estado no tiene obligación de respetarlos, ni los gobernados de reclamar su violación.

Tratándose de la garantía de libertad, la misma es de diversas especies, destacando entre ellas la corporal, que es la que le permite al hombre desplazarse de un lado a otro.

⁴³ ROUSSEAU, Juan Jacobo, El Contrato Social, 3ª ed., Editores Unidos Mexicanos, México, 1984, p. 6.

⁴⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Op. cit.*, p. 187.

Ahora bien, cuando al menor de doce años se le priva de su libertad, se le está despojando de un derecho natural y de una garantía individual. De ahí la importancia del bien jurídico tutelado en mención.

2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN.

Consideramos que sí es configurable la tentativa en el delito de privación de la libertad de infante, ya que puede suceder que el sujeto activo lleve a cabo todos los actos tendientes a la ejecución del delito, pero que no se produzca por causas ajenas a su voluntad.

Concretamente, puede suceder, por ejemplo, que el sujeto activo, teniendo el carácter de *extraño* respecto del menor de doce años, haya llevado a cabo todos los actos necesarios para privar de su libertad al sujeto pasivo, esto es: que ya hubiera llegado hasta la habitación del menor y cuando estuviera a punto de apoderarse del menor que se encontraba dormido en la cama, antes de hacerlo, la policía lo detuviera en ese preciso momento.

En tal hipótesis, se trata de una *tentativa punible*, puesto que el agente llevó a cabo todos los actos que le llevarían a consumar el delito de privación de la libertad de infante, aunque no se lograría por causas ajenas a su voluntad, como fue la intervención de terceros ajenos (los policías), quienes evitaron que el delito se consumara.

Situación distinta sería en el caso en que el agente del delito, encontrándose en la habitación del menor, se arrepintiera y se entregara a la policía, ya que en tal caso existe un desistimiento propio y espontáneo del inculpado y, por lo tanto, la tentativa no es punible.

Respecto a la *consumación* del delito de privación de la libertad de infante, tiene lugar en el momento en que el familiar o extraño al menor de doce años se apodera de éste, porque en ese momento se verifica el resultado penalmente tipificado, esto es, realizan todos los supuestos jurídicos previstos en el tipo penal.

2.5. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Como lo explicamos en el Capítulo I de nuestra presente tesis, para que el Ministerio Público pueda abocarse legalmente a la investigación de los delitos en la fase de la Averiguación Previa, es menester que se satisfagan los requisitos de procedibilidad que son la denuncia y la querrela.

También dijimos que la denuncia procede en los casos de delitos que son perseguibles de oficio, es decir, aquellos que basta que el órgano investigador tenga conocimiento de su existencia por cualquier medio para que se aboque a investigarlos. Dichos delitos perseguibles mediante este requisito de procedibilidad lo son en atención a tratarse de aquellos que afectan bienes

jurídicos de mayor importancia social, que por lo mismo, no sólo afectan intereses particulares, como sucede con los delitos perseguibles por querrela.

De tal suerte, si tomamos en cuenta que en el delito de privación de la libertad de infante, el bien jurídicamente protegido resulta de mayor valía, por tratarse de la libertad de desplazamiento del menor, indudablemente que se trata de un delito que por su naturaleza le interesa a la sociedad que sea investigado y perseguido por la autoridad en forma inmediata, desde el mismo momento en que tenga conocimiento de que se ha cometido.

Más aún, si nos remitimos a la lista de delitos considerados *graves* por el Código Penal para el Estado de México, encontramos que el de privación de la libertad de infante, previsto por el párrafo primero del artículo 262 del mismo ordenamiento, está considerado como tal por su artículo 9, siendo que tales delitos se reputan *graves* por la lesión que causan a bienes jurídicos de mayor importancia para la sociedad.

De lo anterior, deducimos que el requisito de procedibilidad para la investigación y persecución del delito de privación de la libertad de infante es la presentación de la *denuncia* por cualquier persona que tenga conocimiento del hecho delictivo.

La denuncia puede formularse en forma oral o escrita: en el primer caso, se hará constar en el acta elaborada por el Ministerio Público que la

reciba, debiendo contener la firma o dactilograma del que la formule, su domicilio y demás datos que sirvan para localizarlo. Si es escrita, deberá contener las mismas formalidades y datos, debiendo ratificarse para que pueda perfeccionarse la investigación (artículo 103).

2.6. INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA DEL DELITO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE INFANTE.

Para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal ante los tribunales judiciales, en contra del probable responsable del delito de privación de la libertad de infantes, es preciso que se haya integrado debidamente la Averiguación Previa, esto es, que se hayan acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Esto, con fundamento en lo ordenado por el artículo 156 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, que textualmente señala:

"Tan pronto como aparezca en la averiguación previa que se ha acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en términos del segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional, señalando circunstanciadamente el hecho o hechos delictivos, los motivos y los fundamentos legales en que apoye su pliego de consignación".

Dicho Código Penal adjetivo establece, en el caso de algunos delitos, ciertas reglas para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado. Sin embargo, tratándose del delito de privación de la libertad de infante, no hace señalamiento alguno, motivo por el cual nos tenemos que basar en lo prescrito por el artículo 121, primera parte, que en su parte conducente determina:

"El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se justifique la existencia de los elementos objetivos del tipo; así como los normativos y los subjetivos, cuando aparezcan descritos en éste".

Conviene explicar en qué consisten estos elementos.

Elementos objetivos. Se refieren a la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo. Esto es, se identifican con la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerido por el tipo penal. Asimismo, de modo transitivo se hace mención de la persona o cosa donde recae la conducta por ejemplo: La persona privada de la vida en el homicidio y la cosa sustraída en el robo entre otros.

Elementos normativos. Son los que por ser determinados, requieren de una valoración previa. En este caso, el juez debe exponer en sus sentencias las evaluaciones que existen en la sociedad, y con base en los

mismos, un hecho aparentemente lícito puede pasar a ser un hecho ilícito; pero también puede ocurrir lo contrario.

Elementos subjetivos. Aluden a la intención o circunstancias que se dan en la psique del autor, referentes a estados anímicos en orden a lo injusto. Pueden radicar en el conocimiento que tiene el autor de la realización de indeterminado estado de las cosas; otras veces, estará en un determinado deseo, ánimo o intención del agente en la realización de la conducta típica.

Luego entonces, el cuerpo del delito de privación de la libertad de infante se tendrá por comprobado por la existencia del apoderamiento del menor de doce años, por parte de un familiar o de un extraño.

En cuanto a la *probable responsabilidad* del indiciado, la misma se acredita, de acuerdo al artículo 121 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, *"cuando de los medios probatorios existentes se pruebe directa o indirectamente su participación dolosa o culposa y no exista acreditada en su favor alguna otra causa de exclusión del delito"*.

Atento al precepto transcrito, la probable responsabilidad del indiciado en el delito de privación de la libertad de infante se comprobará cuando se demuestre que el indiciado participó en el apoderamiento del menor de doce años, bajo alguna de las formas de intervención previstas por el artículo 11 del Código Penal para el Estado de México, es decir, como autores o

participes. Pero además, dicha participación debe ser dolosa, porque es la única forma de culpabilidad que admite el delito en cuestión. Por último, el indiciado no debe estar amparado por alguna de las causas de exclusión del delito previstas por el artículo 15 del Código Penal para el Estado de México, que constituyen propiamente los aspectos negativos del delito, que lo hacen inexistente, consistentes en:

- Ausencia de conducta;
- Atipicidad;
- Causas de justificación;
- Causas de inimputabilidad;
- Causas de inculpabilidad; y
- Excusas absolutorias.

Ahora bien, para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado en el delito de privación de la libertad de infante, el Ministerio Público puede valerse de cualquier medio de prueba, ya sea que esté previsto o no en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Los medios de prueba contemplados por el ordenamiento citado son:

- La confesión;
- El testimonio;
- Los careos;

- La confrontación;
- La pericia e interpretación;
- Los documentos;
- La inspección; y
- La reconstrucción de hechos;

En el caso del delito que nos ocupa, únicamente nos referiremos a aquellos medios de prueba que consideramos son idóneos para acreditarlo.

a) Declaración de la víctima u ofendido.

César Augusto Osorio y Nieto afirma que la *declaración* "es la relación que hace una persona acerca de determinados hechos, personas o circunstancias, vinculadas con la averiguación previa y que se incorpora a la misma".⁴⁵

Por tanto, la *declaración* puede hacerla el ofendido, el probable responsable o los testigos, quienes realizan manifestaciones en torno a los hechos delictivos. El artículo 110 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México dispone: "*El Ministerio Público clarará, para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan que tengan datos sobre los mismos...*".

⁴⁵ OSORIO Y NIETO, César Augusto, Op. cit., p. 26.

En este punto nos referiremos a la declaración que rinde el ofendido. Sobre el particular diremos que en la consumación de los hechos delictivos intervienen dos sujetos: uno activo que es el que realiza la conducta delictiva, y otro pasivo directo, sobre el cual recae la acción. En forma excepcional, la conducta antijurídica no recae sobre una persona física, sino contra el Estado, la sociedad y las personas morales. Ejemplo: la traición a la patria, portación de armas prohibidas, fraude, etc.

Es conveniente hacer una distinción de dos vocablos que a simple vista parecen iguales y que con frecuencia son confundidos: *ofendido* y *víctima* del delito. Al respecto, Guillermo Colín Sánchez dice que el "ofendido por el delito es la persona física que resiente directamente la lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el Derecho Penal".⁴⁶ En tanto que la víctima es "aquel sujeto que por razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido resulta afectado con la ejecución del hecho ilícito".⁴⁷

Una vez precisado lo anterior, el que nos ocupa en su estudio es el *ofendido*, que en el caso del delito de privación de la libertad de infante, es el menor de doce años de quien se apodera el sujeto activo, tiene el derecho de proporcionar al Ministerio Público su declaración acerca de cómo ocurrieron los hechos, que permitan al órgano investigador contar con mayores elementos de prueba, máxime por tratarse de la persona que supo las circunstancias de

⁴⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit., p. 192.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 193.

modo, tiempo y lugar en que fue privado de la libertad. Como dice César Augusto Osorio, el pasivo deberá declarar en especial "sobre las condiciones en que se efectuó su privación de la libertad, el lugar donde permaneció detenido...".⁴⁸

Igualmente, la declaración de las *victimias* del delito, verbigracia, los padres, hermanos o parientes del menor, que presenciaron la privación de la libertad de infante, pueden aportar datos valiosos acerca de como ocurrieron los hechos delictivos, lo que puede ayudar a su esclarecimiento.

En la práctica, al declarar el ofendido por el hecho ilícito, el Ministerio Público procederá de inmediato a tomarle protesta de conducirse con verdad, cuando sea mayor de 14 años, de lo contrario únicamente se le exhortará. A continuación se le preguntará al ofendido sus generales, teniendo especial interés en el nombre y domicilio; enseguida se le solicitará que haga una narración breve, concisa y cronológica de los hechos que va a poner en conocimiento del funcionario que realiza la investigación, debiendo este último conducir y orientar el interrogatorio, sin presionar ni sugerir al deponente. Una vez asentada la declaración en el acta, se permitirá al declarante leerla para su ratificación y firma.

En algunas ocasiones el declarante no sabe leer; en estos casos el agente del Ministerio Público, o en su defecto, una persona designada por el

⁴⁸ OSORIO Y NIETO, César Augusto, Op. cit., p. 297.

primero dará lectura a la declaración y en lugar de firmar el ofendido, imprimirá su huella dactilar en la Averiguación correspondiente.

Por último, el ofendido es un coadyuvante del Ministerio Público, lo cual implica que tiene derecho a aportar las pruebas en la indagatoria, a fin de que el órgano investigador cuente con mas elementos probatorios.

b) Declaración de testigos.

En la relación jurídica procesal intervienen generalmente terceros, llamados *testigos*, los cuales con su declaración informan o aportan datos a los órganos investigadores y de justicia sobre los hechos que se investigan.

Etimológicamente, la palabra *testigo* "proviene del vocablo *testando* (declarar, referir o explicar), o bien, de *detestibus*, (dar fe a favor de otro".⁴⁹

Doctrinalmente, Guillermo Colín Sánchez estima que el *testigo* es "toda persona física que manifiesta ante los órganos de la justicia lo que le consta (por haberlo percibido a través de los sentidos), en relación con la conducta o hecho que se investiga".⁵⁰

⁴⁹ RIVERA SILVA, Manuel, Op. cit., p. 79.

⁵⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit., p. 348.

De esta manera, podemos afirmar que el testigo es toda persona física que aprecia a través de los sentidos, los hechos delictivos, materia de la controversia. El testigo se constituye en un importante órgano de prueba en cuanto hace su comparecencia ante el funcionario del Ministerio Público, o ante el órgano jurisdiccional, a rendir su declaración; esta, se denomina testimonio, y ya sea (como anteriormente lo hemos visto) espontáneo o provocado, es un medio de prueba.

Sergio García Ramírez y Victoria Adato Ibarra comentan que la declaración de testigos es "la relación de hechos conocidos sensorialmente por el declarante; a través de la cual se esclarecen cuestiones relacionadas con el objeto de la controversia".⁵¹

El artículo 191 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México establece quienes pueden ser testigos, señalando: "*Toda persona que conozca por sí o por referencia de otra, hechos constitutivos de delito o relacionados con él, está obligada a declarar ante el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional*".

Por lo antes expuesto, toda persona puede ser testigo; no obstante, la misma ley excluye determinadas personas como el tutor, curador, cónyuge del presunto autor de la conducta antijurídica, los que están ligados con el

⁵¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Yolanda, Prontuario del Proceso Penal Mexicanos, 5ª ed., Porrúa, México, 1993, p. 9.

acusado por vínculos de amor, respeto o gratitud, los parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero. Pero si estos sujetos tuvieran la voluntad de declarar, se les deberá recibir su declaración (Art. 197).

La mecánica legal para tomar la declaración del testigo en la Averiguación Previa es la siguiente:

El funcionario del Ministerio Público que realiza la averiguación del hecho delictivo, le tomará protesta de conducirse con verdad, si es mayor de 14 años, o se le exhortará si es menor de edad, haciendo del conocimiento del testigo las penas que se le imponen a los que se conducen con falsedad. Enseguida, al declarante se le solicitarán sus generales para su pronta localización e identificación (domicilio, nombre, ocupación, estado civil, etc.). A continuación se le invitará a que haga el relato de los hechos en forma cronológica, clara y precisa, sin hacer apreciaciones subjetivas ni suponer personas, hechos o circunstancias que no le consten.

A toda persona en general, que puede aportar información útil para la integración de la Averiguación Previa, se le tomará declaración.

La única excepción aparte de las que marca la propia ley es de que no se les podrá tomar declaración a los sujetos que se encuentren en estado de ebriedad o bajo influjo de enervantes o estupefacientes; en éstos casos se les

podrá interrogar, mas no tomar declaración. El procedimiento que se sigue actualmente en la Averiguación Previa consiste en pasar al testigo con el médico legista, a efecto de que examine al mismo y expida un certificado médico relativo al estado en que se encuentre aquel. Esto no únicamente es aplicable a los testigos, sino para todo aquel que declara en la averiguación.

Si en los hechos delictivos existen testigos que no han comparecido ante el Ministerio Público, se les citará. Si desobedecen los citatorios consecutivos se solicitará a la policía proceda a su localización y respectiva presentación.

En el caso del delito de privación de la libertad de infante, la declaración de testigos es importante porque de su testimonio puede ilustrarse acerca del modo, tiempo y lugar de comisión de los hechos delictivos, así como para saber quien es el probable responsable, para el caso de que no se sepa. Como lo señala César Augusto Osorio, la declaración de los testigos, debe expresar las condiciones en que se produjo la privación de la libertad y el lugar donde estuvo detenida la persona.⁵²

c) Declaración del probable responsable.

La declaración del probable responsable es la manifestación que éste lleva a cabo en relación con los hechos delictivos, ante la autoridad

⁵² Cfr. OSORIO Y NIETO, César Augusto, Op. cit., p. 297.

investigadora o frente al órgano jurisdiccional. Respecto al delito de privación de la libertad de infante, tal declaración va encaminada a la búsqueda por encontrar datos que le permitan al Ministerio Público comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, ya sea porque confiese la comisión del delito o porque de su declaración se desprenda información relevante.

Dependiendo del momento procedimental en que se emita la declaración del probable responsable, ya sea espontánea o provocada, a través del interrogatorio, se denominará indagatoria, o bien, preparatoria.

La declaración indagatoria es la que manifiesta el probable responsable en la Averiguación Previa; mientras que la declaración preparatoria, es la que emite ante el Juez, dentro del término de 48 horas a que hace referencia el artículo 20 Constitucional, inciso A, fracción III.

En el procedimiento penal, es el probable responsable el único sujeto de la confesión, excluyéndose, por lo tanto, al denunciante y al querellante, porque el interés penal que éstos hacen valer no es propio, sino del Estado.

De lo antes expuesto, debemos dirigir nuestro interés al estudio de la *confesión*. Si bien el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México no regula de forma amplia esta probanza, las características que debe revestir la *confesión* del probable responsable son las siguientes:

1) *Declaración voluntaria.* Significa que la declaración que emita el inculcado debe ser libre y espontánea y no obtenida mediante violencia física o moral, intimidación, incomunicación o tortura.

2) *Mayor de dieciocho años.* Partiendo de la base de que la mayoría de edad en nuestro país se adquiere a los dieciocho años, la ley penal retoma dicho principio, por considerar que la persona que realiza una confesión a esa edad, tiene el suficiente criterio y capacidad de discernimiento para comprender lo que ello implica.

3) *En pleno uso de sus facultades mentales.* El confesante debe estar en pleno uso de razón, con plena conciencia de lo que está diciendo y no perturbado en sus facultades mentales por locura, influjo de bebidas embriagantes o enervantes, etc.

4) *Rendida ante el Ministerio Público o autoridad judicial.* Las únicas autoridades facultadas para recibir la confesión rendida por el inculcado, son el Ministerio Público y el juez, con exclusión de cualquier otra autoridad o persona: Con ello se pretende evitar que la Policía Judicial obtenga confesiones valiéndose de amenazas, violencia, física o moral, intimidación, tortura o cualquier otro medio ilícito.

5) *Sobre hechos propios relacionados con el delito.* La confesión debe versar sobre acontecimientos relacionados con el delito de privación de la

libertad de infante, que sean propios del inculpado, y no sobre los de otras personas y además, deben de tener relación con el delito de que se trate, por lo cual no debe de tenerse en cuenta la confesión cuando se refiera a situaciones ajenas al mismo.

6) *Rendida con las formalidades ordenadas por el artículo 20 Constitucional, Inciso A, fracción II.* Dichas formalidades consisten en que el declarante no debe ser obligado a hacerlo, de lo que se desprende la prohibición de la incomunicación, intimidación o tortura; la confesión rendida ante cualquier autoridad que no sea el Ministerio Público o el Juez, o ante estos sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.

La palabra confesión deriva del vocablo latino *confessio*, que significa, según el maestro Marco Antonio Díaz de León, "la declaración que hace una persona de lo que sabe, espontáneamente o dado mediante un interrogatorio".⁵³

La confesión es la manifestación que hace el probable responsable sobre su participación activa o pasiva, en la concepción, preparación y ejecución de los hechos delictivos.

⁵³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Tratado sobre las Pruebas Penales. 3ª ed., Porrúa, México, 1982, pp. 29-30.

Esta manifestación se debe producir por voluntad propia del inculpado al declarar sobre los hechos que se le atribuyen, no debe estar viciada por medio de la fuerza física o moral, la coacción, la amenaza o el amago.

Fernando Arilla Bas define a la confesión como "el reconocimiento formal por parte del acusado de haber ejecutado los hechos constitutivos del delito que se le imputa".⁵⁴

La confesión debe tener como elemento esencial, para que en verdad lo sea, el reconocimiento de quien confiesa sobre su colaboración en el hecho delictivo, por lo tanto, deben ser hechos propios y punibles. Así, como no habría confesión, consecuentemente, si los hechos sobre los que hace referencia la narración fuesen ajenos.

Además, el sujeto en su declaración en el hecho delictivo al reconocer su participación puede aportar datos que le exculpen por la vía de una causa de exclusión del delito. Por lo tanto, no podemos hablar de un conocimiento de culpabilidad, sino de un reconocimiento de participación. La culpa de quien participó en la conducta delictiva puede quedar destruida por la presencia de algún elemento negativo del delito, hecho valer en la misma confesión.

⁵⁴ ARILLA BAS, Fernando, Op. cit., p. 107.

Desde el punto de vista de los fines del procedimiento penal, la confesión puede ser judicial o extrajudicial.

La confesión judicial es la que se rinde ante los órganos jurisdiccionales, sin embargo, la Ley Procesal en vigor, establece que los funcionarios del Ministerio Público que realizan la Averiguación Previa, que antecede al ejercicio de la acción penal pueden recibirla, pudiéndose admitir en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de emitirse la sentencia definitiva (Artículos 194 y 195 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México).

La mecánica a seguir cuando se le toma declaración al probable responsable, en la práctica diaria en las agencias del Ministerio Público es la siguiente:

Una vez que se encuentre presente el probable responsable, se le remitirá en forma inmediata al servicio medico legista para que emita su dictamen, acerca de la integridad física o lesiones de su estado psico-físico; posteriormente, el dictamen se hará constar en el acta respectiva, enseguida se le tomarán sus generales y se le harán saber sus derechos, como anteriormente lo señalamos.

A los probables responsables se les exhortará a que se conduzcan con verdad, pero no se les tomará protesta. La declaración debe ser

circunstanciada, clara y precisa. Esto implica que el indiciado debe señalar todos los pormenores refiriéndose al tiempo, lugar y circunstancias del delito, y no sólo que reconozca el mismo. En el curso de la declaración voluntaria o interrogatorio, la autoridad investigadora se abstendrá de todo maltrato verbal o físico en contra del indiciado, y en todo caso deberá observarse lo dispuesto en el artículo 20, Inciso A, fracción II, de la Constitución General de la República.

Ya integrada su declaración al acta respectiva, se le facilitará al inculpado y a su defensor para que la lean y en su caso, la firme el primero.

Toda persona que tenga que rendir declaración, podrá ser asistida por un abogado nombrado por ellos, el cual tiene la facultad de impugnar las preguntas que le hagan a su representado, si éstas son inconducentes o contrarias a derecho, pero no puede producir, ni inducir las respuestas de su asistido.

Si bien la sola confesión del acusado por el delito de privación de la libertad de infante no exime al Ministerio Público de la obligación de practicar las diligencias necesarias para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, sí constituye un medio de prueba que le puede aportar al órgano investigador datos suficientes para integrar la Averiguación Previa.

En cuanto al delito de privación de la libertad de infante, la prueba confesional puede girar en torno a la declaración del indiciado de haber sido quien se apoderó del menor de doce años y la forma en que la llevó a cabo.

d) Inspección Ministerial.

César Augusto Osorio comenta que la inspección "es la actividad realizada por el Ministerio Público o el juez, que tiene por objeto, la observación, examen y disposición de personas, lugares, objetos, cadáveres y efectos de los hechos para obtener un conocimiento directo de la realidad de una conducta o hecho con el fin de integrar la averiguación previa".⁵⁵

Sergio García Ramírez y Victoria Adato Ibarra expresan que "a través de la inspección, el funcionario que practica la diligencia verifica en forma directa ciertas circunstancias con sus propios sentidos a fin de advertir la realidad en relación con hechos controvertidos o conectados con la controversia".⁵⁶

Según Guillermo Colín Sánchez, la inspección "es un acto procedimental, que tiene por objeto, la observación, examen y descripción de: personas, lugares, objetos y efectos de la conducta o hecho posiblemente

⁵⁵ OSORIO Y NIETO, César Augusto, Op. cit., p. 51.

⁵⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Yolanda Adato Ibarra, Op. cit., pp. 8-9.

delictuoso, para así llegar al conocimiento de la realidad y el posible descubrimiento del autor".⁵⁷

Tomando en cuenta los conceptos antes citados, podemos decir que por medio de la inspección, el funcionario que la practica, ya sea el juzgador o el Ministerio Público, verifica directamente ciertas circunstancias a través de sus propios sentidos, a fin de advertir la realidad en relación con los hechos controvertidos. Esto es, el propio funcionario directamente entra en contacto con personas, objetos, lugares o situaciones, sin que sujeto alguno sirva de intermediario entre aquél y estos.

La ley procesal penal en vigor, faculta a los funcionarios del Ministerio Público para realizar inspecciones en los delitos que dejan huellas materiales en que la tardanza en asegurar los elementos de convicción podría dar lugar a que se perdieran o alteraran. Lo importante en la inspección es determinar las señales o vestigios, los instrumentos u objetos con los que se cometió el hecho ilícito, los efectos que se produjeron con la conducta delictiva y en general, todas aquellas circunstancias que tienen evidente relación con la averiguación.

Por lo antes expuesto, el objeto de la inspección recae sobre: las personas, lugares, cosas y efectos.

⁵⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit., p. 511.

Tratándose del delito de privación de la libertad de infante, la inspección ministerial puede servir para detectar huellas digitales que conduzcan a la identificación del indiciado; para dar fe del lugar donde se encontraba el menor de doce años, del cual fue privado de la libertad.

De tal manera, si de los medios de prueba ofrecidos durante la indagatoria, el Ministerio Público acredita el cuerpo del delito de privación de la libertad de infante y la probable responsabilidad del indiciado, debe resolver el ejercicio de la acción penal, que según Fernando Arilla Bas, "es el poder jurídico del propio Estado, de provocar la actividad jurisdiccional con el objeto de obtener del órgano de ésta una decisión que actualice la punibilidad formulada en la norma respecto de un sujeto ejecutor de la conducta descrita en ella".⁵⁸

Esto es, la acción penal es la facultad que tiene el Ministerio Público para incitar a los tribunales judiciales a que actúen, a efecto de que inicien un proceso penal que posibilite la aplicación de la norma penal sustantiva al caso concreto, absolviendo o condenando al procesado. Es el medio fundamental e imprescindible por el cual la sociedad, por conducto del Ministerio Público que la representa, logra como fin del Estado, reprimir el delito que atenta contra los bienes jurídicos de mayor importancia, haciendo la acusación respectiva ante el órgano judicial, quien es el encargado de satisfacer la pretensión punitiva.

⁵⁸ ARILLA BAS, Fernando, Op. Cit., p. 39.

De acuerdo al artículo 157 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público está facultado para:

- I. Promover la incoacción del procedimiento judicial;*
- II. Solicitar las órdenes de comparecencia y de aprehensión;*
- III. Pedir el aseguramiento de bienes para los efectos de reparación del daño;*
- IV. Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculcados;*
- V. Pedir la aplicación de las sanciones respectivas; y*
- VI. En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la pretensión punitiva y a la tramitación pronta y expedita de los procedimientos.*

Por tanto, a través del ejercicio de la acción penal se puede imponer la sanción correspondiente al procesado, una vez que se halla comprobado su culpabilidad. De ahí la importancia de que el Ministerio Público resuelva el ejercicio de la acción penal.

CAPÍTULO III. FIGURAS SIMILARES AL DELITO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE INFANTE EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

El Código Penal para el Estado de México en vigor tipifica en su Subtítulo Tercero los *Delitos contra la Libertad y Seguridad*, una serie de ilícitos penales que, igual que sucede con el que nos ocupa en nuestra tesis (privación de la libertad de infante), tienen como bien jurídico, en general, la libertad y seguridad de las personas. Sin embargo, se distinguen por otros aspectos, como por ejemplo: las calidades exigidas en los sujetos activo y pasivo; la forma de cometerlo; un bien jurídico más en particular aparte de la seguridad y la libertad, entre otros.

Precisamente, con el desarrollo del presente Capítulo pretendemos estudiar dichos delitos, que nos permitan conocer sus similitudes y diferencias.

3.1. PRIVACIÓN DE LIBERTAD.

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 258 del Código Penal para el Estado de México, que en varias fracciones contempla una serie de hipótesis en que el particular puede incurrir en el citado delito, las que analizamos a continuación. Antes de ello, conviene aclarar que el mencionado numeral alude como sujeto activo, en todas las hipótesis legales, a un *particular*, al cual debemos entender como "una persona que no desempeñe

empleo, cargo o comisión públicos, esto es, que no sea servidor público, o bien, siéndolo no actúe en función del servicio sino meramente como individuo en sus relaciones no oficiales o públicas, como particular..."⁵⁹

I. Prive a una persona de su libertad.

La acepción *privar* significa "despojar a uno de lo que poseía";⁶⁰ en tanto que la *libertad*, la entiende César Augusto Osorio y Nieto como la "ambulatoria que implica la de otras libertades, como la de comunicarse, principalmente".⁶¹

Luego entonces, el tipo penal en estudio tutela la libertad que tiene una persona para desplazarse de un lugar a otro, para ejercer una libertad física. Por ende, cuando una persona despoja de tal derecho a una persona, comete el mencionado delito.

II. Por cualquier medio obligue a una persona a prestarle trabajos y servicios personales sin la debida retribución, o celebre un contrato que ponga en condiciones de servidumbre a otro, o afecte su libertad de cualquier modo.

⁵⁹ OSORIO Y NIETO, César Augusto, Op. cit., p. 294.

⁶⁰ GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, Op. cit., p. 839.

⁶¹ OSORIO Y NIETO, César Augusto, Op. cit., p. 294.

Este tipo penal nos plantea dos hipótesis. La primera contiene los siguientes elementos:

a) Por cualquier medio.

Se refiere a la vía o forma de la que se vale el agente para obligar a una persona a prestar trabajos y servicios personales sin la debida retribución. Puesto que la ley establece que puede ser cualquier medio, debemos entender que puede ser la violencia física (empleo de la fuerza física) o moral (amenazas o amagos), y el engaño (la actitud por la cual se hace incurrir en error).

b) Obligar a una persona.

La palabra *obligar* implica constreñir, forzar al pasivo a realizar determinada conducta.

c) A prestar trabajos y servicios personales.

La conducta que el sujeto pasivo debe llevar a cabo consiste en la prestación de trabajos y servicios personales.⁶² Puesto que la ley penal no determina la naturaleza de éstos, deducimos que pueden ser labores de cualquier índole, físicas o intelectuales.

⁶² Cfr. OSORIO Y NIETO, César Augusto, Op. cit., p. 300.

d) Sin la debida retribución.

La acepción *retribución* significa "recompensa o pago de una cosa por otra".⁶³ Consecuentemente, la expresión "sin la debida retribución" conlleva a que el agente no le pague al activo el salario o remuneración justos. Por ejemplo, en el caso de un trabajador, si el patrón le paga un salario menor al mínimo, las labores personales de aquél no se le retribuyen debidamente.

La segunda hipótesis contenida en el artículo 258 del Código Penal para el Estado de México, consta de los siguientes elementos:

a) Celebre un contrato.

El artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal señala: "*Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar y extinguir derechos y obligaciones*".

En tanto que el artículo 1793 del mismo ordenamiento establece: "*Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos*".

⁶³ GARCIA-PELAYO Y GROSS, Ramón, Op. cit., p. 901.

Luego, el contrato es un acto jurídico que, merced a la concurrencia de dos o más voluntades, se crean o transfieren derechos y obligaciones.

b) *Que ponga en condiciones de servidumbre a otro;*

El vocablo *condición* es, en términos generales, "indole o naturaleza de algo";⁶⁴ mientras que *servidumbre* "es una especie de semilibertad, un estado en el cual un sujeto cede o renuncia a una porción importante de su libertad, una situación de sujeción indebida, ilegal e indigna".

Consecuentemente, el contrato celebrado entre el sujeto activo y el pasivo) debe ser en tales términos que importe para éste un estado de semilibertad, de sujeción grave hacia aquél.

c) *O afecte su libertad de cualquier modo.*

La libertad es "la facultad natural del hombre de conducirse conforme a su albedrío, teniendo como único límite la libertad y los derechos de otros".⁶⁵

En la hipótesis que analizamos, la libertad se refiere en un sentido lato a la libertad personal y no a una especie de libertad, como podría ser la de trabajo, deambulatoria, etcétera.

⁶⁴ OSORIO Y NIETO, César Augusto, Op. cit., p. 303.

⁶⁵ Idem.



Por tanto, este supuesto se refiere a la celebración de un contrato por el cual uno de los contratantes ve restringida o afectada su libertad. Y puesto que la libertad es imanente al hombre, irrenunciable, no encontrándose dentro del comercio, no puede ser objeto de ningún contrato, independientemente de que existe el consentimiento del sujeto pasivo.

III. Por medio de la violencia o coacción impida a una persona ejecutar un acto lícito o lo obligue a ejecutar lo que no quiere, sea lícito o ilícito.

Los elementos de esta hipótesis normativa son los siguientes:

a) *Por medio de la violencia o coacción.*

Estas son las vías por las cuales se obliga a una persona a actuar en determinada forma que no quiere o a impedir que realice un acto lícito. La *violencia* es la fuerza física o moral que se ejerce sobre una persona; y la *coacción* es la presión que se ejerce sobre el sujeto activo.

b) *Impida a una persona ejecutar un acto lícito.*

La violencia o coacción ejercida sobre el pasivo debe encaminarse a impedir que éste lleve a cabo un acto lícito, es decir, una conducta conforme a

derecho. Pondríamos el caso de una persona que evita que el Policía Judicial lo aprehenda aún cuando éste cuenta con la orden judicial.

c) O la obligue a ejecutar lo que no quiere, sea lícito o ilícito.

Esta es la otra finalidad que debe perseguir el sujeto activo que ejerce violencia o coacción sobre el pasivo: obligarlo a realizar lo que no quiere, esté o no conforme a derecho. El primer caso podría darse cuando el Policía Judicial, valiéndose de amenazas, obliga a un familiar a entregar a su pariente contra el cual existe un mandamiento judicial, siendo que no quiere hacerlo (ejecución lícita); el segundo caso se presenta cuando una persona obliga a otra a introducirse en una casa para robar (ejecución ilícita).

En todos los tipos penales del delito de privación de libertad que hemos analizado, la pena que se impone al sujeto activo es de cuatro años de prisión y de treinta y tres días multa.

3.2. SECUESTRO.

Los artículos 259 a 261 del Código Penal para el Estado de México prevén el delito de secuestro. Sin embargo, del análisis de sus disposiciones inferimos la existencia de diversos tipos de secuestro, los que a continuación analizamos.

SECUESTRO (TIPO BÁSICO).

El primer párrafo del artículo 259 del Código Penal para el Estado de México contempla el tipo básico del delito de secuestro, al establecer:

"Al que por cualquier medio prive a otro de su libertad, con el fin de obtener un rescate o causar daños o perjuicios al secuestrado o a otra persona relacionada con éste, se le impondrán de quinientos a mil días multa".

Discerniendo el contenido del tipo penal de secuestro, desprendemos los siguientes elementos:

a) Privar de la libertad por cualquier medio.

Ya explicamos con anterioridad que la privación de libertad tiene lugar cuando a una persona se le despoja de su derecho de ambular, de desplazarse físicamente de un lugar a otro, la cual puede ser mediante la violencia física o moral.

b) Para obtener rescate.

Una de las finalidades por la cual el agente secuestra al pasivo es de carácter económica, ya que es para obtener un *rescate*, que es el "dinero u

otros bienes que se entregan para que una persona recobre la libertad de la cual ha sido indebidamente privada".⁶⁶

c) O para causar daños o perjuicios al secuestrado o a persona relacionada con éste.

Esta es otra finalidad por la cual el secuestrador priva de su libertad a una persona, la cual no debemos enfocarla al aspecto económico que impera en materia civil; es decir, los daños o perjuicios que se causan al secuestrado o a una persona relacionada con éste, no deben entenderse como la "pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación" o la "privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de la obligación" (artículos 2108 y 2109 del Código Civil), sino como una lesión o afectación de carácter corporal.

SECUESTRO ATENUADO.

Este tiene lugar respecto a aquellos tipos penales en los cuales la pena que se impone al agente es menor, comparada con la aplicable en el tipo penal básico del secuestro. Tal secuestro atenuado está presente en las siguientes hipótesis normativas previstas en el artículo 259 del Código Penal para el Estado de México, que a continuación analizamos.

⁶⁶ OSORIO Y NIETO, César Augusto, Op. cit., p. 309.

I. Al que sin haber recibido rescate pusiere espontáneamente en libertad al secuestrado antes de cinco días, cuando no le haya causado ningún daño o perjuicio, ni a persona relacionada con éste, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de treinta a cien días multa.

Para que al autor del delito de secuestro se le imponga una pena mínima es preciso que:

a) No haya obtenido el rescate. O sea, que no haya recibido el sujeto activo el dinero o los bienes solicitados para la puesta en libertad del pasivo.

b) Ponga al secuestrado en libertad, espontáneamente, antes de cinco días. En éste caso, lo que se exige del activo es un acto de arrepentimiento del delito cometido, que se demuestra por el hecho de dejar libre al secuestrado en forma voluntaria y sin necesidad de que las autoridades competentes lo obliguen a ello; además, no debe haber recibido algún dinero y dejarlo en libertad rápidamente, al exigirse que sea antes de cinco días.

c) Que no haya causado ningún daño o perjuicio al secuestrado o personas relacionadas con éste. Esto es, que no haya ocasionado alguna lesión o afectación, por mínima que sea, a tales sujetos pasivos.

II. Al que sin haber recibido rescate pusiere espontáneamente en libertad al secuestrado antes de cinco días, cuando le haya causado

lesiones de las previstas en la fracción I del artículo 237, se le impondrán de dos a seis años de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

Esta hipótesis jurídica contiene los mismos elementos señalados en la fracción anterior, salvo por el hecho de que si causan lesiones al pasivo, que tardan en sanar hasta quince días y no amerita hospitalización, y consecuentemente, la sanción que se impone es mayor.

III. Al que sin haber recibido rescate pusiere espontáneamente en libertad al secuestrado antes de cinco días, cuando le haya causado lesiones de las previstas en la fracción II del artículo 238, se le impondrán de cuatro a ocho años de prisión y de setenta y cinco a doscientos días multa.

Este tipo penal no difiere en sus elementos del anterior, salvo por el aumento de la gravedad de las lesiones inferidas al sujeto pasivo, que son de las que dejan al ofendido cicatriz notable y permanente en la cara o en uno o ambos pabellones auriculares.

IV. Al que sin haber recibido rescate pusiere espontáneamente en libertad al secuestrado antes de cinco días, cuando le haya causado lesiones de las previstas en la fracción III del artículo 238 o de las que

pusieren en peligro la vida, se le impondrán de siete a quince años de prisión y de ciento veinticinco a trescientos setenta y cinco días multa.

Este tipo penal no difiere de los anteriores en cuanto a sus elementos, salvo por el aumento de la gravedad de las lesiones inferidas al sujeto pasivo, que son de las que producen debilitamiento, disminución o perturbación de las funciones, órganos o miembros; o que pongan en peligro la vida.

SECUESTRO AGRAVADO.

Es así porque la pena que se impone es mayor con respecto al tipo básico del delito de secuestro, teniendo lugar en dos hipótesis previstas en el artículo 259 del Código Penal para el Estado de México. La primera de ellas está contenida en su fracción V, que textualmente indica:

“Cuando con motivo del secuestro se causare la muerte o falleciera el secuestrado o personas relacionadas con éste, se le impondrán de treinta a cincuenta años de prisión y de seiscientos veinticinco a mil días multa”.

Analizando la hipótesis legal señalada, tenemos que el secuestro debe ser la causa que provoque la muerte del secuestrado o de las personas relacionadas con éste, lo cual puede acontecer cuando una éstas personas,

ante el temor del secuestro, prefieren suicidarse o les da un paro cardíaco. Pero también puede suceder que los secuestradores sean los que maten al secuestrado o a las personas relacionadas con éste.

La segunda hipótesis en que el secuestro es agravado está contemplada en el penúltimo párrafo del artículo 259 del Código Penal para el Estado de México, que es cuando en su comisión participa un elemento perteneciente a la corporación policiaca, agravándose la pena en una mitad más de la que le corresponda, destitución e inhabilitación por veinte años para desempeñar cualquier empleo, cargo o comisión.

Nos parece lógica y adecuada este caso en que tiene lugar el agravamiento de la sanción, ya que no sólo los policías faltan gravemente a su obligación de brindar seguridad pública, sino que, por la información, los conocimientos y la capacitación que previamente obtuvieron en los cuerpos policiacos, los pueden utilizar en beneficio de las organizaciones criminales a las que sirven, tornándose más peligrosas.

SECUESTRO EQUIPARADO.

Equiparar significa comparar o asemejar una cosa con otra. En tal sentido, el legislador lo que hace es considerar ciertas conductas como equivalentes al secuestro.

El antepenúltimo párrafo del artículo 259 del Código Penal para el Estado de México dispone:

"Se equipara al secuestro, al que detenga en calidad de rehén a una persona y amenace con privarla de la vida o con causarle un daño, sea a aquélla o a terceros, para obligar a la autoridad a realizar o dejar de realizar un acto de cualquier naturaleza; en tal caso, se impondrán las penas señaladas en este artículo".

Los elementos de la descripción típica son los siguientes:

a) *Detener en calidad de rehén a una persona.*

Rehén es la "persona que queda en poder del enemigo como prenda de la ejecución de un convenio".⁶⁷ Luego, este elemento del delito debemos entenderlo como la acción por la cual el secuestrador retiene al sujeto pasivo a efecto de salvaguardar sus intereses.

b) *Amenazarla con privarla de la vida o causarle un daño, a ella o a un tercero.*

El agente debe advertir o intimidar al secuestrado o a un tercero, del peligro que corre su vida o el daño a que están expuestos.

⁶⁷ GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, Op. cit., p. 834.

c) *Para obligar a la autoridad a hacer o no hacer algo.*

La finalidad por la cual el activo tiene en su poder al rehén y lo amenaza, es para lograr que la autoridad actúe en el sentido que quiera el secuestrador. Esto sucede frecuentemente cuando el agente, encontrándose a bordo de una avión, secuestra a los pasajeros, exigiendo a las autoridades de un país que dejen en libertad a determinados presos o que entreguen a algún personaje político.

Conviene aclarar que el término *autoridad* que se maneja en este tipo penal debemos entenderlo como "todo órgano del Estado, que tiene atribuidas por el orden jurídico, facultades de decisión o de ejecución o alguna de ellas por separado (...) Cuando las facultades otorgadas a un órgano implican el poder de decisión y ejecución, es decir, la autorización para realizar actos de naturaleza jurídica que afecten la esfera de los particulares y la de imponer a éstos sus determinaciones, se tiene el concepto de autoridad".⁶⁸

SECUESTRO SIMULADO.

El artículo 260 del Código Penal para el Estado de México prevé este tipo penal, en la forma siguiente:

⁶⁸ FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, 36ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 329

“A quien simule encontrarse secuestrado con amenaza de su vida o daño a su persona con el propósito de obtener rescate o con la intención de que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, se le impondrán de cuatro a diez años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa.

“La misma pena se aplicará a cualquiera que participe en la comisión de este delito”.

Consideramos acertada la tipificación de esta conducta delictiva en virtud de que en muchas ocasiones una persona finge encontrarse secuestrada con la sola intención de obtener un rescate, sin importar el daño patrimonial y emocional que le causa a quienes lo dan.

Los elementos del tipo penal son los siguientes:

a) Simular un secuestro con amenaza de su vida o daño en su persona.

La conducta de *simular* consiste en fingir, simular, aparentar algo, en este caso, que el simulador está siendo secuestrado y que se cierne un peligro sobre su vida o daño en su persona. Por decirlo de algún modo, el sujeto activo, con la participación de otra u otras personas “monta un teatro” para que se piense que está siendo objeto de un secuestro verdadero, siendo que no lo hay.

b) Con el propósito de obtener rescate.

Esta es una de las finalidades que persigue el sujeto activo o simulador del secuestro: conseguir que se le pague dinero u otros bienes. Luego, su intención es alcanzar un beneficio patrimonial.

c) O con la intención de que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera.

Esta finalidad va encaminada a engañar a la autoridad para observe determinado comportamiento (positivo o negativo), que no llevaría a cabo de no existir el secuestrado (simulado).

DELITOS CONEXOS CON EL DE SECUESTRO SIMULADO.

El artículo 261 del Código Penal para el Estado de México ordena que, al que en relación con las conductas relativas a la simulación del secuestro, y fuera de los casos de exclusión del delito y de la responsabilidad penal, se le impondrán de uno a ocho años de prisión y de treinta a doscientos días multa, en las siguientes hipótesis:

1. Actúe como intermediario en las negociaciones del rescate, sin el acuerdo de quienes representen o gestionen en favor de la víctima.

Gramaticalmente, la acepción *intermediario* quiere decir "persona que media entre otras para un negocio".⁶⁹ Esto, aplicado al tipo penal en análisis, nos conduce a afirmar que la actuación del intermediario es "servir de contacto o enlace entre él o los secuestradores y los que representen o gestionen en favor de la víctima; el intermediario es el que se comunica con los representantes o gestores de la víctima, generalmente familiares y hacen del conocimiento de estos las pretensiones, condiciones o exigencias de los secuestradores y a su vez, transmiten a los sujetos activos los ofrecimientos, posiciones o posibilidades de los mencionados representantes o gestores".⁷⁰

Pero no basta que una persona actúe como intermediario para que se configure el tipo penal, sino que se requiere además que tal actuación tenga lugar sin el acuerdo, autorización, anuencia o consentimiento de los representantes o gestores a favor de la víctima.

II. Colabore en la difusión pública de las pretensiones o mensajes de los secuestradores, fuera del estricto derecho a la información.

Nuestra Carta Magna, en su artículo 6º, consagra el derecho a la información que, en opinión Eduardo Sánchez Andrade "constituye un derecho público colectivo, es decir, se trata de una garantía de carácter social que

GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, Op. cit., p. 587.

OSORIO Y NIETO, César Augusto, Op. cit., p. 317.

atribuye al Estado la función de asegurar para todos los integrantes de la sociedad la recepción de una información oportuna, objetiva y plural".⁷¹

Por su parte, Salvador Ochoa Olvera refiere que el derecho a la información consiste en que "todo sujeto de derecho, público o privado, persona física o moral, tiene derecho a recibir información oportuna, auténtica, lícita y veraz (...) el derecho de obtener y recibir información, libremente, de un informante".⁷²

De las opiniones anteriores, podemos decir que el derecho a la información presenta una serie de características, sobre las que es preciso reparar:

a) Es un derecho de los gobernados a tener acceso a información de los asuntos públicos. Conviene decir al respecto que no existe disposición alguna que determine específicamente cuáles son los asuntos públicos que pueden ser dados a conocer a la sociedad, y cuáles no, debido a que por la naturaleza de su información, podrían ser mal usados, produciendo alarma o protestas anticipadas.

⁷¹ SANCHEZ ANDRADE, Eduardo, et al., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, U.N.A.M., México, 1985, p. 20

⁷² OCHOA OLVERA, Salvador, Derecho de Prensa Libertad de Expresión. Libertad de Imprenta Derecho a la Información, 1ª ed., Montealto, México, 1998 p. 176

b) Frente al derecho de los gobernados, existe la obligación del Estado de garantizar la misma, por lo cual debe vigilar la función informativa de los medios de comunicación, quienes muchas veces no informan debidamente, por servir a intereses creados, vinculados con el régimen de gobierno, que no hacen sino dar una visión informativa conveniente a los intereses del gobierno; pero ello no significa que deben coartar la libertad de información de los medios de comunicación, en el sentido de imponerles una línea de información a seguir, pues ello también violaría la libertad de información de éstos.

c) Dicha información debe ser *veraz*, o sea, verdadera, dando a conocer a la sociedad realmente lo que está aconteciendo con los asuntos públicos; *oportuna*, en el sentido que la información debe ser dada a conocer en el momento en que la sociedad lo reclame o en instante en que se estén verificando; *completa*, puesto que la información no debe excluir aspectos que son de interés para la sociedad, y que por perjudicar a los intereses de los gobernantes se excluye indebidamente; y *objetiva*, toda vez que debe implicar una imparcialidad en su difusión, sin manipularla o adecuándola a ciertos intereses.

d) El derecho a la información implica además que los gobernados tengan acceso a los medios de comunicación, para que puedan expresar sus ideas respecto a los asuntos públicos, por lo que el Estado debe establecer los canales adecuados para que ello se cumpla.

Ahora bien, en el caso del tipo penal que nos ocupa, los comunicadores, periodistas, reporteros, etcétera, que intervienen en la comunicación y difusión de las noticias a través de diversos medios (radio, cine, televisión, prensa), no pueden escudarse en el derecho a la información consagrado en la Constitución para difundir los mensajes o pretensiones de los secuestradores cuando lo hagan de forma amarillista o malintencionada, porque dicha información, aparte de no ser objetiva, "pueden entorpecer las negociaciones de rescate y poner en riesgo la vida misma del secuestrado e inclusive de los representantes o gestores".⁷³

III. Actúe como asesor con fines lucrativos de quienes representen o gestionen en favor de la víctima, evite informar o colaborar con la autoridad competente en el conocimiento de la comisión del secuestro.

En este caso se sanciona a quien, aprovechándose de la situación en que se encuentran quienes representan o gestionan a favor de la víctima, con el fin de obtener un beneficio económico; e igualmente cuando no informe o colabore con el Ministerio Público (titular de la investigación y persecución de los delitos) en el conocimiento de la perpetración del secuestro.

IV. Aconseje no presentar la denuncia del secuestro cometido o bien no colaborar u obstruir la actuación de las autoridades.

⁷³ OSORIO Y NIETO, César Augusto, Op. cit., p. 319.

En este supuesto comete el delito la persona que propone no denunciar el secuestro ante el Ministerio Público, no colaborar o interferir en la investigación del ilícito penal.

V. Intimide a la víctima, a sus familiares, a sus representantes o gestores, durante o después del secuestro para que no colaboren con las autoridades competentes.

Intimidar significa amenazar, por lo que encuadra en esta hipótesis delictiva la persona que realiza tal conducta durante o después del secuestro, dirigida al secuestrado, a sus familiares y a las personas que intervinieron en el rescate.

VI. Reciba cualquier pago con motivo de su intervención en el secuestro.

Dicho pago puede ser en dinero o de cualquier otra forma. Del mismo modo, su intervención puede consistir en una cooperación en cualquier forma, anterior o posterior a la consumación del secuestro.

3.3. SUSTRACCIÓN DE HIJO.

Este ilícito penal está tipificado en el artículo 263 del Código Penal para el Estado de México, que señala:

“Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días”.

Analizando el texto legal, tenemos los siguientes elementos del tipo penal:

a) *Sujeto activo.*

Es calificado, pudiéndolo ser el padre o la madre que se apoderan de su menor hijo, respecto del cual no ejercen la patria potestad o la custodia; o los familiares que participan en el apoderamiento.

Conviene aclarar que la *patria potestad* es “el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la

emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período".⁷⁴

Mientras que la *custodia* es "la acción de custodiar que significa guardar y vigilar. Al usarse conjuntamente los términos, se pretende señalar lo profundo de ésta relación jurídica, que no se limita sólo a la guarda y vigilancia del menor, sino que se acentúa con el cuidado, es decir, la solicitud y atención para que la custodia sea bien hecha".⁷⁵

b) Sujeto pasivo.

También es calificado, ya que debe ser menor de edad. En nuestro derecho la mayoría de edad es a los 18 años, por lo que quien tenga menos de esa edad se reputa menor de edad.

c) Conducta.

Consiste en el apoderamiento del menor. Sobre lo que implica esta conducta, la explicaremos en el Capítulo IV de nuestra investigación, cuando abordemos el estudio del delito de privación de la libertad de infante.

⁷⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalia Buenostro Baez, Derecho de Familia y Sucesiones, 3ª ed., Harla, México, 1990, p. 227

⁷⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. 1ª ed., Porrúa, México, 1984, p. 257.

d) Debe privarse de la patria potestad o la custodia del menor a quien legítimamente lo tenga.

Por regla general, ambos padres ejercen la patria potestad sobre el menor. Sin embargo, cualquiera de ellos puede perderla, recayendo únicamente en uno de los padres, en los casos previstos por el artículo 426 del Código Civil para el Estado de México, que a la letra señala:

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

"II. En los casos de divorcio;

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

"IV. Por la exposición que la padre o la madre hicieren de sus hijos; porque los dejen abandonados por más de seis meses o porque acepten ante la autoridad judicial entregartos a una institución de beneficencia, legalmente para que sean dados en adopción y ésta los acepte, de acuerdo al procedimiento que establezca el Código de Procedimientos Civiles".

Luego entonces, cuando una autoridad judicial determine que uno sólo de los padres conserve la patria potestad y la custodia del menor hijo, el otro padre no debe interferir en el ejercicio de los mismos. Y es precisamente lo

que este tipo penal sanciona: al padre o la madre que se apodera del menor sobre el cual no ejerce la patria potestad o la tutela, privando de ese derecho al que legalmente le corresponde.

Consideramos que este tipo penal resulta de gran ayuda, ya que en la vida práctica es común encontrar que uno de los padres despoja del menor al otro padre que legalmente tiene tal derecho, por lo que debe sancionarse a quienes actúan contra la ley y los intereses del menor y del padre afectado.

Resulta importante resaltar que este delito es perseguible únicamente por querrela, esto es, a petición de parte. Ahora bien, como el ofendido por el delito es una persona menor de edad, la querrela debe ser presentada por medio de sus legítimos representantes, que en el caso concreto lo pueden ser el padre o la madre que ejercen la patria potestad o que lo tiene bajo su custodia.

En nuestro concepto, la justificación para que el delito de sustracción de hijo sea mediante esta forma de persecución es la calidad de padre o madre del menor que tiene el sujeto activo, que en muchas ocasiones no lo impulsa una mala intención a apoderarse del menor, sino un sentimiento paternal y maternal. En todo caso, quien precisamente tiene que valorar tal situación es la víctima del delito, es decir, el padre o la madre a quien desapoderan del menor, para que si ésta considera que existe un deseo de causar un daño al menor, entonces sí se querrela por el delito señalado.

CAPÍTULO IV. LA NECESARIA REFORMA DEL ARTÍCULO 262 EN CUANTO AL TIPO PENAL Y LA PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE INFANTE.

Las figuras típicas creadas por el legislador deben estructurarse adecuadamente, no sólo en cuanto a sus elementos objetivos, subjetivos y normativos, sino a la pena aplicable a quien comete el ilícito penal. Sin embargo, en el caso del delito de privación de la libertad de infante, la estructuración del tipo penal no es adecuada en cuanto a algunos conceptos empleados en su descripción típica respecto al bien jurídico tutelado; asimismo, la sanción aplicable al penalmente responsable no es congruente con la calidad del sujeto activo, ni con el bien protegido por el tipo penal.

En este marco, las finalidades que perseguimos con el desarrollo de éste Capítulo son tres básicamente:

- Estudiar legal y doctrinalmente el delito de privación de la libertad de infante;
- Establecer los argumentos en que sostenemos nuestra postura de que está mal estructurado el tipo penal del delito en cuestión; y
- Proponer los cambios que en la descripción típica deben hacerse.

4.1. EL TIPO PENAL.

4.1.1. CONCEPTO.

En opinión de Francisco Pavón Vasconcelos, el tipo "es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal".⁷⁶

Según Luis Jiménez de Asúa, el tipo es "la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".⁷⁷

Ignacio Villalobos expresa que el tipo "es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo".⁷⁸

Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas comentan que el tipo "es la hipótesis delictiva consignada en la ley penal, hipótesis que está integrada por elementos objetivos, normativos y subjetivos".⁷⁹

⁷⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. cit., p. 302.

⁷⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. cit., p. 654.

⁷⁸ VILLALOBOS, Ignacio, Op. cit., p. 258.

⁷⁹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Op. cit., pp. 171-172.

Una última opinión de tipo penal corre a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para quien es "el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal..."⁸⁰

Analizando los puntos de vista anteriores, resulta evidente que el tipo penal es la descripción que el legislador hace en la norma penal, de una conducta que atenta contra bienes jurídicos individuales o colectivos de mayor importancia.

Es decir, el legislador, para elaborar el tipo penal, primeramente debe tener presente una realidad, un hecho presente en la sociedad, que es preciso sancionar para evitar que lesione en mayor grado a la sociedad. Por ello es que los legisladores, al crear el tipo penal, lo que hacen es **DESCRIBIR** un comportamiento humano positivo o negativo, cuya realización actualiza para el responsable la sanción que en la propia descripción típica se señala.

4.1.2. ELEMENTOS.

Dentro de cada tipo penal existen diversos elementos, los cuales a continuación explicamos:

1) *Elementos objetivos.* Son "aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o

⁸⁰ Semanario Judicial de la Federación, XVI, Quinta Época. Segunda Parte; CXXXI, p. 121.

el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal".⁸¹

Como tales podemos señalar: la conducta del sujeto activo y todos los aspectos exteriores a ella conectados; las calidades de los sujetos activo y pasivo; las referencias de modo, tiempo y lugar; el objeto material.

2) *Elementos normativos.* Son aquellos que requieren de una valoración jurídica o cultural por parte del juzgador. Las expresiones que lo denotan pueden ser: "sin causa legítima", "sin excusa legal".

3) *Elementos subjetivos.* Van a atender a la intención o a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor, referentes a estados anímicos en orden a lo injusto. Pueden radicar en el conocimiento que tiene el autor de la realización de indeterminado estado de las cosas o en un determinado deseo, ánimo o intención del agente en la realización de la conducta típica. Tales elementos subjetivos se pueden expresar en frases como "maliciosamente", "a sabiendas", "voluntariamente", etcétera.

4.2. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL EN LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE INFANTE.

Para poder analizar los elementos del tipo penal del delito de privación de la libertad de infante, debemos saber el contenido del artículo 262

⁸¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Op. cit., p. 307.

del Código Penal para el Estado de México, cuyos dos primeros párrafos son los que describen la conducta penalmente tipificada.

El párrafo primero del citado precepto ordena:

"A quien siendo un extraño a su familia se apodere de un menor de doce años de edad, se le impondrán de diez a cuarenta años de prisión y de quinientos a mil días multa".

Los elementos del tipo contenidos en la descripción típica son los siguientes:

1) *Extraño a la familia.*

El tipo penal exige una calidad específica en el sujeto activo que se apodera del pasivo: ser extraño a la familia, es decir, que no pertenezca a la familia de éste. Para entender esto, tenemos que definir lo que es la *familia*, concepto que tiene dos significados:

- *En sentido amplio:* "es el grupo constituido por el matrimonio, los hijos matrimoniales y otras personas

relacionadas con ellos por vínculos de sangre, afinidad o dependencia en mayor o menor grado".⁸²

- *En sentido estricto:* es "el organismo social constituido por los cónyuges y los hijos nacidos de su matrimonio, o adoptados por ellos, mientras permanezcan bajo su autoridad y dependencia".⁸³

Pensamos que para efectos de la calidad del sujeto activo en el delito de privación de la libertad de infante, el concepto de *familia* debe tomarse en su sentido lato; consecuentemente, debe ser ajeno a ésta.

2) *Apoderamiento.*

Para la comisión del delito en estudio, la conducta exigida al agente del delito es de acción, consistiendo en un *apoderamiento* del menor de doce años.

Gramaticalmente, la palabra *apoderamiento* significa "acción y efecto de apoderarse".⁸⁴ En tanto que *apoderar* quiere decir "hacerse dueño de alguna cosa".⁸⁵

⁸² Diccionario Jurídico Espasa. Espasa, Madrid, 1999, p. 409.

⁸³ Idem.

⁸⁴ GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, Op. cit., p. 82.

⁸⁵ Idem.

17.15 CON
FALLA DE ORIGEN

Lo anterior, aplicado al delito de privación de la libertad de infante, nos conduce a afirmar que la acción de apoderamiento implica apropiarse del menor, tenerlo en su poder, aunque lógicamente no puede adueñarse de él, porque no es un bien que esté dentro del comercio.

Independientemente de que el siguiente criterio jurisprudencial es referente al delito de robo, puesto que alude a la acción de apoderamiento, que también tiene lugar en el delito de privación de la libertad, es por lo que consideramos puede ayudarnos a entender más sobre tal conducta.

"ROBO. APODERAMIENTO EN EL.- Dos son los elementos integradores del apoderamiento en el delito de robo: el material o externo, que consiste en la aprehensión de la cosa, y el moral o interno, consistente en el propósito del activo. En efecto, siendo el delito un acto humano, no se le puede desligar del elemento moral (conocimiento y voluntad) que es de su esencia. Tan cierto es esto, que nuestra legislación penal clasifica a los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia, precisamente atendiendo a ese elemento interno; de lo contrario no tendrían razón de ser las causas de exclusión del delito, ni tendrían existencia jurídica algunos delitos, como el homicidio en razón del parentesco o relación, uno de cuyos elementos es "el conocimiento del parentesco" por parte del activo, conocimiento que lleva inherente la voluntad (o el propósito) de dañar al pasivo, sin el cual dejaría de ser dicho delito. Así pues, en el delito de robo, el acto material consistente en el apoderamiento, lleva inherente el elemento moral o subjetivo que consiste en el

propósito (conocimiento y voluntad) de apoderarse de lo que es ajeno, por parte del activo".⁸⁶

3) Menor de doce años de edad.

Se exige una calidad en el sujeto pasivo del delito de privación de la libertad de infante, que es la minoría de edad de doce años. Tal calidad la consideramos deriva del hecho que un *infante* es una persona que tiene una corta edad; un niño que por su edad está desprotegido física y mentalmente. De ser mayor de tal edad, ya no se hablaría de robo de infante, sino de adolescente.

Prosiguiendo con el análisis del delito de privación de la libertad de infante, el párrafo segundo del artículo 262 del Código Penal para el Estado de México dispone:

"Cuando el delito lo cometa un familiar, que no sea el padre o la madre, y obre con mala fe y no por móviles afectivos, se le impondrán de dos a seis años de prisión y de treinta a ciento veinticinco días multa".

⁸⁶ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volúmenes 91-96, Segunda Parte, Primera Sala p. 46

Los elementos del tipo penal en este caso no varían en cuanto al sujeto pasivo, ni a la acción de apoderamiento, sino en relación al sujeto activo y el elemento subjetivo con que actúa. De tal forma sus elementos son:

a) Apoderamiento del menor de doce años.

Ya se explicó.

b) Que sea familiar (menos padre o madre).

Se exige que sea un familiar, esto es, que tenga una relación de parentesco con el sujeto pasivo. Sin embargo, excluye al padre o a la madre, por lo que quienes pueden cometer el delito de privación de la libertad de infante pueden ser un tío, un abuelo, etc.

c) Obrar con mala fe y no con móviles afectivos.

Como elemento subjetivo se exige que el sujeto activo, en el momento de cometer el delito, tenga un doble estado de ánimo o intención que lo impulse a actuar:

1. *Obrar con mala fe.* La mala fe debemos entenderla como la mala intención que guía el obrar de la persona que comete el delito; luego entonces,

el apoderamiento del menor de doce años lo realiza con el objeto de causarle un daño o un estado de angustia en sus padres y familiares.

2. *Obrar no por móviles afectivos.* Este elemento subjetivo del delito complementa al anterior, ya que el sujeto activo no debe llevar a cabo el apoderamiento del menor por una razón de amor o cariño. Es decir, no comete el delito de privación de la libertad el familiar que se apodera del menor, si lo hace con la intención de protegerlo contra un daño en su integridad que se le quiera causar.

4.3. CRÍTICA AL ELEMENTO NORMATIVO "APODERAR" EN VIRTUD DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE INFANTE Y EL CARÁCTER DEL SUJETO PASIVO. PROPUESTA PARA QUE SEA SUSTITUIDO POR EL ELEMENTO "PRIVAR".

La terminología jurídica, por su riqueza y extensión, requiere de un amplio estudio para su correcto manejo en la ley y en la práctica forense. En el caso de los legisladores tal exigencia es mayor tomando en cuenta que ellos crean, reforman, derogan, abrogan e interpretan la ley, por lo que su creación errónea puede dar pauta a confusiones y a una utilización inapropiada en el texto legal.

Decimos lo anterior porque, a sabiendas de que el lenguaje jurídico puede tener un significado distinto al gramatical (por ejemplo: competencia, actor, tipo, etcétera), lo cierto es que existen palabras que tienen un mismo

significado, particularmente tratándose de conductas en materia penal. Por ejemplo, en el delito de adulterio previsto por el artículo 222 del Código Penal para el Estado de México, cuando el legislador emplea la palabra "cópula", el significado jurídico es el mismo que el previsto en el diccionario de la lengua española.

Más aún, en el caso del Código Penal, la razón por la cual está estructurado en varios Subtítulos y Capítulos radica en la idea de distinguir a unos delitos de otros, dependiendo del bien jurídico que tutelen en cada caso.

Tales consideraciones, pensamos, no se cumplen en el caso del delito de privación de la libertad de infante. En primer lugar, porque si el bien jurídico tutelado en dicho ilícito penal es la privación de la libertad de infante, y por tanto, la persona que cometa tal delito debe privar de tal derecho al sujeto pasivo. Sin embargo, el texto legal, apartándose de toda lógica-jurídica, en la primera parte del artículo 262 del Código Penal para el Estado de México, señala que comete el delito el familiar o extraño al menor, cuando se **APODERA**.

La pregunta que hacemos a los legisladores es: ¿No hubiera sido mejor señalar en el tipo penal "a quien siendo un extraño a su familia o un familiar, **PRIVE** de la libertad a un menor de doce años...?"

Nuestra afirmación radica en el hecho que la palabra *apoderar* significa apropiarse, adueñarse. Sin embargo, en el delito que estudiamos, el agente no se apodera o apropia del menor de doce años; no se hace dueño de él. Porque en todo caso, la acción de *apoderamiento* está bien que se emplee para el delito de robo, porque es la acción ideal para la realización de dicho ilícito penal, pero no en el delito de privación de la libertad de infante, porque lo que hace el agente es privar de la libertad al menor, no apoderarse.

Atento a lo anterior es que proponemos se reforme el primer párrafo del artículo 262 del Código Penal para el Estado de México, para quedar en los siguientes términos:

"A quien siendo un extraño a su familia prive de la libertad a un menor de doce años de edad, se le impondrán de diez a cuarenta años de prisión y de quinientos a mil días multa".

4.4. LA PUNIBILIDAD.

4.4.1. CONCEPTO.

Con frecuencia se confunden los términos *punibilidad* y *pena*, lo cual es incorrecto, pues mientras la *punibilidad* es, según Luis Rodríguez Manzanera, "la amenaza de la privación o restricción de bienes para el caso de que se realice algo prohibido o se deje de hacer algo ordenado. Esta amenaza

debe estar consignada en la ley (principio de legalidad),⁸⁷ la pena "es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico".⁸⁸

Discerniendo en lo anterior, resulta claro que la punibilidad surge del *ius puniendi* de que está investido el Estado, esto es, del derecho de sancionar a quienes cometen el delito, a cuyo efecto los legisladores prevén las sanciones a aplicar al penalmente responsable, en las propias descripciones típicas, entre un mínimo y un máximo.

En el caso de la pena, es la sanción que individualmente aplica el órgano jurisdiccional al inculpado, tomando en cuenta lo alegado y probado en la secuela procesal, así como los aspectos necesarios para la individualización de la pena, previstos en el artículo 57 del Código Penal para el Estado de México, que textualmente señala:

"El órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, fijará la pena que estime justa, dentro de los límites establecidos en el código para cada delito, considerando la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del sentenciado, teniendo en cuenta:

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la prisión, 8ª ed., Porrúa, México, 1993, p. 26

CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., p. 318.

I. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

"II. La magnitud del daño causado al bien jurídico y del peligro a que hubiese sido expuesto el ofendido;

"III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

"IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

"V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico, indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

"VI. El comportamiento posterior del sentenciado con relación al delito cometido;

"VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma;

"VIII. La calidad del activo como delincuente primario, reincidente o habitual;

"En tratándose de delitos culposos, se considerará, además:

"IX. La mayor o menor posibilidad de prever y de evitar el daño que resultó;

"X. El deber de cuidado del sentenciado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;

"XI. Si el inculcado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;

"XII. Si tuvo tiempo para desplegar el cuidado posible y adecuado para no producir o evitar el daño que se produjo;

"XIII. El estado y funcionamiento mecánico del objeto que manipulaba el agente; y

"XIV. El estado del medio ambiente en el que actuaba".

4.4.2. LA PENA CORRESPONDIENTE AL DELITO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE INFANTE. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA CUANDO EL DELITO SEA COMETIDO POR UN FAMILIAR. PROPUESTA PARA QUE SE INCREMENTE LA PENA CORRESPONDIENTE, CUANDO EL SUJETO ACTIVO TENGA DICHA CALIDAD.

La aplicación de la pena varía dependiendo de la calidad del sujeto activo o de diversas circunstancias, de donde resultan las siguientes hipótesis:

1. Cuando el agente es extraño a la familia del menor.

La pena es agravada, siendo de diez a cuarenta años de prisión y de quinientos a mil días multa.

Nos parece que dicha pena es excesiva en atención a los siguientes argumentos:

a) Es mayor a la que se impone al culpable del delito de homicidio simple y casi igual a la del homicidio calificado, siendo que los bienes jurídicos no son de igual mayor, pues mientras el que se tutela en el homicidio es el más importante (la vida), en el otro es la privación de la libertad, pero sin causar ningún daño a su integridad corporal.

b) Es mucho mayor a la que se aplica a los familiares (excepto padre y madre) que se apoderan del sujeto pasivo, siendo que en nuestra opinión debiera ser mínimo la misma, pues entre ellos no existe un vínculo afectivo que se vulnere o que debiera ser un motivo fundamental para no realizar tal conducta delictiva.

Consecuentemente, nuestra propuesta radica en modificar el primer párrafo del artículo 262 del Código Penal para el Estado de México, en la forma siguiente:

"A quien siendo un extraño a su familia se apodere de un menor de doce años de edad, se le impondrán de dos a seis años de prisión y de treinta a ciento veinticinco días multa".

2. Cuando el sujeto activo es familiar del pasivo (no padre o madre).

La pena es atenuada, aunque sujeta a dos condiciones: obrar con mala fe y no por móviles afectivos, aspectos ambos que ya los explicamos con anterioridad. Así, a los familiares que se apoderan del menor de doce años se les impone una pena de dos a seis años de prisión y de treinta a ciento veinticinco días multa.

Particularmente, nos mostramos en desacuerdo con que a los sujetos activos que tengan la calidad de familiares no se les imponga una pena mayor, comparada con la de quienes no son familiares, que resulta a todas luces excesiva.

Decimos esto porque, en nuestra opinión, los familiares son las personas que tienen un vínculo afectivo, de cariño, de sangre y de parentesco con el menor, que no tienen los extraños. Por tanto, en el momento en que un familiar comete el acto de apoderarse del menor, está traicionando esos vínculos; el cariño y la confianza del menor y de los demás familiares, a la vez de causarles un daño emocional mayor a éstos.

Porque pensamos que en tal conducta de los familiares existe una mayor maldad encerrada; una intención de causar una afectación moral e incertidumbre al menor y a su familia.

Atento a tales consideraciones, proponemos que se reforme el segundo párrafo del artículo 262 del Código Penal para el Estado de México, en los términos que se señalan:

"Cuando el delito lo cometa un familiar, que no sea el padre o la madre, y obre con mala fe y no por móviles afectivos, se le impondrán de tres a nueve años de prisión y de quinientos a mil días multa".

3. Si el menor es restituido.

Esta hipótesis se sustenta en la idea de un arrepentimiento posterior por parte del sujeto activo, después de cometido el delito, restituyendo al menor espontáneamente, a su familia o a la autoridad, dentro de tres días. Ahora bien, la pena a imponer al agente varía dependiendo de si causó o no daño al menor. Si lo causó, la pena será de seis meses a seis años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa; si no lo causó, la sanción será de tres meses a cuatro años de prisión y de treinta a cien días multa.

Dos situaciones cabe comentar al respecto:

a) El término de tres días dentro del cual la norma penal exige que el menor sea restituido se explica porque es un término que indica que el agente está actuando por arrepentimiento y no por la presión ejercida por las prácticas procedimentales, ya que es un término en el cual difícilmente se puede integrar

la indagatoria y ejercer la acción penal ante los tribunales. Esto también se tiene que vincular con el otro requisito que se exige, relativo a la espontaneidad del agente en su acto de restitución del menor.

Asimismo, debe empezar a computarse a partir de la comisión del hecho delictivo, más no del momento en que tenga conocimiento el Ministerio Público del hecho delictivo.

b) El elemento normativo *daño* contenido en el tipo penal del delito en estudio y del cual depende la pena aplicable al sujeto activo, debemos entenderlo, no en el sentido que lo maneja la legislación civil (como el menoscabo sufrido en el patrimonio), sino como las afectaciones en la salud física y mental ocasionadas al menor durante el tiempo en el cual estuvo privado de su libertad.

Lo que nos parece que resulta más difícil de valorar los daños emocionales causados al menor, porque puede suceder que los mismos tengan consecuencias posteriores. Sea como fuere, consideramos que deben ser peritos en el área médica los encargados de hacer un dictamen al respecto.

Sea como fuere, resulta evidente que la regulación penal adolece de ciertos defectos respecto al delito de privación de la libertad de infante, los cuales hemos explicado a detalle a lo largo del presente Capítulo.

Sólo nos resta decir que la labor de los legisladores es muy delicada y más tratándose del área penal, por lo que amerita un conocimiento de ciertos principios fundamentales de la Teoría del Delito, a fin de que las construcciones típicas sean adecuadas y con un lenguaje jurídico propio. Y de no ser así, nosotros como estudiantes del derecho hacer el estudio respectivo de donde se obtengan algunas aportaciones que puedan tomarse en cuenta.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito de privación de la libertad de infante tiene como bien jurídico tutelado la libertad y seguridad del menor de doce años.

SEGUNDA.- Los sujetos activos del delito son los familiares y extraños al menor; mientras que el sujeto pasivo es el menor de doce años.

TERCERA.- El elemento objetivo del tipo penal del delito de privación de la libertad de infante es la conducta de apoderamiento; los sujetos activo y pasivo, y sus calidades respectivas (familiar y extraño a la familia).

CUARTA.- El elemento normativo del tipo penal en estudio es la *familia*, a la cual podemos concebir como el conjunto de personas que tienen un vínculo de parentesco con el menor de doce años.

QUINTA.- El elemento subjetivo del tipo penal del delito de privación de la libertad de infante son la mala fe (intención de causar un daño) y móviles afectivos (por razones de cariño y amistad) con que actúa el sujeto activo (familiar) al apoderarse del menor.

SEXTA.- Existe una inadecuada estructuración del tipo penal de privación de la libertad de infante por parte del legislador, no sólo por cuanto a

la descripción de la conducta, sino a la sanción a imponer al penalmente responsable.

SÉPTIMA.- Resulta incorrecto que en el tipo penal del delito de privación de la libertad de infante se establezca que la conducta del activo es de apoderamiento del menor, cuando debiera señalarse que es de privación de su libertad, lo cual es más congruente con el bien jurídico que se tutela y con la naturaleza de la acción. Por ello, la propuesta consiste en reformar el primer párrafo del artículo 262 del Código Penal para el Estado de México, para quedar como sigue: *"A quien siendo un extraño a su familia prive de la libertad a un menor de doce años de edad, se le impondrán de diez a cuarenta años de prisión y de quinientos a mil días multa"*.

OCTAVA.- La pena que se impone a quien priva de la libertad al menor, cuando es familiar, es atenuada, en comparación a la que se impone a quien no es familiar, lo cual no se justifica en virtud de que el primero no sólo lesiona el bien jurídico tutelado, sino que es una persona que tiene un vínculo afectivo y de parentesco con el sujeto pasivo, el cual quebranta, siendo su actuar mayormente de mala fe.

Por ello, proponemos que se reforme el párrafo primero del artículo 262 del Código Penal para el Estado de México, en la forma siguiente: *"Cuando el delito lo cometa un familiar, que no sea el padre o la madre, y obre con mala*

fe y no por móviles afectivos, se le impondrán de tres a nueve años de prisión y de quinientos a mil días multa”.

NOVENA.- La pena aplicable al sujeto activo que no es familiar del menor debe disminuirse, aplicando el razonamiento previsto en la conclusión anterior, a contrario sensu. Por consiguiente, proponemos que se reforme el segundo párrafo del artículo 262 del Código Penal para el Estado de México, en los términos que se señalan: *“A quien siendo un extraño a su familia se apodere de un menor de doce años de edad, se le impondrán de dos a seis años de prisión y de treinta a ciento veinticinco días multa”.*

BIBLIOGRAFÍA

ARILLA BAS, Fernando, El Procedimiento Penal en México, 17ª ed. Porrúa, México, 1997.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, Derecho de Familia y Sucesiones, 3ª ed., Harla, México, 1990.

BORJA, Rodrigo, Derecho Político y Constitucional, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

BURGOA ORIHUELA Ignacio, Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo, 2ª ed., Porrúa, México, 1989.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, 18ª ed., Porrúa, México, 1995.

CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 38ª ed., Porrúa, México, 1997.

CHAVÉZ ASENCIO, Manuel, La Familia en el Derecho, 1ª ed., Porrúa, México, 1984.

COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 15ª ed., Porrúa, México, 1995.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Tratado sobre las Pruebas Penales, 3ª ed., Porrúa, México, 1982.

Diccionario Jurídico Espasa, Espasa, Madrid, 1999.

FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, 36ª ed., Porrúa, México, 1997.

GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Larousse, México, 1980.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Yolanda, Prontuario del Proceso Penal Mexicanos, 5ª ed., Porrúa, México, 1993.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, 2ª ed., Lozada, Argentina, 1956.

OCHOA OLVERA, Salvador, Derecho de Prensa. Libertad de Expresión. Libertad de Imprenta. Derecho a la Información, Montealío, México, 1998.

OSORIO Y NIETO, César Augusto, La Averiguación Previa, 8ª ed., Porrúa, México, 1997.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal Mexicano, 13ª ed., Porrúa, México, 1997.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 16ª ed., Porrúa, México, 1994.

RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, 25ª ed., Porrúa, México, 1997.

ROUSSEAU, Juan Jacobo, El Contrato Social, 3ª ed., Editores Unidos Mexicanos, México, 1984.

SÁNCHEZ ANDRADE, Eduardo, et. al., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, U.N.A.M., México, 1985.

VELA TREVIÑO, Sergio, Culpabilidad e inculpabilidad, 2ª ed., Trillas, México, 1990.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 5ª ed., Porrúa, México, 1990.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Estado de México.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.