

40721
259



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

**“LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA SUSTRACCIÓN
DE MENORES EN EL CASO DE QUIEN EJERZA LA
PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ARACELI LÓPEZ DURÁN

ASESOR: LIC. JUAN JESÚS JUÁREZ ROJAS

ESTADO DE MÉXICO

JUNIO 2003

A

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

Al llegar este momento tan importante, en primer lugar quiero agradecer a Dios, la gran oportunidad que me ha brindado al darme la vida, por iluminar mi sendero, por acompañarme en cada uno de mis pasos y colmarme de motivos para ser feliz.

Con gran amor, reconocimiento y agradecimiento infinito a mis padres Margarita y Enrique, por ser parte fundamental en mi desarrollo, por apoyar e impulsar mis metas y sueños, ya que sin su ayuda no habría sido posible superar este gran reto. Para ustedes mi esfuerzo y dedicación, porque por medio del amor han forjado la persona que ahora soy. Gracias por su cariño y por darme el orgullo y privilegio de ser su hija.

A mi hermana Verónica, por su apoyo constante y su cariño interminable, porque juntas hemos logrado vencer los obstáculos del camino y por ser siempre y en todo momento para mí, ejemplo de nobleza, fuerza y amor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

B

A mi cuñado Saúl, por su optimismo y entusiasmo que me ha brindado y sobre todo por ser la persona que es, llenando de felicidad y amor la vida de su familia.

A mis sobrinos, Mauricio y Ángel por enseñarme a ver lo más hermoso de la vida a través de sus ojos, son ellos los que me hacen buscar la justicia y luchar por conseguir un mundo perfecto donde puedan vivir.

A mi primo Juan José Q.P.D., por contagiarme siempre su alegría y compartir el amor al estudio. Para tí con el respeto y cariño de siempre, porque te consideré mi hermano mayor, siempre te recordaré.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

C

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A mis tíos, por el cariño y apoyo que me han brindado, gracias por demostrarme que el vínculo que nos une se encuentra cimentado en el cariño, haciendo que formemos la familia que somos.

A mi sobrina Andrea, que ha sido el motivo y razón de este trabajo, ojalá algún día lo tengas en tus manos y en ese momento te des cuenta que guardo tu recuerdo con gran amor y que siempre te tengo presente.

A mi asesor de tesis, Lic. Juan Jesus Juárez Rojas, con admiración y respeto por su amplia sabiduría y afán de enseñanza, que muestra al dirigir este trabajo, transmitiendo parte de sus conocimientos hasta la culminación del mismo.

A la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, por haberme alojado en su seno y por permitirme llegar a esta meta en mi vida profesional, gracias por darme la oportunidad de formar parte del universo del conocimiento que es la Universidad Nacional Autónoma de México.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I.

**ANTECEDENTES DE LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD EN EL
ÁMBITO NACIONAL.**

	PÁG.
1.1 Época precolombina	2
1.2 Época de la conquista	7
1.3 Época de la independencia	13
1.4 Evolución de la figura delictiva en el Código Penal	16
1.4.1 Código Penal de 1871	16
1.4.2 Código Penal de 1929	19
1.4.3 Código Penal de 1931	21
1.5 Descripción típica del Código Penal para el Distrito Federal	23

CAPÍTULO II.

**LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

2.1 Formas de privación ilegal de la libertad atendiendo al móvil	30
2.1.1 Por retención	33
2.1.2 Por motivos afectivos (sexuales) : Rapto	39
2.1.3 Con fines económicos	45

a) Secuestro	46
b) Tráfico de menores	56
2.1.4 Por motivo afectivo-filial, en razón del parentesco	60
2.1.5 Con fines de ocultación; cometido por un servidor público	65

CAPÍTULO III.

SUSTRACCIÓN DE MENORES EN EL CASO DE QUIEN EJERZA LA PATRIA POTESTAD.

3.1 Delito con particularidad del sujeto pasivo: el menor, así como del sujeto activo: los padres	70
3.2 Retención y sustracción del menor de acuerdo al Capítulo VI del Título Cuarto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal	74
3.3 Violencia y maltratos al menor como objeto del hecho delictivo. 78	78
3.3.1 Violencia y maltrato infantil en nuestro país	79
3.3.2 La violencia doméstica como una forma de maltrato infantil	86
3.3.3 Sustracción del menor como consecuencia de la violencia intrafamiliar y de los conflictos entre cónyuges	92
3.4 La familia como principal fuente de apoyo y protección al menor	97
3.5 Análisis de la patria potestad usada como defensa ante la ley ..	100
3.6 Consecuencias físicas y psicológicas que repercuten en el menor sustraído	106

3.7 La venganza como fin del delito	109
3.8 Propuesta para la regulación jurídica de la sustracción de menores en el caso de quien ejerza la patria potestad	112

CONCLUSIONES 119

BIBLIOGRAFÍA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

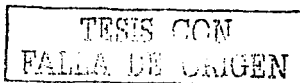
La libertad es el atributo del ser humano de mayor importancia, después de la vida, sin distinción de sexo, raza, edad o condición social. Esta facultad, esta característica o signo inherente a la esencia del ser humano, este albedrío, es tutelado en el Derecho Penal por ser condición necesaria para el completo desarrollo de la persona.

El Derecho ha protegido esta facultad a través de diversos tipos penales, que han ido surgiendo en función de la evolución y necesidades de la sociedad.

La libertad es el bien jurídico que principalmente se tutela y se sanciona con las máximas penas a quien prive de este derecho a determinada persona y más aún la pena aumenta considerablemente cuando el delito se comete contra un menor de edad.

Es por esta razón que nos parece necesaria la regulación jurídica del tema a tratar en este trabajo, que se refiere a la sustracción de menores cuando el delito sea cometido por quien ejerza la patria potestad sobre el menor, por tratarse de una conducta que se presenta cada vez con más frecuencia en nuestro país y aqueja de manera considerable a nuestra sociedad, tomando como base que la célula primaria y fundamental de ésta, es la familia.

H



Esta problemática se ha extendido debido a la facilidad que el hecho ofrece y a las nulas probabilidades de castigo, además por la protección con la que cuenta el sujeto activo, mismo que se escuda y protege ante la ley con la figura de la patria potestad.

Es importante señalar que los padres son los encargados de proporcionar un ambiente sano, una familia, que debe ser el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños. Y en este delito el menor es tratado como un objeto del cual pueden valerse para dañar a su cónyuge o persona con la que comparte la patria potestad del menor, cuando han surgido problemas y conflictos graves entre ellos.

Hay que tener en cuenta que el fin de este delito es únicamente la venganza y el agente encuentra en el menor el instrumento perfecto en el cual puede vertir su coraje y frustraciones y por ello hace al niño víctima de violencias tanto físicas como psicológicas que se dan desde el mismo momento de la sustracción y que continúan a lo largo de la vida de las víctimas y que dejarán su huella en la personalidad del menor.

Es por estas aseveraciones que consideramos que a los padres que incurran en esta conducta deben de sancionárseles con mayor severidad, pues son ellos los obligados por ley a procurar un ambiente de bienestar y seguridad a sus hijos.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD EN EL ÁMBITO NACIONAL

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el presente capítulo, se hará referencia a los antecedentes de la privación ilegal de la libertad, tomando en consideración desde la época precolombina, y analizando las conductas que en las culturas prehispánicas eran tomadas como delitos dentro de su sistema jurídico penal y dado que éste era principalmente consuetudinario, se tienen pocos conocimientos sobre su derecho.

Posteriormente se estudiará la época de la Conquista, así como la época de la Independencia, se estudiarán los Códigos Penales de 1871, el de 1929 y por último el de 1931, hasta llegar a la descripción típica actual del Código Penal para el Distrito Federal.

En la historia de la humanidad la privación ilegal de la libertad dió lugar a múltiples denominaciones: detención arbitraria, detención ilegal, cárcel privada, secuestro extorsivo, robo de personas y otras acepciones.

Desde los tiempos prehispánicos hasta nuestros días el derecho penal ha sufrido diversas transformaciones que van en función de los requerimientos imperantes en los distintos momentos históricos.

Resulta indispensable dicha transformación debido a que la sociedad va evolucionando y el derecho debe cambiar atendiendo a las necesidades de la humanidad, para que pueda existir equilibrio y sobre todo justicia social.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.1 Época Precolombina.

Cuando se trata de derecho mexicano, "generalmente se omite la época anterior a la Conquista porque se estima que no tiene relación alguna con nuestro actual cuerpo de leyes".¹

Respecto a este punto se debe tomar en cuenta que el derecho es un fenómeno social, un resultado de los factores que actúan en el desenvolvimiento de los grupos humanos, entonces se torna indispensable ocuparse del derecho observado entre los indígenas antes de la Conquista, porque el derecho es una de las expresiones de la cultura de un pueblo determinado; se transforma a la par del pueblo que lo crea y debe decirse que en nuestro derecho escrito actual sobreviven conceptos y normas del derecho prehispánico.

Es muy poco lo que realmente conocemos de nuestro derecho indígena anterior a la Conquista debido fundamentalmente a tres factores:

- A su carácter de sistema jurídico consuetudinario, lo cual hace, si no se pone por escrito, que el mismo tienda a perderse con el paso del tiempo;
- La destrucción de la mayor parte de fuentes de conocimiento y demás testimonios originales durante la Conquista;

¹Mendieta Lucio y Núñez, *El Derecho Precolonial*, Editorial Porrúa. 6a. Ed., México, 1992. pág. 25

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Y porque, a medida que avanzó la dominación española en nuestra patria, los indios se vieron en la necesidad de ir abandonando sus costumbres para adoptar las europeas y si bien es cierto que aquéllas no las perdieron totalmente, la mayor parte sí se abandonó.

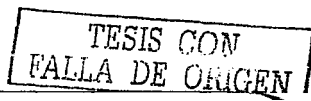
Por tales motivos es muy poco lo que se sabe acerca de la evolución de sus instituciones y menos aún sobre las fechas y acontecimientos a los cuales pueda referirse, pero intentaremos puntualizar apegándonos a la doctrina, sobre cuáles eran las conductas delictivas y si dentro de éste sistema jurídico se contemplaba la figura de la privación ilegal de la libertad.

Los cronistas e historiadores conceden mayor atención a los reinos de México, Texcoco y Tacuba, porque eran los más civilizados y los más fuertes.

Estos reinos extendieron sus dominios porque formaron una triple alianza defensiva y ofensiva que les dió mayor poder, y "las leyes que los regían fueron bien pronto imitadas por todos los pueblos sometidos, o les fueron impuestas".²

Las culturas prehispánicas presentaban importantes elementos culturales comunes, como lo eran la agricultura del maíz que por su importancia adquirió una dimensión religiosa; el juego de pelota, también contaba con significación religiosa; así como los sacrificios humanos que eran necesarios para suministrar la sangre exigida por los dioses.

²Kohler J., *El Derecho de los Aztecas*. Traducción del alemán por el Licenciado Carlos Rovalo y Fernández. Edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. México, 1924. pág. 4



La religión desempeñó una función central en esas sociedades que eran teocráticas y militares.

En nuestra opinión, debido al apego y respeto que se tenía a la religión estas sociedades se conducían con mayor rectitud, situación que se veía reflejada en el índice delictivo de esa época, ésto tomando en consideración la gravedad de las penas, que a diferencia de nuestro actual cuerpo de leyes penales, aquéllas sí tenían una función ejemplificativa.

Son dos los grupos de delitos sobresalientes: las violaciones que se hacían a las reglas de la vida antigua y tradicional y las ofensas al soberano.

El robo y la embriaguez se sancionaban con demasiado rigor.

Los castigos que se imponían a los diversos delitos eran principalmente la muerte, la esclavitud y las penas infamantes.

Carlos H. Alba³ considera que los delitos podrían clasificarse de la siguiente manera:

1. Delitos contra la seguridad del imperio;
2. Delitos contra la moral pública;
3. Delitos contra el orden de las familias;
4. Delitos cometidos por funcionarios públicos;

³Citado por Azzolini Alicia y De la Barrera Solórzano Luis, *EL Derecho Penal Mexicano Ayer y Hoy*, Instituto de capacitación de la Procuraduría General de la República. México, 1993. pág. 19

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

5. Delitos cometidos en estado de guerra;
- 6. Delitos contra la libertad y la seguridad de las personas;**
7. Delitos cometidos en usurpación de funciones y uso indebido de insignias;
8. Delitos contra la vida y la integridad de las personas;
9. Delitos sexuales, y
10. Delitos contra las personas en su patrimonio.

Muchos actos considerados como delitos que están fuera de esta enumeración y que se citan a manera de ejemplo son los siguientes:

El que hacía esclavo a un niño libre-perdía a su vez la libertad, y con el precio que daban por él, se restituía al comprador del niño lo que por él había dado, y el resto se aplicaba a éste para su educación; la mentira se consideraba como delito y la pena era la muerte; eran agravantes en algunos delitos la juventud, la nobleza y la profesión militar; y eran atenuantes en algunos casos la embriaguez y el perdón del ofendido o de los deudos de éste.

En lo tocante a nuestro tema, que es la privación ilegal de la libertad, podemos observar que en éstas culturas genéricamente estudiadas podría encuadrar en los delitos contra la libertad, pero debemos tener en consideración que la esclavitud era una conducta tomada de alguna manera como legal dentro de su sistema jurídico penal, ya que era el castigo o pena que se imponía al cometer ciertos delitos y por lo tanto se permitía esta privación de libertad y en otros casos los pueblos conquistados pasaban a ser esclavos del poder más fuerte y sus dominios se extendían hasta los seres humanos, es decir, existían esclavos de guerra.

Se puede concluir que cuando a determinado pueblo se empezaron a sumar elementos extraños llegados de otros pueblos y nuevas familias aumentaron la población de los reinos, esta gente carecía de patrimonio y éstos vivieron alquilando su trabajo y cuando la situación llegó a ser insostenible, los mercados de esclavos se llenaron de gente que renunciaba a su libertad para no renunciar a la vida.

Mientras perduró la esclavitud fué muy frecuente el robo de hombre para ser vendido como esclavo y alcanzar un lucro, siendo esta situación el antecedente del delito de secuestro.

Podemos resumir que todo el sistema jurídico y social era un reflejo de la conciencia popular, todas sus leyes, cada una de las instituciones establecidas se debía a las circunstancias que imperaban en esa época y que respondían a esas necesidades.

Como se mencionó anteriormente la estricta aplicación de la ley que alcanzaba tanto a los más poderosos así como a los débiles, hacía que el Derecho fuera respetado por toda la comunidad y que esta lo aceptara y tuviera la conciencia de tomarlo como obligatorio.

Gracias a esto pudieron sostenerse aquéllas sociedades primitivas en un estado de relativo orden y moralidad, ya que la pena de muerte decretada para casi la totalidad de los delitos, era un ejemplo que cohibía a las masas manteniéndolas en absoluta moderación.

En muchos aspectos, la información sobre la materia jurídica es incompleta y oscura, debiéndose estos defectos a que los cronistas e historiadores que primero llegaron a México, -sacerdotes en su mayoría- no siendo peritos en Derecho, trataron este aspecto de la vida de los pueblos conquistados de un modo superficial.

1.2 Época de la Conquista.

El proceso del descubrimiento y conquista del Nuevo Mundo significó para la Corona española no solamente la incorporación de nuevas extensiones de tierra sino, además, la de los indígenas al mundo cristiano de Occidente. Para los indígenas representó el fin de su organización socio-política.

Se inicia una etapa caracterizada por el control del poder en manos de los conquistadores. Se genera una sociedad de conquista en la que el premio es la explotación de los dominados, aún cuando se contrariaban las órdenes de la Corona, ya que en 1523 Cortés recibe orden real que prohíbe las encomiendas,⁴ pero invariablemente estas persistieron.

"La sociedad novohispana se organizaba desde la metrópoli bajo una estructura centralizada de poder, pero la diversidad de los grupos étnicos que

⁴En la encomienda, el indígena era el "encomendado" a un español para que éste lo evangelizara y protegiera a cambio del derecho a recibir tributos y servicios personales del protegido.

la componen y las diferencias geográficas hicieron que las leyes dictadas desde España debieran adaptarse a la compleja realidad Indiana".⁵

Las Indias Occidentales quedaron incorporadas a la Corona de Castilla, por lo que el derecho castellano fué el que reguló durante los primeros momentos de la conquista.

Posteriormente se requirió de normas específicas que fueron dictadas por el rey, el Concejo de Indias y las autoridades locales con aprobación del monarca, lo que marcó el nacimiento de las Leyes de Indias.

El orden de prelación en que debían aplicarse los distintos ordenamientos en el territorio americano fué el siguiente:

1. El derecho originario de cada virreinato, incluido el derecho indígena.
2. El derecho especial o disposiciones dictadas por el monarca sobre materias en particular o para instituciones determinadas.
3. La Recopilación de Leyes de Indias de 1680.

En carácter supletorio, se aplicaría el derecho castellano compuesto por: Recopilación de las Leyes de Castilla, Leyes de Toro, Ordenamiento de Montalvo, Ordenamiento de Alcalá, Fueros Municipales y Personales, Leyes de Estilo, Fuero Real y Siete Partidas.

⁵Azzolini Alicia. Op.Cit., pág. 22

Por lo que respecta a nuestro tema, estudiaremos estas leyes u ordenanzas de manera genérica y abordaremos lo relativo a la privación ilegal de la libertad.

El Fuero Viejo de Castilla era llamado también *Fuero de los Fijosdalgo y Libro de las Fazañas, Alvedrios y Costumbre Antigua de España* y en cuanto a las disposiciones que contiene fundamentalmente consiste en el registro de los derechos de la nobleza.

El libro I trata de las relaciones de los fijosdalgo con el rey. En el libro II trata especialmente de los delitos, pero no se encuentra ningún delito que tenga relación con el tema que nos ocupa, no se establecía en estas leyes la privación ilegal de la libertad.

El Fuero Real llamado también *Fuero de las Leyes, Fuero del Libro y Libro de los Concejos de Castilla*, "fué destinado a servir de Código a los territorios que no tenían fuero especial y que, por haber dejado de aplicarse el Fuero Juzgo, se regía por el derecho consuetudinario".⁶

Este se divide en cuatro libros, subdivididos en setenta y dos títulos y el derecho penal está tratado en el libro IV.

⁶Macedo S., Miguel , *Apuntes para la Historia del Derecho Penal*, Editorial CVLTVRA, México, 1937 pág. 85

Se establecía el caso del rapto que se sancionaba con la pena de muerte y se distiguió con superior discernimiento el caso de que el rapto hubiese sido o no seguido de comercio carnal.

En este caso podemos observar la severidad con la cual se castigaba el delito de rapto tomado desde luego como una privación ilegal de la libertad y también como un delito con carácter sexual.

En las Partidas también llamadas *Septenario y Siete Partidas*, éstos nombres se deben a que la obra estaba dividida en siete partes, en la partida VII encontramos el tratado de derecho punitivo penal, esto es, el código penal y en este punto la influencia romanista es considerablemente importante, apareciendo en algunas ocasiones como una retrogradación a doctrinas que el derecho español ya había mejorado, como sucede en el caso del rapto y la violación que las partidas castigan con la pena de muerte.

De los títulos consagrados al derecho penal vamos a mencionar lo que respecta a nuestro tema como lo es el título XIV que trata *De los hurtos; e de los sieruos que furtan a si mesmos; e de los que los consejan, o los esfuerzan, que fagan mal; e de los guardadores que fazen furto a los menores*. Como también en las legislaciones contemporáneas se designa con el nombre especial de delito de abuso de confianza, el de peculado y el robo de infante o de esclavo.

Podemos observar que ya se contempla como delito el robo de infante y esta situación se puede tomar como uno de los primeros antecedentes de sustracción de menores.

El Título XX trata *De los que fuerzan, o llevan robadas las virgines, o las mugeres de orden, o las bludas que bluen honestamente*. Este título tiene por objeto los delitos de raptó y violación, contra los que se concede también acción popular. Su pena era como ya lo mencionamos la de muerte, con pérdida de todos los bienes.

La Recopilación de Indias comprende una mínima parte de la labor legislativa de los dos primeros siglos de la dominación española, "es el código español de mayor número de leyes, pues contiene 6447, en tanto que las Partidas sólo llegan a 2479 y la Novísima Recopilación tiene 4036".⁷

Consideramos que esta abundancia de leyes hizo sentir muy pronto la necesidad de reunir las en colecciones más o menos ordenadas y metódicas para hacer posible su consulta, pues estas se encontraban dispersas.

La Recopilación de Indias está compuesta de nueve libros, divididos en títulos que se forman de leyes numeradas y que a semejanza de las otras compilaciones de la época, llevan sumario o epígrafe indicativo de su disposición, con mención del monarca en cuyo nombre se expidieron y del lugar y fecha de su autorización. Los títulos llevan rúbricas en que se da a conocer la materia de que tratan; pero los libros carecen de ellas.

El libro VII está compuesto de sólo ocho títulos, trata de derecho penal y de materias de policía y prisiones relacionadas con él y en otros libros encontramos disposiciones de carácter penal muy interesantes.

⁷Macedo S., Miguel. *Op. Cit.*, pág. 161

El título VIII trata de los delitos y penas y su aplicación y sólo contiene veintiocho leyes y aunque al parecer de poca importancia, nos sirve para conocer las peculiaridades del derecho penal colonial, es decir, las modificaciones que al derecho español se hacían en su aplicación en las colonias.

Las penas pecuniarias impuestas por las leyes de Castilla se duplicaban en las Indias.

Es posible concluir que el sistema de justicia penal colonial fué lento e inequitativo, ya que en el momento de que determinada persona era juzgada, los españoles no eran azotados y los que no lo eran, sí; además de que valía más la palabra de un español que la de un indígena.

Así mismo se concluye que el menor carecía de derechos específicos pues era considerado sólo como un objeto, ya que en ésta época los padres vendían a los niños como esclavos o los explotaban como mano de obra barata, observándose aquí un gran atentado a la vida y libertad de los menores, debido a la idea de que el padre tenía poder sobre la vida de su hijo.

También observamos la diferencia de las penas ya que en el derecho prehispánico se utilizaba mucho la pena de muerte así como la mutilación y en la Colonia prácticamente no se aplicaron estas penas ya que el gobierno prefería poner a los delincuentes a prestar trabajos útiles.

Por otro lado también vemos un arraigo muy marcado a la religión, como lo podemos confirmar con la implantación de la Inquisición que

propiamente no se ocupó de delitos sino de *pecados* pero tanto su procedimiento que era lento y secreto, como las sanciones, eran semejantes e incluso más severas que las de las normas penales de justicia estatal e incluían la tortura como medio para obtener una confesión.

1.3 Época de la Independencia.

En la primera mitad del siglo XIX la independencia de las colonias fué resultado de la suma de factores estructurales y coyunturales que hicieron posible el despertar de los pueblos.

El centralismo de la Corona española en el poder, la existencia de un clero alto y bajo y otros factores aunados a la propagación de las ideas de la Revolución Francesa, dieron lugar al levantamiento de los sectores criollos de las distintas ciudades hispanoamericanas. Todos estos movimientos culminaron con la respectiva declaración de independencia.

El ordenamiento jurídico del México Independiente sigue los avances y "se elaboran distintos cuerpos constitucionales que receptan, las garantías individuales propias de la Ilustración ya consagradas, muchas de ellas por la Constitución de Cádiz de 1812".⁸

⁸Margadant S., Guillermo, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, UNAM, México, 1996, pág. 142

En cuanto a la legislación penal siguió aplicándose la vigente en la colonia con las normas y modificaciones que dictaron los gobiernos independientes.

En los años posteriores se intentó codificar la legislación penal y en 1852, se elabora un proyecto de Código Penal Federal que muestra su carácter conservador al incluir los delitos contra la religión.

Durante el imperio de Maximiliano en 1865, se intentó implantar los códigos penal y de procedimientos penales de Francia, mismos que no llegaron a tener vigencia debido a la derrota de la monarquía.

Una vez restaurada la República, se nombró Comisión para redactar el Código Penal, que sería sancionado en 1871.

Este Código es extenso y consta de 1152 artículos, y establece:

- a) Distinción entre delitos y faltas
- b) Grados de delito y de responsabilidad, intención y culpa
- c) Circunstancias excluyentes de responsabilidad
- d) Catálogo de atenuantes y agravantes con valor progresivo matemático
- e) Un catálogo de penas entre las que se incluye la de muerte y se enumeran separadamente, las penas para delitos políticos
- f) Enumeración especial de medidas preventivas
- g) Libertad preparatoria
- h) Reglas para la sustitución, reducción y conmutación de penas

- i) La acción para la reparación del daño civil como acción privada ejercitable por el ofendido o sus sucesores
- j) La parte especial se encabeza con los delitos patrimoniales.

Las disposiciones dictadas en materia penal, constituyen un conjunto bastante completo, pues se suprimió la Inquisición y se reglamentó la portación de armas y el uso de bebidas alcohólicas, así como medidas represivas de la vagancia y la mendicidad y se trató de organizar la policía.

Durante este período en estudio se formaron como ya se mencionó diversos códigos de contenido penal en todo el territorio mexicano, siendo el más importante el de 1871, que contiene normas relativas a la materia que nos ocupa y que analizaremos en el siguiente apartado.

Podemos concluir, con respecto al tema central de este trabajo y debido a que no hemos encontrado específicamente leyes que brinden una protección para el menor que ha sido objeto del delito de privación ilegal de la libertad, que el niño o menor ha carecido históricamente, de reconocimiento y protección jurídica, ya que se hace evidente, que los menores han sido objeto de maltrato en muy diversas épocas, civilizaciones y pueblos.

La situación social del niño se ha caracterizado por una falta total de derechos, por un abandono y una falta de reconocimiento del ser social del menor.

TESIS CON
FALLA DE CARGEN

1.4 Evolución de la figura delictiva en el Código Penal.

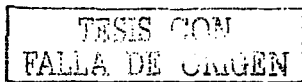
Los delitos que comprenden la privación ilegal de la libertad han sufrido diversas modificaciones a lo largo de las distintas épocas en que se han desarrollado las sociedades y se ha visto la necesidad de regular más ampliamente o específicamente este tipo de conducta que ataca la libertad personal, un principio inalienable y esencial atributo de la dignidad humana.

En México, ante la gravedad e incidencia de este delito durante el siglo pasado, se empezó a regular a partir del Código Penal de 1871. En el siglo XX, el auge que ha tenido en nuestro país este tipo de delitos es reciente.

Y una de las razones que explica el dramático crecimiento de ésta actividad ilícita es la impunidad con que cuenta el sujeto activo dependiendo de cada una de las formas en que se presente la privación ilegal de libertad, así como también las pocas probabilidades de castigo.

1.4.1 Código Penal de 1871.

La Comisión que se nombró en 1869 para que redactara el Código Penal era presidida por Martínez de Castro, que fué sancionado en 1871 y que regiría hasta 1929.



Este Código "ha sido catalogado como el típico representante de la Escuela Clásica, portador de la ideología retributiva",⁹ afirmación que ha sido sustentada en el principio de que la pena estaba prevista conforme a la gravedad del delito y no al interés del delincuente.

En el artículo 626 encontramos lo relativo al plagio y se enuncia de la siguiente manera:

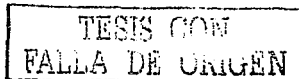
"Art. 626.- El delito de plagio se comete: apoderándose de otro, por medio de violencia, amagos, de amenazas, de la seducción o del engaño:

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

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

Como se observa la descripción típica del Código de 1871 no varía tanto de la actual, sólo que en la primera se especifica el hecho de que se prive de la libertad con el propósito de vender a la persona o ponerlo contra su voluntad al servicio público o engancharlo en el ejército de un país extranjero, situación que no se menciona en el actual Código Penal, ya que es más genérica.

⁹Azzolini Alicia. Op.Cit., pág. 31



En relación a este delito, el Código lo sancionaba en su artículo 628, fracción IV con la pena capital, sanción con la cual estamos de acuerdo cuando el plagiado resulte herido o muerto, tal y como lo prevé el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

El artículo 631 menciona que en todos los casos en que no esté señalada la pena capital; se tendrán como circunstancias agravantes de la, 2a, 3a o 4a clase, que el plagiario deje pasar más de tres días sin poner en libertad al plagiado; el haberle maltratado de obra; o haberle causado daños o perjuicios.

En los artículos 808 al 815 se encontraba regulado el delito de rapto, una forma también de privación ilegal de la libertad como se verá más adelante.

"Art. 808.- Comete rapto: el que contra la voluntad de una mujer se apodera de ella y se la lleva por medio de la violencia física o moral, del engaño ó de la seducción, para satisfacer algún deseo torpe ó para casarse."

En el artículo 812 se menciona que cuando al dar el raptor su primera declaración, "no entregue a la persona robada ni de noticia del lugar en que la tiene, se va a agravar la pena (cuatro años de prisión y multa de 50 a 500 pesos) con un mes más de prisión, por cada día que pase hasta que la entregue o de la noticia mencionada".¹⁰

¹⁰Hernández López, Aarón , *Comentarios a la Ley Penal de 1871*, Editorial Porrúa, México, 2000. pág. 223



Este delito se perseguía por querrela de la mujer ofendida, de su marido si era casada, o de sus padres si no lo era, o por queja de sus abuelos, hermanos o tutores. Si no se cumplía con este requisito no se podía proceder criminalmente contra el raptor.

1.4.2 Código Penal de 1929.

El Código Penal de 1929 consta de 1233 artículos, de los cuales cinco son transitorios.

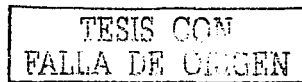
Fué virtualmente imposible su aplicación dadas sus deficiencias técnicas: fallas de redacción y estructura , reiterados reenvíos, duplicidad de conceptos e incluso notorias contradicciones.

José Almaraz que fué el autor principal, reconoció, que "es un Código de transición y como tal, plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes",¹¹ y es el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito con base en la defensa social e individualización de sanciones.

El Código de 1929 establecía en su artículo 161:

a) Grados de delito y de la responsabilidad;

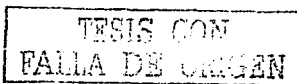
¹¹Azzolini Alicia. Op.Cit., pág. 35



- b) Catálogo de atenuantes y agravantes;
- c) Arbitrio judicial muy restringido;
- d) Prisión con sistema celular;
- e) La responsabilidad social en sustitución de la moral en los enajenados mentales;
- f) La supresión de la pena de muerte;
- g) La multa basada en el sistema de utilidad diaria del delincuente;
- h) La condena condicional;
- i) La reparación del daño exigible de oficio por el Ministerio Público, pero con la facultad de los particulares de exigirla en determinados casos;
- j) Un estado peligroso que en realidad no lo era, al menos en el sentido de peligrosidad y por tanto sanción sin delito, pues se consideraba en tal estado a todo aquél que sin justificación legal cometa un acto de los estipulados con una sanción en el Libro III, aun cuando haya sido ejecutado por imprudencia y no consciente y deliberadamente.
- k) Individualización judicial de acuerdo con la siguiente regla: Dentro de los límites fijados por la ley los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando éste como un síntoma de la temibilidad del delincuente.

En el artículo 868 se encuentra regulado el delito de rapto, que se encuentra dentro del rubro de delitos contra la libertad y que a la letra dice:

"Art. 868.- Comete el delito de rapto: el que se apodera de una mujer por medio de la violencia física, del engaño o de la seducción, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse."



En el caso en que el raptor en su primera declaración no entregue a la mujer raptada ni de noticia del lugar en donde se encuentra, se agravará la sanción hasta por diez años.

Como podemos observar la pena se incrementó respecto del Código de 1871 que estipulaba una pena en este mismo caso de sólo cuatro años.

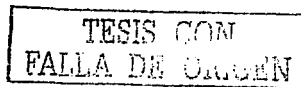
También nos marca en el artículo 874 que no se procederá contra el raptor sino por queja de la mujer ofendida o de su marido, si fuera casada y si se trata de una menor de edad, por queja de quien ejerza la patria potestad.

Este Código permaneció vigente sólo un par de años y "tan breve vida se explica por su inaplicabilidad",¹² ésto en razón de que se trataba de un Código transitorio.

1.4.3 Código Penal de 1931.

El Código Federal de 1931 fué elaborado por una comisión de la que formaron parte Alfonso Teja Zabre, José López Lira, José Angel Centiceros y Luis Garrido. Fué sancionado sin exposición de motivos, el 2 de enero de 1931 y con múltiples reformas que no alteran esencialmente su orientación.

¹²Azzolini Alicia. Op.Cit., pág. 36



Contaba este Código de 1931 en un principio con 390 artículos, en contraste con el de 1929 que tenía 1233 y presenta entre otras características:

- Que conserva la extensa lista de sanciones que provienen del Código de 1871;

- Admite la pena de prisión hasta por cuarenta años;

- Acoge el sistema de reincidencia, otorgándole un aumento a la punición especificada y en cualquier caso el efecto agravante es mayúsculo comparado con el Código anterior;

- Los menores permanecen sometidos a medidas penales, posteriormente se les saca del Código Penal y se les introduce en la ley que crea los Consejos Tutelares de Menores Infractores;

- Se autoriza también en el texto inicial, la retención hasta por una mitad más del tiempo señalado en la punición, a juicio de la autoridad carcelaria;

- Se sancionan los tipos de vagancia y malvivencia y la reforma de 1992 deroga estas figuras.

- Algunas hipótesis de delitos contra la seguridad del Estado posibilitan una mayor punición para tales delitos que para el homicidio.

En lo referente a la privación ilegal de la libertad, como mecanismo para obtener dinero, se difundió rápidamente en Latinoamérica a partir de la década de los 60' y principios de los 70', cuando se dio la primera ola de secuestros.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.5 Descripción típica del Código Penal para el Distrito Federal.

Dentro del Código Penal para el Distrito Federal, el Título Vigésimo Primero, trata de la privación ilegal de la libertad y de otras garantías y se encuentra regulado en un Capítulo Único, del artículo 364 al 366-Quáter, las diversas formas de privación ilegal de la libertad, como los son el secuestro, el rapto y la sustracción de menores.

En el artículo 364 se contempla una modalidad de la privación ilegal de la libertad y que a la letra estipula:

"Art. 364. Se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa al particular que prive a otro de su libertad hasta por cinco días. Si la privación de la libertad excede de cinco días, la pena de prisión será de un mes más por cada día."

En este tipo de delito, se priva ilegalmente de la libertad a la víctima sólo por retenerla, no especifica un propósito ni económico ni de ninguna otra índole.

También se menciona en el citado artículo que la pena de prisión aumentará hasta en una mitad:

1. Si la privación de la libertad se realiza con violencia.
2. Si la víctima es menor de dieciséis o mayor de sesenta años de edad.

3. Cuando por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta.

El artículo 365-Bis trata lo que fué en los anteriores Códigos la figura del rapto:

"Art. 365-Bis. Al que prive ilegalmente a otro de su libertad con el propósito de realizar un acto sexual, se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión..."

Consideramos que el anterior delito se incluye en este título tomando en cuenta que no se están tutelando situaciones de índole sexual, sino que se trata de un ilícito que atenta contra la libertad de la persona, sea mujer o varón, no importando ya el sexo.

En esta nueva descripción típica nótese que el legislador suprimió un elemento típico que existía en el anterior precepto que decía "para casarse".

En el artículo 366 encontramos lo que se refiere al delito de secuestro y que se estipula como sigue:

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

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

a) Obtener rescate;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

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

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

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

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

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

d) Que se realice con violencia, o

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

Consideramos que el hecho de que la pena se agrave sustancialmente en este delito se debe a que se está jugando con la vida de la víctima y se le está poniendo un precio y debe de sancionarse debidamente para evitar este tipo de ilícito.

De igual manera si el secuestrado muere durante el tiempo en que se encuentre privado de su libertad, la pena se incrementará hasta cincuenta

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

años de prisión y si el secuestrado es privado de la vida por su o sus secuestradores , se les aplicarán las reglas de concurso de delitos.

También se encuentran algunas circunstancias que atenúan la pena como lo es que si se libera al secuestrado dentro de los tres días siguientes sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere la fracción I del artículo citado con anterioridad, la pena será de uno a cuatro años.

En nuestra opinión, la pena en el tipo atenuado es demasiado baja, ya que aunque no se logre el propósito deseado, ya sea económico o de cualquier otra índole, la privación de libertad resulta una situación bastante traumante y daña permanentemente a la víctima y por ello se debe sancionar con más severidad.

En cuanto a la participación de este delito, esto es, los sujetos que se pueden ver involucrados, en relación a la conducta sancionada, el artículo 366-Bis establece lo siguiente:

a) Los que actúen como intermediarios en las negociaciones del rescate:

b) Los que colaboren en la difusión pública de las pretensiones o mensajes de los secuestradores, fuera del estricto derecho a la información;

c) El que actúe como asesor con fines lucrativos de quienes representen o gestionen en favor de la víctima;

d) Al que aconseje no presentar la denuncia del secuestro cometido o que no colabore u obstruya la actuación de la autoridad;

e) El que efectúe el cambio de moneda nacional por divisas, o de éstas por moneda nacional, sabiendo que es con el propósito de pagar el rescate;

f) Al que intimide a la víctima, a sus familiares, o a sus representantes o gestores, durante o después del secuestro para que no colabore con las autoridades.

Y por último en el artículo 366-Quáter encontramos lo que se refiere a la sustracción de menores:

"Art. 366-Quáter. Cuando el ascendiente sin limitación de grado o pariente consanguíneo colateral o por afinidad hasta el cuarto grado de un menor, lo sustraiga o cambie del domicilio donde habitualmente reside, lo retenga o impida que regrese al mismo, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o resolución de autoridad competente, no permitiendo a la madre o al padre convivir con el menor o visitarlo, se le aplicará una pena de uno a tres años de prisión y de treinta a trescientos días multa..."

Como podemos observar se regula la sustracción de menores, pero el caso de que sean sus padres o las personas que ejercen la patria potestad sobre el menor los que lo sustraigan o se lo lleven, no se menciona nada, siendo ésta una situación muy común en la actualidad, dada la problemática moderna de la violencia intrafamiliar, por no mencionar la fragilidad de los nuevos matrimonios y la existencia de un problema de autoridad mal manejado y superioridad sobre los hijos o menores.

Es importante señalar que con la abrogación del Código Penal para el Distrito Federal mediante decreto publicado el 16 de julio del año 2002 en la

Gaceta Oficial del Distrito Federal, por medio del cual salió a la luz el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se modificaron sustancialmente el orden de los delitos que se estudiaron en este apartado, por lo cual se aclara que se encuentran reglamentados actualmente a partir del artículo 160 al 173, situación que se estudiará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

**LA PRIVACIÓN ILEGAL DE LA
LIBERTAD EN EL NUEVO CÓDIGO
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

En el presente capítulo estudiaremos la privación ilegal de la libertad en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y las diversas formas en que se presenta de acuerdo al móvil por el que se llevan a cabo.

Como lo es por simple retención; también se puede presentar por motivos afectivos-sexuales, que estaríamos hablando del rapto; con fines económicos y dentro de este encontramos el secuestro y el tráfico de menores; también se da por motivo afectivo-filial, esto es en razón del parentesco y por último con fines de ocultación que es cometido por un servidor público.

En el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que se dió a conocer mediante decreto publicado el 16 de julio del año 2002 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, se da un nuevo ordenamiento de todos los delitos, y se han incluido algunos nuevos y otros tipos penales permanecen como se encontraban en el Código Penal anterior.

Dentro de este Nuevo Código Penal para el Distrito Federal el tema que nos ocupa tiene cabida dentro del Libro Segundo, Parte Especial, en el Título Cuarto que se denomina: Delitos contra la libertad personal, mismo que se compone de seis capítulos.

El Capítulo I, trata de la privación ilegal de la libertad personal; el Capítulo II, observa la privación ilegal de la libertad con fines sexuales; el Capítulo III, regula lo relativo al secuestro; el Capítulo IV, incluye la desaparición forzada de personas; el Capítulo V, trata del tráfico de menores

y por último en el Capítulo VI, se observa lo relativo a la retención y sustracción de menores e incapaces.

2.1 Formas de privación ilegal de la libertad atendiendo al móvil.

Después de la vida, el bien jurídico tutelado de mayor importancia lo es, sin duda, la libertad personal. Esta posibilidad de elegir, esta facultad de optar, este albedrío es tutelado en el Derecho Penal por ser condición necesaria para que los hombres puedan convivir.

A través de la evolución de toda la humanidad han surgido diversos tipos penales que protegen este mundo de alternativas "frente a las externas antijurídicas conductas que traten de cercenar o desconocer la humana posibilidad de elegir e imponer en mayor o menor grado lo que no se quiere hacer o lo que no se está en plenitud de elegir".¹³

La libertad individual es la facultad que posee el hombre de libremente querer y manifestar su voluntad para satisfacer sus necesidades.

¹³Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*. Tomo III. La tutela penal del honor y de la libertad. Editorial Porrúa. 6a. Ed., México, 2000. pág. 119

Según Rocco en cuanto esta libertad individual es jurídicamente tutelada, se transforma de libertad de hecho, en libertad jurídica, puesto que está siendo ya regulada por el Derecho.

El rango y jerarquía de los valores humanos que en la actualidad alcanzan las diversas manifestaciones de esta libertad jurídica, se encuentra plasmado en documentos de observancia universal, proclamándose estos valores sociales en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en donde su preámbulo afirma: que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

En nuestra opinión la libertad es uno de los principales derechos del hombre, mundialmente reconocido y sólo se encuentra por encima de este, la vida. Por esta razón es que se protege de manera constante en los cuerpos de leyes de todo el mundo.

La característica primordial de las diversas formas de delitos contra la libertad, es el que el sujeto activo, unas veces, no tome en consideración la voluntad del sujeto pasivo; otras, el que engañosamente convenza o persuada a dicha voluntad; y, en las hipótesis típicas más graves, el que por medio de la violencia la someta o domine.

Dentro del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en éstos delitos contra la libertad, se incrementará su penalidad por cada veinticuatro horas que transcurran y siga la privación ilegal de libertad.

Y la conducta se agravará sustancialmente si el objeto de la privación es cometer robo o extorsión en contra de la víctima, así como que el hecho se realice con violencia o que la víctima sea un menor de edad o persona mayor de sesenta años.

Estamos de acuerdo en que la pena aumente cuando se trate de personas que por su condición física o mental no se encuentren en un plano de igualdad con su agresor y que por este motivo no puedan repeler la conducta violenta que están ejerciendo sobre ellos.

Y a su vez, "existe un factor que atenúa la sanción y es cuando el agente libera espontáneamente a la víctima, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del ilícito, sin lograr el fin o propósito".¹⁴

Respecto a este punto creemos que en el caso de la privación ilegal de la libertad, cuando no lleva ningún propósito más que el hecho de privar a la persona de su libertad, no se puede atenuar la sanción ya que el delito se cometió y cumplió con todos los elementos del tipo, y no importa si fué un sólo día el que estuvo privado de su libertad ya que la descripción típica no menciona nada en cuanto a temporalidad.

A continuación se estudiarán las conductas que constituyen modalidades específicas de privación ilegal de la libertad atendiendo al móvil por el cual se llevan a cabo.

¹⁴Exposición de motivos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

2.1.1 Por retención.

Se puede llamar también delito de detención ilegal y que básicamente consiste en privar a otro de su libertad física, y se encuentra contemplado en el Libro Segundo, Título Cuarto, Capítulo I del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y en el primer párrafo del artículo 160 se encuentra la descripción típica que a la letra dice:

" Art. 160. Se impondrán de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa, al particular que prive a otro de su libertad, sin el propósito de obtener un lucro, causar un daño o perjuicio a la persona privada de su libertad o a cualquier otra."

La privación de la libertad personal que constituye la esencia del delito, se materializa en el hecho de que el sujeto activo, prive a otro de su libertad sin el propósito de obtener un lucro o causar un daño o perjuicio a la persona privada de su libertad o a cualquier otra.

Se deduce de esta descripción legal del tipo penal que el hecho de privar de la libertad a otro se hace con la finalidad única de detener a la persona.

De acuerdo a la doctrina *detener* significa inmovilizar, entretener o retener a otro. Y como dicha inmovilización o detención ha de efectuarse en un lugar, presupone conceptualmente alguna permanencia.

En la descripción típica del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal ya no se precisa un elemento de temporalidad para la consumación del tipo, basta el sólo hecho de que a la persona se le impida el libre desplazamiento, actuación o acción, para que el delito quede plenamente configurado.

Este delito que implica la detención arbitraria es un delito permanente, pues la acción u omisión que lo constituye se prolonga en el tiempo, tal y como lo estatuye la fracción II del artículo 17, del citado ordenamiento jurídico.

Se hace referencia a esta prolongación de la conducta, en virtud de que al privar de la libertad y detener en un lugar a la víctima, presupone conceptualmente el transcurso de un periodo de tiempo más o menos largo, dado que sin él no opera la detención.

Así como también se halla una clara referencia a esta prolongación en la descripción típica al establecer una mayor o menor pena fijada al delito, según el tiempo que dure la detención ya que existe un agravamiento en la pena, haciendo mención que si la privación de la libertad excede de veinticuatro horas, la pena de prisión se incrementará un mes por cada día.

Esto implica el reconocimiento implícito de que se requiere una permanencia en la acción.

Es un delito material o de resultado, pues refiere para su integración que el sujeto pasivo haya quedado privado de su libertad de movimientos a consecuencia de la conducta.

Se puede considerar como medios o formas de detención todos los que sean idóneos para alcanzar el resultado. "No es indispensable que el agente sustraiga y traslade al sujeto pasivo al lugar de la arbitraria detención; esta puede realizarse en ocasión de hallarse la víctima en su casa, en la del sujeto activo o en la de un tercero, si se le encierra desde fuera y se le impide salir".¹⁵

El sujeto activo del delito sólo puede serlo, por especificación del artículo 160 en su primer párrafo, un particular.

Esto significa que ha de interpretarse como persona que no está investida de autoridad, oficio o carácter público. Pero puede suceder que la persona investida de autoridad hubiere privado a otro de su libertad al margen de sus funciones públicas, esto es, obrando como particular, o dicho de otra manera, sin abusar de sus funciones públicas.

Haciendo referencia al sujeto pasivo, éste puede serlo cualquier persona, sin limitación alguna.

Sólo por excepción puede un particular detener ilícitamente a otra persona.

¹⁵Jiménez Huerta, Mariano. Op.Cit., pág. 132

Esto se admite conforme al artículo 16 constitucional, únicamente en los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede detener al delincuente o a sus cómplices poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Consideramos que si por venganza, odio o cualquier otra motivación el particular retuviere en su poder sin entregar inmediatamente a la autoridad, a las personas detenidas flagrantemente, su conducta es encuadrable en el artículo 160 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, tomando en cuenta de que a partir del instante en que pudo y debió ponerlas a disposición de la autoridad, las retiene ilegalmente.

En cuanto a la tentativa en este delito de privación ilegal de la libertad por simple retención, podemos decir que es configurable, aunque al respecto debe subrayarse que "su posibilidad fáctica es mucho mayor cuando el hecho constitutivo del delito exija, como trámite ejecutivo previo para la detención en el lugar escogido, que el sujeto activo realice actos de ejecución, tendientes a conducir a su víctima a la cárcel privada o lugar de encerramiento, que cuando aprovecha el lugar en que ésta se halla".¹⁶

La consumación del delito se produce en el mismo instante en que el sujeto pasivo o víctima queda inmovilizado en el lugar de la retención.

Pero si tomamos en cuenta que el delito en estudio tiene una naturaleza permanente, el sujeto activo puede prolongar por más o menos

¹⁶Jiménez Huerta, Mariano. Op.Cit., pág. 137

tiempo la conducta antijurídica, esto es, que el momento consumativo se mantiene vivo y actual por el período de tiempo en que la privación de libertad se prolonga.

En cuanto a la penalidad de este delito, hay que tomar en cuenta que cuanto más se prolonga esta detención, más se acrecienta su intensidad antijurídica, puesto que dicha prolongación "es valorada por la ley como un renovado y cotidiano ataque al bien jurídico protegido",¹⁷ esto debido a que como ya se mencionó, la pena aumenta conforme transcurra y avance el tiempo.

El artículo que contempla esta conducta ilícita le impone la sanción de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa, pero se hace la observación de que si la privación de la libertad excede de veinticuatro horas, la pena de prisión se va a incrementar un mes por cada día.

Así mismo, se encuentra el tipo atenuado que consiste en que si el agente libera a la víctima espontáneamente, dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la privación de la libertad, la pena de prisión se reducirá hasta en una mitad de la prevista.

Como se comentó, consideramos que no existe razón alguna para que la sanción se atenúe, ya que el delito cumplió con todos los elementos del

¹⁷ *ibid.*, pág. 138

tipo, y se privó a la persona de su libertad con éste único propósito y no reviste importancia el hecho de que haya sido un sólo día.

Por el contrario, estimamos sí es importante que se agrave la conducta delictiva y por tanto la pena, por cada día que transcurra y la privación de la libertad continúe, ya que se están prolongando los sufrimientos y angustias tanto de la víctima como de su familia.

Y por otro lado también contempla algunas circunstancias que agravarán la pena y se incrementará en una mitad, como lo son las siguientes:

- a) Cuando la privación de la libertad se realice con violencia
- b) Cuando la víctima sea menor de edad o mayor de sesenta años
- c) Cuando por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental con respecto al agente.

En nuestra opinión resulta bastante certero el establecer como tipo agravado cuando se cometa el delito en alguna de las circunstancias mencionadas anteriormente, porque al tratarse de niños, ancianos u otra persona que no esté en igual condición física o mental que el sujeto activo, se actúa con ventaja, puesto que no pueden repeler la agresión de que son víctimas.

De igual manera cuando la privación ilegal de la libertad se realice con violencia, ya sea física o psicológica debe de castigarse severamente, ya que

esta violencia deja huellas permanentes, sin contar con las lesiones físicas que le sean causadas a la víctima y que pueden ser mortales.

Se concluye que este delito ataca la libertad personal, con el sólo propósito de detener a la persona, por tanto, se viola uno de los bienes jurídicamente protegidos ya que como lo menciona González de la Vega: "La libertad personal es un derecho a la independencia de todo poder extraño sobre nuestra persona".¹⁸

2.1.2 Por motivos afectivos (sexuales) : Rapto

El delito es llamado por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal como: Privación ilegal de la libertad con fines sexuales, lo que anteriormente se denominaba "rapto", y es regulado por el citado ordenamiento dentro del Libro Segundo, Título Cuarto, Capítulo II, en su artículo 162.

"Art. 162. Al que prive a otro de su libertad, con el propósito de realizar un acto sexual, se le impondrá de uno a cinco años de prisión."

Este delito anteriormente era considerado dentro de los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, en razón de la finalidad amorosa que impulsa la conducta del sujeto activo.

¹⁸González de la Vega, Francisco, *El Código Penal Comentado*, Editorial Porrúa. 10a. Ed. México, 1992, pág. 464

El capítulo relativo al rapto fue derogado con sus artículos del 267 al 271 el 21 de enero de 1991, mismo que ahora ha quedado comprendido dentro del Nuevo Código Penal, y fue incluido dentro de los delitos contra la libertad personal.

Es de hacerse notar que en esta descripción típica el legislador ha reubicado en este título el delito de rapto, tomando en consideración que no se están tutelando situaciones de índole sexual, sino que se trata de un ilícito que atenta contra la libertad de la persona.

De igual manera, se establece que no existe diferencia en la víctima, es decir, que se puede tratar de una mujer o de un varón, no importa el sexo.

Esta conducta privativa de libertad difiere de la que anteriormente estudiamos en el propósito del agente de realizar en la víctima un acto de naturaleza sexual.

Algunos escritores consideran que otro es el bien jurídico tutelado; pero también "que discurren por el ámbito de los penalísticos lugares comunes o de las divagaciones o impropiedades conceptuales".¹⁹

Para Manfredini el bien jurídico protegido es el ejercicio social de la función sexual, por el interés colectivo en el normal desenvolvimiento de

¹⁹Hernández López, Aarón, *Los Delitos de Querrela en el Fuero Común, Federal y Militar*, Editorial Porrúa, México, 1998, pág.233

estas relaciones y lo que caracteriza el rapto es, precisamente, la lesión inferida a dicho bien jurídico con una finalidad típica eminentemente sexual.

La conducta ejecutiva del delito de rapto, consistía, según el Código Penal antes de la reforma de 1983, en el apoderamiento de una mujer. Ahora se amplía la conducta típica, pues se hace consistir en la privación de la libertad de cualquier persona, con la finalidad antes referida.

La conducta típica consiste, como ya lo hemos mencionado, en privar ilegalmente a otro de su libertad con el propósito de realizar un acto sexual.

Privar de la libertad, significa eliminar la libertad ambulatoria, es decir, restringir la libertad de movimiento del pasivo, sustraer o separar a la víctima del lugar donde se halla en el momento de ejecutarse la acción típica, o reteniéndola impidiéndole irse del lugar donde se halla, con el fin de realizar en ella un acto sexual.

Es necesario que el delito en estudio se prolongue durante un período de tiempo más o menos largo, dada la naturaleza permanente del delito de rapto.

Resulta conveniente aclarar que la persona que se lleve por la fuerza y somete a su poder al sujeto pasivo, e inmediatamente procede a realizar sobre él un acto sexual, no comete éste delito, sino el de violación; quien se introduce en el lugar en el que el sujeto pasivo se halla, cierra la puerta y procede a forzarle, le viola pero no le rapta, o lo que es lo mismo, no comete el delito de privación ilegal de la libertad con fines sexuales.

Es de poca relevancia en la configuración de éste delito, la edad de la persona raptada, su estado civil (soltera, casada, divorciada o viuda), así como el lugar en el que se efectúe la privación de libertad.

Nótese de igual manera que para la existencia del delito no importan los medios que se hubieren empleado en la privación de libertad del sujeto pasivo.

A nuestro criterio podemos deducir que la violencia es el medio principal de comisión de este delito, ya sea que se de físicamente, moralmente o psicológicamente.

La violencia física presupone la realización de actos materiales tendientes a sustraer a la víctima del lugar en que se halla y trasladarla a otro en que se le quiere guardar o retener impidiéndole salir.

Esta violencia puede desplegarse en cualquier momento del proceso ejecutivo, esto es, tanto para realizar la privación de libertad, como para prolongarle durante un periodo de tiempo.

La violencia se da en este delito cuando el agente, por medio de la fuerza material aplicada al cuerpo del ofendido, venza o anule su resistencia al apoderamiento, obligándolo, contra su voluntad, a ser trasladado o a ser retenido bajo la potestad del activo.

En cuanto a la violencia moral, la pone en práctica quien con actos, palabras o gestos da a entender a la víctima o a sus parientes que se les

inferirá un mal si se oponen a la privación de libertad. Estos actos o palabras no deben traducirse en vías de hecho, ya que en este caso surgiría la violencia física.

De acuerdo con González de la Vega la violencia moral "consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños físicos o amenazas de males..."²⁰, y es así que por el grave temor que causan al sujeto pasivo o por el querer evitar males mayores a sí mismo o a personas que tengan relación de cualquier índole con él, lo obligan a irse con el sujeto activo.

El sujeto activo también puede hacer uso del engaño.

Emplea el engaño quien hace creer a la víctima que en determinado lugar le esperan sus familiares o amigos, o que se celebrará una fiesta a la que se le espera como invitado, etc., como también quien aprovecha la ocasional estancia del sujeto pasivo en determinado lugar para hacerle permanecer en el mismo por un período de tiempo más o menos largo.

En este sentido Jiménez Huerta opina que "frecuentemente confluye con el engaño que atrae o que prolonga la confiada estancia del sujeto pasivo, la violencia física o moral puesta después en juego para retenerle o para continuar su hasta entonces confiada estadia"²¹

²⁰González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano. Los delitos. Editorial Porrúa. 30a. Ed., actualizada. México, 1998. pág.420

²¹Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit., pág. 293

Por lo que corresponde a la consumación del delito, como se trata de un delito de resultado material y permanente, se consuma en el momento mismo en que se detiene ilegalmente al sujeto pasivo con el fin de realizar un acto sexual, con independencia de que éste se efectúe.

Sólomente se tomará como una atenuante de la pena en este delito, que el sujeto activo restituya la libertad dentro de las veinticuatro horas siguientes, sin haber practicado el acto sexual.

En cuanto a la tentativa, es perfectamente configurable, como sucede con todos los delitos de resultado; se vé con claridad cuando se emplea la violencia física o moral y por otro lado, más sombrío cuando el autor del delito hace uso del engaño.

Se trata de un delito doloso, ya que el agente debe conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo penal.

Aarón Hernández opina que "cabe el error (invencible) de tipo..."²², esto es, si la detención se hace ignorando si el hecho constituye una detención ilegal, la cual se realiza cuando la víctima otorga su consentimiento de manera objetiva para realizar el acto sexual, acudiendo por su propia voluntad al lugar donde se va a efectuar dicho acto, y esto se traduce en el desconocimiento de una circunstancia perteneciente al tipo penal en estudio y en caso de provocar el agente una privación de libertad de

²²Hernández López, Aarón. Op.Cit., pág. 236

pasivo en estas condiciones, al faltar el dolo su conducta estaría amparada por la circunstancia excluyente de responsabilidad.

De acuerdo con el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, este delito se perseguirá únicamente por querrela de la parte ofendida, y al ser así el perdón extingue la acción penal, no así el matrimonio entre el ofensor y el ofendido, ya que como menciona Aarón Hernández "si el agente y la víctima fueran varones, no puede existir el matrimonio y ni éste hace presumir legalmente el otorgamiento del perdón tratándose de sexos opuestos."²³

2.1.3 Con fines económicos.

En este apartado vamos a estudiar dos tipos penales que cumplen con la finalidad requerida de que el delito se lleve a cabo por motivos económicos, esto es, obtener un lucro.

Dentro de ésta clasificación podemos encuadrar al delito de secuestro, que se encuentra regulado en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 163, y el cual indica que comete este ilícito quien priva a otro de su libertad con el propósito de obtener rescate o algún beneficio económico, entre algunos otros elementos.

²³ibid., pág. 233

De la misma manera encontramos en este apartado el delito de tráfico de menores, que se encuentra en el artículo 169 del citado ordenamiento y que indica que comete este delito la persona que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva a cambio de un beneficio económico, entre otros elementos que contiene este tipo penal.

Como podemos observar, ambos delitos cuentan con una misma finalidad, pero se encuentran diferencias notables como lo es el sujeto pasivo, la penalidad y algunas circunstancias especiales de cada uno de ellos.

A continuación se abordará el estudio de estos delitos de manera más específica.

a) Secuestro.

Este delito lo encontramos dentro del Libro Segundo, Título Cuarto, Capítulo III, en el artículo 163, en el cual se menciona lo siguiente:

"Art. 163. Al que prive de la libertad a otro con el propósito de obtener rescate, algún beneficio económico, causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquiera otra, se le impondrán de diez a cuarenta años de prisión y de cien a mil días multa."

Es imprescindible mencionar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos considera en sus primeros artículos el tema relacionado con las garantías individuales y el privar de la libertad al sujeto pasivo, es un atentado contra estas garantías.

En el artículo 14 Constitucional de manera resumida se detalla, que "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

Como se observa la libertad es uno de los derechos más protegidos por las normas jurídicas como lo es la propia vida y cualquier atentado contra esta debe ser castigado con mayor severidad.

En este orden de ideas, en el artículo 22 de la Constitución se contempla la pena de muerte, y que a la letra dice: "Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse ... al plagiario....".

El tema de la pena de muerte levanta demasiada polémica y el hecho de si ésta se aplica en México.

A este respecto el marqués de Beccaria en 1764 publicó una obra titulada: *De los delitos y de las penas*; y en esta sólo justificaba la pena de

muerte "cuando la sola presencia del delincuente, aún recluso en una prisión, provocaba disturbios mayores en la sociedad."²⁴

Esto quiere decir, que se aplicaría cuando ni la cárcel podía frenar que fuera un fenómeno causal de desorden y caos social.

Los que se encuentran a favor de la pena capital, mencionan que es necesaria esta pena para los delincuentes, porque las víctimas de los secuestros son personas inocentes que se ven sujetas a la más temible violencia y son los mismos secuestradores los que amenazan con crueldad, tanto a la víctima como a su familia.

Por nuestra parte, estamos totalmente de acuerdo en que se aplique la pena de muerte en este tipo de delitos en los cuales una persona priva de la libertad a otra y le pone precio a su vida mismo que si no lo pagan, matan a la víctima.

Es por eso que aunque algunas personas lo tomen como una regresión en nuestro sistema jurídico, la ley del talión de ojo por ojo y diente por diente resulta a nuestro criterio favorable para eliminar la delincuencia, ya que este tipo de sanción, cumpliría con la función ejemplificativa e intimidatoria de la pena.

²⁴Imbert Jean, *La Pena de Muerte*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1993. pág. 7

Hablando en términos generales del secuestro, diremos que es un problema que cada vez se hace mayor en nuestro país, de hecho es una de las grandes problemáticas modernas que han surgido y que se van desarrollando y acrecentando, debido entre otras cosas al aumento de la inseguridad pública, y el no existir una verdadera sanción y persecución del delito así como una real impartición de justicia.

Un secuestro en la gran mayoría de las veces es realizado por la delincuencia organizada, debido a su naturaleza y grado de complejidad.

En el artículo 164 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se señala que se van a aplicar determinadas sanciones si además de privar de la libertad a una persona con alguno de los propósitos que ya mencionamos con anterioridad, concurren ciertas circunstancias, que caen en algunos de los elementos objetivos del tipo.

Una de ellas es el caso de la fracción II del citado artículo, en la cual se hace referencia al sujeto activo y se prevé una determinada calidad de este, consistente en que el autor:

- Sea integrante de una institución de seguridad;
- Haya sido integrante de una institución de seguridad; o
- Se ostente como integrante de una de éstas instituciones sin serlo.

Estas tres hipótesis son las calidades específicas que debe reunir el sujeto activo, para que se le aumente la pena que le corresponda.

Esta especificación de las calidades del sujeto activo se da en razón de que este tipo de delitos son realizados generalmente por ex-integrantes de los cuerpos de seguridad o corporaciones policíacas, "que con el antecedente de su trabajo, naturaleza de sus funciones y el contacto con la delincuencia, les permite contar con instrumentos, elementos y conocimientos, para realizar este tipo de acciones."²⁵

Aparte de estas calidades, el sujeto activo puede ser cualquier persona.

En cuanto al sujeto pasivo del delito, igualmente puede serlo cualquier persona y se señala en la fracción V del mismo artículo, diversas calidades que puede presentar quien es privado de su libertad:

- Que sea menor de edad;
- Que sea mayor de sesenta años; o
- Que se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad.

De igual manera, al encontrarse el sujeto pasivo en cualquiera de estas características, se incrementará la pena correspondiente al sujeto activo.

La figura delictiva en estudio, se encuentra dentro de los delitos de resultado, el cual se traduce en la acción de sustraer de la esfera de su libertad a determinada persona.

²⁵Seara Vázquez, Modesto, *El Secuestro. Análisis Dogmático y Criminológico*. Consultores exprofeso. Editorial Porrúa. 2a. Ed., México, 1999. pág. 52

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar, las encontramos en el artículo 164, ahí se señalan las características que agravan el tipo básico, que pueden integrarse en cualquiera de las hipótesis que señala el artículo 163 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

En cuanto a las circunstancias de lugar, las encontramos en la fracción I del artículo 164, que se refiere a la privación de la libertad cometida en los siguientes sitios:

- Un domicilio particular;
- Lugar de trabajo; o
- Abordo de un vehículo.

Como dato estadístico tenemos que "más del 90% de los secuestros se realizan cuando la víctima se encuentra en camino a su casa o a su trabajo."²⁶ y consideramos que es debido a que muy difícilmente se puede cambiar la ruta hacia esos lugares.

Por lo que se refiere al modo, están dos hipótesis: la fracción III y la IV del artículo citado anteriormente. La primera hace alusión a la circunstancia especial de que quienes lleven a cabo el secuestro, actúen en grupo. Y la segunda fracción se refiere a que se realice el secuestro con violencia.

Para aclarar este punto Seara Vázquez menciona "éstas notas no pueden considerarse como especiales medios de comisión, pues uno de los

²⁶ Seara Vázquez, Modesto. Op.Cit., pág. 42

criterios para distinguir éstos de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, es que los últimos se señalan para efecto de agravar o disminuir la pena, y no hacen referencia al tipo básico."²⁷

El delito de secuestro queda perfeccionado en el mismo instante en que se efectúa la detención arbitraria, con la finalidad de obtener rescate. Y para su consumación no se precisa que el sujeto activo hubiere logrado obtenerlo.

Por cuanto se relaciona con los daños y perjuicios a que se hace referencia en la descripción típica de este delito en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se señala que la expresión "daños" abarca cualquier ruina, asolamiento, pérdida, deterioro, desperfecto o empeoramiento que se cause a la persona que se encuentra privada ilegalmente de su libertad en sus patrimoniales pertenencias.

Por cuanto hace a los "perjuicios" se refiere a los demás males o quebrantos de índole material, gastos que pudiera resentir en su esfera patrimonial, la víctima del delito.

Jiménez Huerta menciona al respecto que "lo que cambia y convierte la detención arbitraria en secuestro o plagio, es el uso de las amenazas graves, de los malos tratos o del tormento con el fin de hacer más penosa la privación de libertad".²⁸

²⁷ *Ibid.*, pág. 31

²⁸ Jiménez Huerta, Mariano. *Op.Cit.*, pág. 143

Esto en virtud de que se emplean las amenazas y los malos tratos para obligar a la persona privada de su libertad o a sus familiares a pagar de manera más pronta el rescate pedido o de lo contrario seguirán martirizando a la víctima.

Es importante mencionar que en el artículo 167 se señala que se van a imponer las mismas penas a cualquiera que intervenga en la comisión de este delito.

Podemos decir que intervienen en este delito los que actúen como intermediarios, los que actúen como asesores, los que eviten informar o colaborar o que obstruyan la actuación de las autoridades, así mismo se puede incluir la persona que tenga una conducta intimidatoria.

En cuanto a la penalidad se señalan de diez a cuarenta años de prisión y de cien a mil días multa en el tipo básico. Y en el tipo agravado señala de quince a cuarenta años de prisión y de doscientos a mil quinientos días multa.

En el caso de liberar espontáneamente al secuestrado, dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos, las penas se reducirán a una quinta parte.

A nuestro criterio la pena no debe reducirse porque el activo lo haya puesto en libertad sin lograr el propósito, pues el tipo penal del artículo 163 establece que se sancionará a la persona que prive a otra de su libertad con

el "propósito", el hecho de que lo haya logrado o no, no afecta para el encuadramiento de la conducta al tipo penal.

En el artículo 166 se menciona un nuevo tipo penal que a la letra dice lo siguiente:

" Art. 166. Se impondrán las mismas penas señaladas en los artículos anteriores, cuando la privación de la libertad se efectúe para trasladar fuera del territorio del Distrito Federal, a un menor de edad o a quien por cualquier causa no tenga capacidad de comprender o resistir la conducta, con el propósito de obtener un lucro por su venta o entrega."

De igual manera en el artículo 167 encontramos otro nuevo tipo penal que señala que a quien simule encontrarse privado de su libertad 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 hacer un acto cualquiera, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de cien a quinientos días multa.

Lo que caracteriza a esta forma de secuestro, es la pretensión de que la autoridad realice o deje de realizar un acto de cualquier naturaleza.

Esto es, que se trata de una auténtica extorsión dirigida a la autoridad "con la que se pretende que esta abdique y se abstenga de hacer o ejercer las

facultades inherentes a su función pública o se la quiera obligar a que haga cualquier cosa que redunde en desprestigio o vejación de la misma."²⁹

En el caso de que el secuestrado fallezca durante el tiempo en que se encuentre privado de su libertad, al sujeto activo se le impondrán de veinte a cincuenta años de prisión.

Y si el secuestrado es privado de la vida por los secuestradores, se va a estar a las reglas del concurso de delitos, ya que estaríamos en presencia de privación ilegal de la libertad y de homicidio.

Este delito de secuestro se persigue de oficio, pero como excepción a la regla se perseguirá por querrela de la parte ofendida, cuando sea cometido por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina, concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado, y parientes por afinidad hasta el segundo grado.

El secuestro continuará siendo la actividad ilícita más redituable, después del narcotráfico, y la delincuencia organizada utilizará los avances tecnológicos en armas, dispositivos de vigilancia y medios de comunicación, para planear, preparar y ejecutar los secuestros, con mayor eficacia que la burocracia policiaca, encargada de combatirlo.

²⁹Jiménez Huerta, Mariano. Op.Cit., pág. 143

b) Tráfico de menores.

Este delito se encuentra regulado dentro del Libro Segundo, Título Cuarto, Capítulo V en su artículo 169, en el cual se establece el tipo penal de este delito y que señala en su párrafo primero lo siguiente:

"Art. 169. Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque esta no haya sido declarada, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa."

El bien jurídico tutelado será no sólo la seguridad del menor, sino su derecho a la identidad familiar y el libre ejercicio de sus libertades, sobre todo de traslación.

En este ilícito, también se afecta el orden de familia, por lo que estamos en presencia de un delito pluriofensivo.

Por medio de este tipo se sancionan conductas que pueden ser cometidas por cualquier persona y, en otras, por aquéllos que tengan a su cargo al sujeto pasivo del delito.

De esta descripción típica se desprende que sujeto activo primario es la persona que **ilegítimamente entrega un menor a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico.**

Es de hacerse notar la frase *custodia definitiva*, ya que se utiliza para no hacer uso de la palabra venta o enajenación, fijando un *precio* al menor, que se estaría hablando del beneficio económico.

Cuando se habla de la custodia de un menor, se refiere a la que ejercen los tutores y funcionarios del Consejo Tutelar de Menores, aunque dicha custodia "...no haya sido declarada..." por la autoridad judicial o por el Consejo Tutelar de Menores.

En el párrafo segundo del artículo 169 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se amplía el hecho típico a otras personas no abarcadas en el primer párrafo, pues dispone que se va a aplicar la misma pena a los que otorguen el consentimiento a que se alude y de igual manera al tercero que reciba al menor.

Como podemos observar se amplía de esta manera el tipo, y con ello las penas, se sancionará al ascendiente que tenga la patria potestad o a quien tenga la custodia del menor y otorgue el consentimiento y al tercero que reciba el menor a cambio de entregar un *beneficio económico* a quien hace la entrega.

Las penas que se establecen son de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa.

Una de las atenuantes de la pena de este delito señala que si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la sanción aplicable para la persona que lo entrega será de uno a tres años de prisión.

En este punto no estamos de acuerdo con que se atenúe la pena por el sólo hecho de no haber recibido un beneficio económico, puesto que de cualquier manera se está atentando contra la libertad del menor y lo está separando de su esfera familiar.

En este orden de ideas, puede resultar confusa esta situación, ya que si la entrega del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico entonces no estaríamos en presencia del delito de tráfico de menores, sino de sustracción y retención de menores.

Por lo tanto no se tratá de una atenuante sino de otro tipo penal.

Al respecto Jiménez Huerta aclara que "esta atenuación no beneficia al tercero que reciba al menor, pues el texto de la ley expresa claramente que solo se aplicará al que entrega al menor."³⁰

En cuanto a la persona que recibe al menor, se establece que si lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena a que nos referimos en el párrafo anterior se reducirá en una mitad.

³⁰Jiménez Huerta, Mariano. Op.Cit., pág. 150

En el artículo 170 del mismo ordenamiento, se señala que se impondrá una tercera parte de las sanciones previstas en el artículo anterior, cuando espontáneamente se devuelva al menor dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito.

De igual manera se hace mención que si la recuperación de la víctima se logra por datos proporcionados por el inculpado, la sanción se va a reducir hasta en una mitad.

Por lo que corresponde al tipo agravado de esta figura típica, encontramos el tercer párrafo del artículo citado el cual dispone que cuando no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero en la comisión del delito, las penas se ven a aumentar en un tanto más de la prevista en ese mismo párrafo.

Este precepto no aclara sobre que persona recae la agravación de la pena. Pero sin duda se hace referencia a quien hace la entrega y en cuanto al tercero que recibe al menor, hay que hacer una distinción si tenía o no conocimiento de la falta de consentimiento a que se hace mención.

También se señala en este artículo una agravante más, que se refiere a cuando el menor es trasladado fuera del territorio del Distrito Federal, caso en el cual se incrementarán las sanciones en un tercio.

El último párrafo del artículo multicitado señala que además de las penas señaladas, los responsables de los delitos perderán los derechos que

tengan en relación con el menor; como lo puede ser la patria potestad, tutela o custodia, incluidos los derechos de carácter sucesorio.

Este tipo de ilícito desgraciadamente ha proliferado en la sociedad y parece increíble que sean los padres los que en su mayoría cometen este delito en contra de sus propios hijos y como lo manifiesta González de la Vega que "son materialmente vendidos por quienes tienen la ineludible obligación de hacerse cargo de ellos".³¹

2.1.4 Por motivo afectivo-filial, en razón del parentesco.

Este delito se encuentra establecido en el Libro Segundo, Título Cuarto Capítulo VI, el cual se titula: Retención y Sustracción de menores o incapaces.

Esta figura típica la encontramos dentro de los delitos contra la libertad personal y cuya característica común es la condición de menor de edad o incapaz que tiene el sujeto pasivo.

En el artículo 171 párrafo primero encontramos la descripción típica de este delito que a la letra dice:

³¹González de la Vega, Francisco. Op.Cit., pág. 467

"Art. 171. Al que sin tener relación familiar o de tutela con un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrán prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días multa."

También se penalizará a quien bajo los mismos supuestos del párrafo que mencionamos, lo sustraiga de su custodia legítima o su guarda.

Las penas consisten, en el primer supuesto, de uno a cinco años de prisión y en el segundo caso se impondrán de cinco a quince años de prisión.

Estos delitos pueden ser cometidos tanto por aquéllos que tienen una relación parental con la víctima, como por terceros ajenos a ésta.

Una característica esencial la constituye el hecho de que se trata del ataque a la libertad de movimiento del menor, con independencia de los efectos causados a la seguridad de éste, "así como el ataque al orden de familia cuando se quiebra la relación existente entre el menor y las personas que lo tienen a su guarda."³²

Esto en razón de que al sustraer a un menor de su esfera familiar se quiebra este vínculo que es de vital importancia para un niño, y crea un estado de depresión en el menor, afectando su personalidad.

³²Zamora Jiménez, Arturo, *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. Análisis de los Delitos en México. Editorial Angel Editor. 2a. Ed., corregida y aumentada. México, 2001. pág. 256

La sustracción de un menor o incapaz constituye una detención ilegal cualificada, consistente en sustraer al menor de la custodia de aquéllos que legalmente la tienen.

Díaz de León menciona que el término sustraer "implica extraer o separar al menor de su hábitat, para llevarlo a otro lugar",³³ y que la palabra retener, es hacer que se siga teniendo al menor que ya se tiene y permanezca consigo en lugar diferente al de su domicilio.

Este ilícito puede ser considerado como un delito de medio-fin, esto es, que puede ser medio para cometer otros delitos contra la libertad personal, libertad sexual, e incluso contra la vida y la integridad corporal "por lo que debe tenerse en cuenta el concurso de leyes y el concurso de delitos."³⁴

Haciendo referencia al sujeto activo de este delito, tenemos que puede serlo cualquier persona y así mismo alguien que tenga relación familiar con el menor pero que no ejerza la patria potestad sobre él.

En cuanto al sujeto pasivo debe tratarse de un menor de edad o incapaz, sin distinción de sexos.

La materialidad de este delito consiste en retener o sustraer a un menor de edad o a un incapaz. El sujeto pasivo debe ser trasladado, de modo

³³Díaz de León, Marco Antonio, *Delincuencia Intrafamiliar y Delitos contra Derechos de Autor*, Editorial Porrúa, México, 1998. pág. 267

³⁴Zamora Jiménez, Arturo. *Op.Cit.*, pág. 258

que salga de la esfera de custodia en que se encuentra, esto es, que no es preciso que sea sustraído del lugar en que habita, la acción queda cumplida por el solo hecho de sustraer al menor o incapaz.

En nuestra opinión los medios empleados resultan indiferentes, ya que la sustracción puede ser llevada a cabo mediante la violencia, o valiéndose del engaño, pero como opina Solsona "puede que el menor consienta en irse por su voluntad o engañado, pero esto no tiene relevancia en el caso y el delito se consuma igualmente."³⁵

Existen algunas circunstancias agravantes en este delito, que se encuentran previstas en el artículo 172 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que consiste, una en que si la retención o sustracción se realiza en contra de una persona menor de doce años de edad, las penas se incrementarán en una mitad.

De la misma manera si la sustracción tiene como propósito incorporar al sujeto pasivo a círculos de corrupción de menores o para traficar con sus órganos, las penas se aumentarán en un tanto.

Existen así mismo algunas atenuantes de la pena previstas en el artículo 173 del mismo ordenamiento, que señalan que si el sujeto activo es familiar del menor o incapaz, pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre éste o mediante resolución judicial no ejerce la guarda o custodia, se le

³⁵F. Solsona, Enrique, Delitos contra la Libertad, Editorial Universidad, 3a. Ed., Buenos Aires, 1995. pág. 57

impondrá la mitad de las penas que se encuentran en los artículos anteriores.

A nuestro criterio, no debe considerarse el vínculo familiar como una atenuante, ya que el delito consiste en la privación de libertad al menor o incapaz y el hecho de ser el sujeto activo un familiar no dá una certeza de la seguridad del menor, ya que la mayoría de las veces se hace para extorsionar a la misma familia para que haga o deje de realizar alguna cosa.

Y otra de las atenuantes consiste en que cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o al incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se le va a aplicar una tercera parte de las sanciones que se señalaron.

Este delito fué incrustado en el anterior Código Penal hace pocos años, y se creo el artículo 366-Quáter de dicho Código por decreto del 13 de diciembre de 1997 y que fué publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 del mismo mes y año.

El hecho de haberse regulado jurídicamente esta situación, nos muestra la realidad que impera en la sociedad y que se hace cada vez más frecuente en el seno de muchas familias y nos enseña que en la mayoría de los casos, la familia es quien ocasiona los mas grandes daños a los miembros de ésta.

2.1.5 Con fines de ocultación; cometido por un servidor público.

Este delito se encuentra tipificado en el Libro Segundo, Título Cuarto, Capítulo IV, artículo 168, el cual se denomina 'Desaparición forzada de personas' y es uno de los nuevos tipos penales que se incluyeron en este Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

La desaparición forzada de personas es una conducta atribuible principalmente a los servidores públicos del Distrito Federal que con motivo de sus atribuciones detenga y mantenga oculta a una o varias personas, o que autorice, apoye o consienta que otros lo hagan sin reconocer la existencia de tal privación o se niegue información sobre su paradero, impidiendo con ello el ejercicio de los recursos legales y las garantías procesales procedentes.

La expresión de *ocultar* a una persona debe entenderse, en el sentido de impedir que sea vista una persona, esto es, esconderla temporal o definitivamente.

De igual manera se establece que también se sancionará al particular que por orden, autorización o con el apoyo de un servidor público participe en los actos descritos anteriormente.

Las sanciones, cuando se trate de un servidor público el sujeto activo del delito, serán de quince a cuarenta años de prisión y de trescientos a mil

días multa, así como la destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión hasta por diez años.

Cuando se trate del particular que actúe por orden de un servidor público, la sanción será de ocho a quince años de prisión y de ciento cincuenta a quinientos días multa.

Como ya lo mencionamos, sujeto activo de este delito puede serlo tanto el servidor público como un particular.

Haciendo referencia al sujeto pasivo, lo puede ser cualquier persona, sin distinción de cargos públicos, edad, sexo, etc.

La acción consistirá en detener y mantener oculta a una o varias personas y en no dar razón de su paradero, esto es, que la acción se integrará tanto por una conducta activa así como por una omisiva.

Existe una atenuación de la pena en esta figura típica que consiste en que si el agente suministra información que permita esclarecer los hechos, la sanción prevista se va a disminuir en una tercera parte.

Y de la misma manera se va a reducir la sanción impuesta en una mitad, cuando contribuya a lograr la aparición con vida de la víctima.

Consideramos conveniente analizar el porqué se menciona en este tipo atenuado, la frase "lograr la aparición con vida de la víctima", puesto que se

presume que el autor de este delito ha causado o puede causar la muerte de la víctima.

La sanción prevista equivale precisamente a la presunción de que se ha causado la muerte de la víctima, porque es casi igual a la que se establece para homicidio calificado.

Se hace mención de que no estamos ante un delito de sospecha contra la vida "sino ante un delito de lesión contra la identidad como persona del sujeto pasivo".³⁶

Es importante señalar que el legislador estableció que este delito no se sujetará a las reglas de la prescripción, por lo que no prescribirá bajo los supuestos a que ellas se refieren.

Este último delito que estudiamos es nuevo en el Código Penal para el Distrito Federal, y se refiere básicamente a actos cometidos por un servidor público, pero que también encuadra dentro de los delitos contra la libertad individual, ya que se ataca este derecho básico del hombre.

Es importante que se haya regulado esta situación, ya que resulta frecuente que los servidores públicos abusen de las facultades que les confiere la ley y afecten a la sociedad, pues les resulta fácil debido a los medios o instrumentos con los que cuentan por motivo de su trabajo.

³⁶Ferrero Hidalgo F., María Angeles Ramos Rego, *Delitos de Lesiones y contra la Libertad y Seguridad Individual*, Editorial BOSCH, Barcelona, 1998, pág. 272

CAPÍTULO III

**SUSTRACCIÓN DE MENORES EN EL
CASO DE QUIEN EJERZA LA PATRIA
POTESTAD.**

En este capítulo abordaremos el delito en específico de sustracción de menores en el caso de quien ejerza la patria potestad, esto es que se trate de alguno de los padres quien cometa este delito.

Como ya lo estudiamos, en el delito de retención y sustracción de menores conforme a lo que establece el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se hace mención que el sujeto activo puede ser cualquier persona que no tenga relación familiar con el menor y se contempla como atenuante si el agente es familiar de la víctima pero no ejerce la patria potestad.

Situación en la que no estamos de acuerdo con el legislador, ya que el hecho de que sea un familiar quien secuestre o sustraiga y retenga al menor no da ninguna garantía de que el niño no va a ser maltratado y que tendrá los cuidados que requiera.

Se puede observar que en ningún artículo dentro del capítulo destinado a la sustracción de menores se encuentra regulado el hecho de que alguno de los padres sea el sujeto activo del delito.

Esta situación no debe considerarse vaga o ajena a la realidad que vivimos en nuestro país, ya que cada día se vé con más frecuencia de lo que quisiera la sociedad, pues se supone los padres son los encargados de brindarle al menor un hogar lleno de felicidad y procurar el bienestar de sus hijos en todos los sentidos, pero ésto es cada vez más difícil de lograr y en muchos de los casos, los padres son los que ocasionan los mayores daños a sus hijos.

Y no es tan difícil de creer este hecho, basta echar una mirada a los delitos que se cometen contra menores como lo son la corrupción de menores, tráfico de menores, abuso sexual, violencia familiar, entre otros, dentro de los cuales, encontramos que pueden ser activos del delito los padres y en caso de que así sea se penaliza con mayor severidad, es decir, el hecho de que sean los padres quienes cometan el delito es una agravante del mismo.

Razón por la cual creemos que debe ser regulada por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal la sustracción de menores en el caso de que sea uno de los progenitores o quienes ejerzan la patria potestad sobre el menor quien lo lleve a cabo ya que es una situación muy común dentro de nuestra sociedad y que aún no regula el derecho penal.

A lo largo de este capítulo estudiaremos el delito con particularidad de sujeto tanto activo como pasivo, como también la retención y sustracción del menor de acuerdo al Capítulo VI del Título Cuarto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, posteriormente abordaremos la violencia y maltratos que se le dan al menor como objeto del hecho delictivo y dentro de este apartado estudiaremos la violencia y maltrato infantil en nuestro país, la violencia doméstica como forma de maltrato infantil y la sustracción del menor como consecuencia de la violencia intrafamiliar y de los conflictos entre los cónyuges.

Posteriormente estudiaremos a la familia como principal fuente de apoyo y protección al menor, analizaremos la figura de la patria potestad que

es usada en este caso como defensa ante la ley, así como también las consecuencias físicas y psicológicas que repercuten en el menor sustraído y por último abordaremos la venganza como móvil y fin del delito.

3.1 Delito con particularidad de sujeto pasivo: el menor, así como de sujeto activo: los padres.

Se ha hecho mención, de que éste delito tiene la particularidad de ser cometido contra un menor y el sujeto activo en este caso serán los mismos padres o en su caso quien ejerza la patria potestad sobre los menores.

Para comenzar vamos a dar el concepto de niño de acuerdo con lo que establece la Convención sobre los derechos del niño, de las Naciones Unidas de 1989, "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Con excepción de los seres humanos que hayan alcanzado antes la mayoría de edad, a consecuencia de que su régimen legal así lo establezca".³⁷

En cuanto al concepto de padres, diremos que son las personas encargadas del cuidado y bienestar de sus hijos, titulares de la patria potestad y quien ejerce la custodia legítima sobre los menores.

³⁷Citada por Jiménez García, Joel Francisco, *Derechos de los Niños*, Instituto Politécnico Nacional, Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000. pág. 12

Retomando el tema de la sustracción de menores, Enrique F. Solsona menciona en relación a este punto que "el atentado constituye más una ofensa a la familia que al menor mismo".³⁸

En nuestra opinión, no estamos de acuerdo con esta idea, ya que si bien es cierto constituye una ofensa a la familia debido a que altera el orden y la armonía de la misma, también lo es más aún, que quien recibe el mayor daño es el menor, ya que es separado en algunos casos, por no decir, la mayoría, violentamente de sus padres o de alguno de ellos y este hecho traerá consecuencias dramáticas en la esfera psicológica del menor.

Además de este hecho, podría asegurarse que el derecho de los padres que tienen sobre el menor, en cuanto a convivencia se refiere, es una de las libertades que también se viola, y de igual manera la libertad de la víctima en sí.

Es muy común observar con penas más agravadas las figuras en las que la privación de libertad recae sobre menores y esto se debe en gran parte a la facilidad de comisión que el delito ofrece.

Hay que tener en cuenta que los niños son el sector de la población más vulnerable y débil, debido a la nula resistencia que pueden oponer ante un hecho delictivo, es por eso que se requiere de una mayor protección por parte de la ley.

³⁸F. Solsona, Enrique. Op.Cit., pág. 55

En cuanto a este aspecto Ciuro Caldani sostiene que "el menor es un ser especialmente débil, que en justicia requiere especial protección".³⁹

Los menores de edad deben ser sujetos de los derechos que a cualquier persona corresponden, además de ser sujetos de "aquéllos derechos derivados de la especial protección que, por su propia dependencia de otros, les es debida".⁴⁰

La facilidad con la que es cometido este tipo de delito, gracias a la impunidad con la que cuenta, ha sido motivo de alarma social ya que a esto se aumenta la angustia que produce el hecho en la persona que ha sido privada de convivir con su hijo, sin mencionar la efectividad de este secuestro o sustracción para lograr el propósito que el sujeto activo se propuso alcanzar, ya sea la venganza, u obligar a la otra persona titular de la patria potestad para que haga o deje de hacer alguna cosa debido a la fuerte relación afectiva que existe entre el hijo y su padre o madre.

Es importante considerar que este delito generalmente se realiza por el padre, cuando han existido problemas graves dentro del matrimonio ocasionados la mayoría de las veces por él mismo.

En nuestra opinión, en este caso los hijos se convierten en víctimas inocentes de maltratos de todo tipo y además se deja a la madre en un

³⁹D'Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de Menores*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 4a. Ed., actualizada y ampliada. Buenos Aires, 1994, pág. 5

⁴⁰Ganzenmüller Roig C., J.F. Escudero Moratalla, J. Frigola Vallina, *La Violencia Doméstica*, Editorial BOSCH, España, 1999, pág. 110

estado de desesperación y angustia por ignorar el paradero de su hijo y además torturada por las amenazas con las que se le amaga, ya que se sabe es capaz de hacer cualquier cosa por sus hijos.

Esto implica una clara violencia en perjuicio directo del menor y la mujer, quien como ya se mencionó es amenazada y coaccionada "constituyendo auténticos casos de lo que podríamos llamar terrorismo familiar".⁴¹

Resulta conveniente aclarar que el hecho de que sean los padres quienes sustraigan a su hijo no da ninguna garantía de la seguridad y bienestar del menor, aún más, el sujeto activo se siente con el derecho de llevar a cabo esta conducta sin importar el daño que se le causa al menor que es tratado y considerado como un objeto del cual pueden valerse para dañar a la otra persona (padre o madre).

Como se ha indicado en múltiples ocasiones, los padres son quienes principalmente delinquen contra sus hijos, en los delitos que se cometen contra menores, como ejemplo podríamos citar la corrupción de menores, tráfico de menores, violencia intrafamiliar, entre otros, siendo éstos, prueba palpable de que el hecho de que exista un vínculo familiar no garantiza el buen trato al menor.

⁴¹Asociación española de abogados de familia, *Familia y Violencia: Enfoque Jurídico*, Editorial DYKINSON, Madrid, 1998, pág. 36

El sustraer al menor puede convertirse en la antesala de la comisión de los delitos anteriormente citados, y al penalizar esta situación se estarían evitando considerablemente los mismos.

Consideramos que no se puede permitir que la ley proteja al victimario por tratarse de los padres, ya que la víctima se vé amenazada en su integridad cada día, y se trata de un agresor con el que convive todos los días, además de que muy probablemente el niño adquiera este patrón de conducta y el día de mañana actuará de la misma manera con sus hijos, encontrándonos ante un círculo vicioso, que debe de terminar lo más pronto posible.

En esta época el niño ha dejado de considerarse como una propiedad privada de los padres y debe ser conceptualizado como sujeto de derecho en proceso de formación.

3.2. Retención y sustracción del menor de acuerdo al Capítulo VI, del Título Cuarto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

En este punto haremos principalmente un estudio referente al delito en sí, a los elementos de éste y a grandes rasgos sus características.

Caracteriza básicamente los delitos contra la libertad el hecho de que el sujeto activo, no tome en consideración la voluntad del sujeto pasivo y en

otras ocasiones como lo menciona Mariano Jiménez Huerta, "el que engañosamente convenza o persuada a dicha voluntad; y, en las hipótesis típicas más graves, el que por la violencia la someta o domine".⁴²

Hablando de nuestro caso en particular, hay que tomar en cuenta que el sujeto pasivo siempre será un menor de edad, es por esta razón que el hecho delictivo siempre será llevado a cabo con violencia, sometiendo y dominando a la víctima, haciendo uso de la autoridad o derecho que ejerce sobre el menor ya sea el mismo padre o quien ejerza la patria potestad.

En este delito se estaría hablando de retención y sustracción del menor así como también de ocultación del mismo.

A través de la retención o sustracción de un menor de edad se materializa la acción del sujeto activo. El sujeto activo se apodera del menor, esto es, lo saca de la esfera familiar, y posteriormente lo retiene no dejándolo volver a su casa.

Se puede dar el caso de que el menor consienta en ir por su voluntad, obviamente engañado, pero de igual manera el delito se consuma.

El *ocultamiento* como lo menciona Solsona "es privar a la persona que tiene derecho sobre el menor, de tener contacto con él, escondiéndolo temporariamente de la vista del mismo".⁴³

⁴²Jiménez Huerta, Mariano. *Op. Cit.*, pág. 123

⁴³F. Solsona, Enrique. *Op. Cit.*, pág. 57

El sujeto activo debe ocultar al menor de las investigaciones de la justicia, en el supuesto de que se estén llevando a cabo averiguaciones para lograr el paradero del menor, ya sea por parte de las autoridades o por medio de una de las personas que ejerzan la patria potestad.

De acuerdo a la doctrina el término *retener* implica mantener al menor de edad con el sujeto activo y no restituirlo o dejarlo volver a la esfera familiar en la que debe estar.

Es un delito doloso que requiere la voluntad del sujeto activo de apropiarse, retener u ocultar al menor de edad.

Se trata de un delito permanente y puede existir la tentativa.

Estimamos que se debe tomar como una agravante de la pena el hecho de que el niño sea menor de doce años, pues cuanto menor sea la víctima, implica mayores riesgos y peligros para el menor, quien tiene menor capacidad para repeler la ofensa.

Es pertinente señalar que la sustracción de menores por quien ejerza la patria potestad, debe perseguirse de oficio.

Esto es de vital importancia, pues al no contar con una defensa propia el niño se encuentra en estado de indefensión, mientras que el agresor actúa con las agravantes de alevosía, ventaja y, en algunos casos, con premeditación.

Para efectos de las anteriores agravantes, se estará a lo dispuesto por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal:

a) **Ventaja.** Cuando el agente es superior en fuerza física al ofendido y este no se halle armado; cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que intervengan con él; cuando el agente se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido.

b) **Alevosía.** Cuando el agente realiza el hecho sorprendiendo intencionalmente a alguien de improviso, o empleando acechanza u otro medio que no le da lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiere hacer.

c) **Premeditación.** Cuando el agente piense y haga planes sobre la manera, modo, lugar, etc., en que ha de ejecutar el delito, así como de los medios que ha de emplear en ello.

Para este delito hay que considerar que los padres son los que deben proporcionar al niño un ambiente sano, ya que por su falta de madurez física y mental los menores deben de recibir la educación, protección y cuidados necesarios por parte de ellos, para que puedan desarrollar plenamente su personalidad.

En el caso de que uno de los padres o de los que ejerzan la patria potestad sobre el menor, no procure ésto, sino al contrario busque y consiga dañarlo, llevándoselo consigo, escondiéndolo de la familia y arrastrándolo a

una vida llena de maltratos, violencia y carencias tanto económicas como afectivas, se debe de castigar con una pena mucho más severa.

La atención de las necesidades de los menores, no debe ser una función exclusiva de los titulares de la patria potestad, el Estado debe vigilar por el bienestar del menor, ejerciendo control sobre su cuidado y en dado caso, reemplazar a los padres cuando éstos no los atiendan debidamente.

3.3 Violencia y maltratos al menor como objeto del hecho delictivo.

En nuestros días, el maltrato a menores por sus propios padres es una cuestión reconocida social, política y públicamente.

Para comenzar hay que puntualizar que el maltrato al menor se da en este delito al momento de sustraer al mismo y llevarlo a una situación incierta, lejos de la madre o, en su caso, de quien ejerza la patria potestad junto con el agente.

Y posteriormente, se prolonga el sufrimiento, maltratando al menor, ejerciendo la violencia física y psicológica sobre él, cuando se encuentra desprotegido ya que no hay que olvidar que el sujeto activo sólo lo sustrajo con el ánimo de infligir un daño a la otra parte, y con éste propósito hace del menor un blanco fácil de golpes y agresiones verbales cuando el agente deja

caer en él todas sus frustraciones puesto que no le importa la seguridad y bienestar de la víctima.

Haremos referencia a los diferentes tipos de maltrato y violencias a la que está expuesto el menor cuando es sustraído de la esfera familiar y cuya ejecución se prolonga mientras no se restituya a la víctima a un lugar seguro.

Consideramos que es importante tener en cuenta que al sustraer al menor, casi siempre, por medio de la violencia, quedan huellas en el niño que son imborrables de ese momento, cuando fué arrebatado violentamente de los brazos de su madre, y el hecho de que en lo futuro no cuente con el cariño y apoyo de la misma, deja cicatrices en la esfera psicológica del menor, por no contar con las agresiones físicas de las que es víctima.

Es principalmente este hecho el que nos da la pauta para tratar de cerrar esa puerta que queda abierta a los padres para poder sustraer a sus propios hijos y hacerlos soportar violencias y maltratos que son únicamente para tomar venganza hacia el otro cónyuge.

3.3.1 Violencia y maltrato infantil en nuestro país.

Llegado el siglo XIX los estados se empiezan a interesar por el menor desprotegido y durante este siglo surgen reformas, leyes, en favor de la infancia.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Pero al siglo XX algunos lo llaman el 'siglo del niño', porque es en esta época cuando la idea del menor adquiere relevancia.

En 1982 se crea el PREMAN, programa específico que previene el maltrato infantil, establecido en la Dirección de Asistencia Jurídica del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia , y así mismo se creó la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia.

Otro centro de ayuda para casos de maltrato y violencia infantil es el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), que fué creado en octubre de 1990.

El maltrato a un niño, no es sólo un acto de brutalidad aislado contra el niño. Es considerado igualmente "el conjunto de condiciones de vida, actos o negligencias que hacen que quede coartado el derecho de los niños a la vida, a la educación y a una ayuda real".⁴⁴

A este respecto, consideramos que el menor no puede desarrollar plenamente su personalidad cuando es víctima de algún tipo de maltrato y que forma parte de su vida cotidiana, por lo tanto, todos sus derechos no son respetados y no se puede hablar de una vida digna para él.

El maltrato infantil no es exclusivo de alguna clase social. Se dá igualmente en todas las capas sociales, sólo se distinguen modos de llevarlo a cabo.

⁴⁴ Ganzenmüller Roig, C. Op.Cit., pág. 117

Hay que tomar en consideración que un niño es maltratado cuando es objeto de:

a) **Violencia física activa:** contusiones por golpes, empujones, patadas; heridas por instrumentos cortantes, quemaduras por líquidos o sólidos calientes.

b) **Violencia física omisiva:** abandono, falta de alimentos, de protección, etc.

c) **Violencia psíquica activa:** coacciones, amenazas, gritos, castigos excesivamente severos.

d) **Violencia psíquica omisiva:** carencias afectivas.

Para estos efectos se entenderá por maltrato físico cualquier acción no accidental por parte de los padres o personas que estén al cuidado de los mismos, que les provoque daño físico o enfermedades.

Se entenderá por maltrato psicológico aquella situación crónica en la cual los padres o responsables del menor, con actuaciones o privaciones, le provocan sentimientos negativos hacia su propia autoestima y le limitan las iniciativas que tiene.

Es importante señalar que en la comisión de este delito se emplean todas las formas de violencia que se mencionaron con anterioridad, y que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dicha violencia es descargada sobre un ser indefenso y frágil, que es incapaz de defenderse ante tal agresión.

Hablando en cifras, existen cerca de 1,800,000 menores en situación de maltrato físico en México, y el grupo más agredido es el de cinco a nueve años, y los porcentajes se establecen de la siguiente manera:

0-4 años	27%
5-9 años	39%
10-14 años	28%
15-17 años	6%

La Convención sobre los Derechos del Niño, que fué aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por el Senado Mexicano el 31 de julio de 1991 y que entró en vigor, como ley nacional el 2 de septiembre del mismo año, es el instrumento central en la actualidad para la defensa de los derechos de los niños.

Respecto a esta Convención los puntos más importantes y que tienen interés para nuestro tema en estudio son los siguientes:⁴⁵

⁴⁵Vesión resumida tomada de Trejo Martínez, Adriana, *Prevención de la Violencia Intrafamiliar*, Editorial Porrúa, México, 2001. pág. 56-58

• Todas las medidas respecto al niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres u otras personas responsables no tienen capacidad para hacerlo.

• Todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño.

• Es un derecho del niño vivir con sus padres, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos padres, si está separado de uno de ellos o de los dos. Corresponde al Estado responsabilizarse de este aspecto, en el caso de que la separación haya sido producida por acción del mismo.

• Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados ilícitos y la retención ilícita del niño en el extranjero, ya sea por uno de sus padres, ya sea por una tercera persona.

• Es obligación del Estado proteger a los niños de todas formas de malos tratos perpetradas por los padres o cualquier otra persona responsable de su cuidado y establecer medidas preventivas y de tratamiento al respecto.

• Todo niño tiene derecho a beneficiarse de un nivel de vida adecuado para su desarrollo y es responsabilidad primordial de los padres proporcionárselo.

Tomando en consideracion estos puntos de la Convención de los Derechos de los Niños, observamos que cuando los padres o la persona que ejerza la patria potestad sobre el menor, cometen el delito de sustracción sobre sus hijos, está contrariando materialmente estas normas y violentando los derechos del menor.

Se establece igualmente que el niño tiene derecho a vivir con sus padres, y este punto se viola al momento de que uno de ellos lo sustrae y lo retiene, no permitiéndole a la madre o al padre convivir con el menor y privándolo de mantener contacto directo con alguno de ellos.

Así mismo menciona que el Estado debe luchar contra los traslados ilícitos y la retención del niño en el extranjero por uno de sus padres, este punto también se viola cuando se sustrae al menor y se lo lleva sin permiso de la otra persona con quien el sujeto activo comparte la patria potestad, obviamente con el fin de ocultar y esconder al niño.

Hay que tener en cuenta que no sólo se llevan a los menores al extranjero, sino que la mayoría de las veces se quedan dentro del territorio nacional, por las facilidades que este traslado ofrece y no por esta situación deja de ser igualmente grave la violación al derecho del niño de convivir con su padre o madre.

También se menciona el hecho de que el Estado debe proteger a los niños de toda forma de maltrato por parte de los padres, este maltrato se da al momento de la sustracción y retención del niño tanto física como psicológicamente al faltarle uno de sus padres durante las etapas

subsecuentes de su vida, mermando esta situación en su conducta y autoestima.

Se hace incapié en esta Convención, de que el Estado debe velar por los intereses y el bienestar de los niños y que debe protegerlos cuando los mismos padres sean incapaces de hacerlo, es por esta razón que consideramos que el Estado debe vigilar que no se cometan actos que vayan en contra del buen desarrollo de los niños como lo puede ser la sustracción del mismo por quien ejerza la patria potestad y combatirlos con la creación de normas que eviten de manera efectiva esta situación.

El 29 de mayo del año 2000, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, expedida por el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Ernesto Zedillo Ponce de León.

Esta Ley tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, pero no hace mención de la sustracción de menores por quien ejerza la patria potestad.

"La protección que la Ley otorga tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad".⁴⁶

⁴⁶Trejo Martínez, Adriana. Op.Cit., pág. 84

Así mismo se creó la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar, para resolver el problema de la violencia dentro del núcleo familiar, con el propósito de que la sociedad no sea dañada comenzando por su célula primaria que es la familia.

Resulta conveniente mencionar que si bien es cierto que se ha dado en las últimas décadas una protección por parte de las autoridades para con los menores, -quienes representan el futuro de nuestra sociedad y que instruidos de manera adecuada e integral, serán el sustento de una nueva conciencia social y humana, y por ello hay que brindarles una mayor atención-, también lo es que aún existen muchos vacíos que es necesario llenar con normas propicias y adecuadas para la realidad que estamos viviendo en nuestro país, sobre todo en cuanto a protección se refiere, así como de erradicación de la violencia en cualquiera de sus formas.

3.3.2 La violencia doméstica como una forma de maltrato infantil.

Resulta increíble pensar en una madre que golpeó a su hijo generándole lesiones que llegan a provocarle la muerte, o pensar en un padre que viole a su hija, pero el legislador ha puesto interés en este tipo de casos, ya que no resultan imposibles y de hecho son bastante frecuentes en nuestra sociedad, situación que es lamentable, y que debemos rectificar, poniendo atención a otras clases de violencia en la familia como lo es la sustracción

de un menor por parte de alguno de sus padres o de los que ejerzan la patria potestad.

Es necesario señalar que los niños son agredidos psicológicamente al presenciar la violencia contra su madre, y también sufren de violencia física y sexual.

Así mismo, paulatinamente, van aprendiendo y asumiendo como naturales, los roles en los cuales la mujer es desvalorizada y humillada, aprenden a basar la relación entre una mujer y un hombre en la dominación y la fuerza, generalmente ejercida por el hombre.

Es importante evitar esta conducta porque en un futuro este será el tipo de relaciones que establecerán ellos mismos con sus parejas.

En nuestra opinión, la dominación se ejerce generalmente en la mujer, con amenazas sobre sus hijos, con cometer delitos como el secuestrar o sustraer y retener a los mismos, si la mujer se rehusa a hacer lo que él le pide.

A este respecto, Jorge González Fernández afirma que dentro de las lesiones psíquicas "las agresiones verbales pueden ser mutuas, con frecuente utilización de los hijos y de sus afectos en contra del otro cónyuge".⁴⁷

⁴⁷Citado por Ganzenmüller Roig C. Op. Cit., pág. 52

Consideramos que en las agresiones o violencia psicológica siempre se utilizará a los hijos, ya que son el medio idóneo para inferir un mal de dimensión extraordinaria y que frecuentemente surte el efecto que se había planeado.

En el CAVI se han atendido desde el año de 1997, 12 mil 51 víctimas de la violencia intrafamiliar, cifras verdaderamente alarmantes, y que aún se quedan cortas y muy lejos de la realidad, pues en la mayoría de los casos no se denuncian por temor de las víctimas.

En el II Congreso Nacional Sobre Maltrato Infantil, se hizo mención de que entre los elementos principales de maltrato dentro de la esfera familiar "están la tortura, los golpes, los azotes, los insultos, las vejaciones, el secuestro, el encadenamiento y la violación".⁴⁸

A este respecto podemos afirmar que son múltiples las causas de la violencia doméstica o intrafamiliar, entre ellas encontramos que una vez celebrado el matrimonio comienzan a surgir los problemas cotidianos, y si se unieron sobre bases falsas, el vínculo que los unía se ve derrumbarse, por no mencionar el cambio radical en sus vidas cuando llegan los hijos.

Es entonces cuando las dificultades de la pareja poco a poco derivan en grandes conflictos que conducen a la violencia, llegando al extremo de

⁴⁸Comisión Nacional de Derechos Humanos y Desarrollo Integral de la Familia, II Congreso Nacional sobre Maltrato Infantil, 23 y 24 de noviembre de 1998. México, pág. 118.

incurrir en delitos graves o causar problemas psicosomáticos que pueden desencadenar en el suicidio.

Se ha repetido que los mayores afectados de todos estos problemas son los niños. Es por ello que se recalca que el estado debe privilegiar la atención a la infancia, para proteger la integridad de los menores, no sólo físicamente hablando, sino también en aspectos de salud mental y trastornos emocionales. "resulta paradójico que en nuestro país mientras más indefensas y vulnerables son las víctimas, menos protección legal reciben".⁴⁹

La UNICEF (United Nations International Children's Emergency Fund), estima que aproximadamente el 4% de la población infantil mundial está sometida a condiciones de maltrato físico a nivel intrafamiliar.

En cuanto a lesiones físicas predominan quemaduras, azotes, inanición y ayuno prolongado, baños de agua helada, encierros, amarres, entre otros.

En cuanto al sujeto agresor, el porcentaje más alto lo ocupan las madres con un 39%, seguido por el padre con un 19%, padrastros y madrastras en un 10%.

Estimamos que estos datos reflejan la incertidumbre y el dolor que vive un niño en su propio hogar, conviviendo con las personas que en teoría

⁴⁹Comisión Nacional de Derechos Humanos. Op.Cit., pág. 121.

deberían de cuidarlos y procurales un ambiente propicio para su buen desarrollo, situación que se torna sólo un ideal en sus pequeñas vidas.

Por lo general, los padres que maltratan o que demuestran indiferencia hacia sus hijos, actúan por una situación aprendida, pues en su infancia los trataron de la misma manera y lo que les preocupa es únicamente imponer su autoridad a través del castigo que infligen a sus hijos.

Entre las causas del maltrato infantil por parte de su familia se encuentran las siguientes:

a) Económicas. Esto en razón de la crisis que prevalece en nuestro país y el desempleo que trae consigo, los padres que se encuentran en esta situación desquitan sus frustraciones con los hijos y los maltratan tanto física como psicológicamente.

b) Culturales. Aquí se incluyen las familias donde los titulares de la patria potestad de los menores no cuentan con orientación y educación acerca de la responsabilidad de la paternidad y consideran que los hijos son objeto de su propiedad.

c) Sociales. Cuando los padres son farmaco-dependientes o alcohólicos y se produce una inadecuada comunicación entre ellos y sus hijos, lo cual produce la desintegración familiar y deja en la orfandad a los menores. Este maltrato provoca un daño irreversible por la carencia de afecto de que será víctima el niño.

d) Emocionales. La incapacidad de los padres para enfrentar los problemas, su inmadurez emocional, su inseguridad extrema y su baja autoestima, son los factores que motivan a desquitar su frustración en los hijos, no satisfaciendo sus necesidades básicas.

Podemos concluir que la protección a los menores, implica un conocimiento y respeto a los derechos de los niños, por parte de la sociedad y de las autoridades, y debe lucharse para preservar la integridad física y mental de la niñez tanto dentro como fuera del hogar.

El objetivo que se estableció en el II Congreso Nacional sobre Maltrato Infantil "debe ser proteger a los niños de las relaciones dañinas y brindarles asistencia y protección legal completas cuando así lo requieran".⁵⁰

La Comisión Nacional de Derechos Humanos ha hecho diversos pronunciamientos acerca de la violencia en la familia y a este respecto se menciona que particularmente los niños son los que sufren pues se vuelven tristes y agresivos y no pueden asumir responsabilidades dentro de la familia o en la escuela.

La violencia doméstica debe ser erradicada por completo de nuestra sociedad, es un mal que aqueja a las familias y que produce consecuencias graves tanto a los protagonistas de la misma como a la sociedad entera.

⁵⁰II Congreso Nacional Sobre Maltrato Infantil. *Op.Cit.*, pág. 125

3.3.3 Sustracción del menor como consecuencia de la violencia intrafamiliar y de los conflictos entre cónyuges.

Ya especificamos varios tipos de violencia intrafamiliar, pero dentro de ella existe una forma que aún no está contemplada por ninguna ley y que se está dejando fuera de cualquier plan de protección, misma que cada día se hace más frecuente, debido a la impunidad con la que cuenta y la facilidad que el hecho ofrece.

La sustracción y retención del menor por parte de alguno de sus padres o de quienes ejerzan la patria potestad sobre él, es una conducta muy grave, que deriva en todos los tipos de violencia que se pueden ejercer contra el menor como ya lo hemos venido estudiando.

Consideramos que es de suma importancia tipificar esta conducta, que sin duda alguna es lo bastante frecuente como para alarmar a la sociedad, ya que cuando las parejas enfrentan conflictos serios que los llevan a la separación, siempre hacen uso de los hijos para dañar al otro y tomar venganza con ellos.

Esta acción produce severos daños emocionales a los que viven este drama familiar e incide de manera negativa en el desarrollo emocional de los menores.

La sustracción y retención de los menores por parte de quienes ejercen la patria potestad sobre ellos, representa un ejemplo de violencia doméstica, y que se traduce en comportamientos violentos hacia los menores.

En el delito de sustracción y retención de menores, en el caso particular que estudiamos, concurren como ya lo establecimos circunstancias personales, culturales, sociológicas, jurídicas y procesales, vulneración de resoluciones judiciales, falta de tipificación específica o tipificación indirecta al tratarse de un acto de desobediencia a la autoridad en caso de existir una orden judicial en donde se especificaba qué persona tenía la custodia legal del menor.

Y de la misma manera consideramos que existe una ausencia de respuesta a las víctimas, ausencia de responsabilización en las instituciones protectoras de los menores como lo puede ser el DIF, y desprotección hacia el progenitor privado de la custodia o visita a sus hijos, -al no existir alguna acción legal que pueda ejercer- y "fundamentalmente hacia los menores que se ven privados violentamente, física y moralmente, del derecho de conocer y estar o recibir referencias de sus dos progenitores".⁵¹

Las crisis y rupturas matrimoniales representan ya en sí una problemática grave, pero se agudiza aún más en relación a los hijos, que son candidatos perfectos para ser sustraídos por uno de sus progenitores.

⁵¹Asociación española de abogados de familia. Op.Cit., pág. 35

Es relevante el señalar que estos comportamientos además de injustos, lesionan el interés general, e implican una clara violencia en perjuicio directo del menor y la mayoría de las veces de la mujer, que se vé amenazada o coaccionada por su pareja.

La asociación española de abogados de familia afirma que es posible sistematizar la actuación, para hacer frente a este problema, en cinco niveles:⁵²

Nivel I.- De indicios racionales o amenazas de violencia, que aquí en este problema se suelen concretar en amenazas de sustracción, secuestro o desaparición.

Nivel II.- De ejecución del comportamiento violento, en este caso la aprehensión del menor.

Nivel III.- De sanción de la conducta, en este caso la incoacción de un procedimiento penal por desobediencia o coacciones.

Nivel IV.- De reparación de la violencia, en este caso de localización y restitución del menor a su lugar de residencia o al pleno ejercicio de sus derechos.

⁵²Ibid., pág. 36

Nivel V.- De consolidación de la erradicación de la violencia, y que aquí por último se concretan en las medidas protectoras para evitar que pueda sustraerse a un menor.

Es preciso establecer medidas acordes con la magnitud del problema, no se trata de un simple desacato a una orden judicial (en caso de que exista).

Estamos en presencia de un atentado contra la libertad del menor, así como de un menosprecio y desconocimiento de sus derechos y es necesaria la creación de normas legales de carácter penal, para que pueda existir una verdadera solución y sobre todo con la inmediatez que se requiere, para posibilitar la expedición de órdenes de aprehensión, y proceder a la búsqueda del menor y del inculpado.

En nuestra opinión estimamos que no puede ser posible que exista un obstáculo al momento de acudir ante la autoridad competente y hacer de su conocimiento la sustracción, ya que este comportamiento algunas veces no refleja antecedentes y en un arranque de ira de alguno de los progenitores se lleva a cabo el delito haciendo desaparecer al menor.

Esto en virtud de que puede no existir una orden judicial por medio de la cual se de a alguno de los que ejercen la patria potestad, la custodia legítima del menor, debido a que no existían problemas anteriores o no hubo amenazas de sustracción y que al acudir ante órgano competente se convierten en un impedimento para interponer la demanda, ya que como se

trata de uno de sus progenitores, titulares de la patria potestad quienes se llevan al menor, no existe delito alguno.

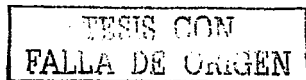
Consideramos que aquí está olvidando el legislador que el hecho de ser sus padres no implica la seguridad y bienestar del menor, pues como ya se dijo anteriormente son los padres quienes la mayoría de las veces cometen los delitos más atroces y repugnantes hacia sus propios hijos, causándoles dolores insoportables tanto físicos como psicológicos.

De la misma manera hay que recordar que los hijos ya no se consideran propiedad privada de los padres, ya no representan objetos de su propiedad y no pueden hacer con ellos lo que les plazca, deben de respetar sus derechos y su integridad.

Al respecto la Comisión Nacional de Derechos Humanos menciona que una familia en la que se da la violencia "es semillero de una sociedad en que prevalecen el abuso, la falta de democracia y la impunidad, porque en ella se reproduce un patrón de relaciones en las que las personas intentan conseguir sus objetivos mediante la imposición de la fuerza y el miedo."⁵³

Por nuestra parte creemos que no existe el estado de derecho en una sociedad en la que la impunidad y el abuso prevalecen por encima de la ley.

⁵³Díaz de León, Marco Antonio. *Op.Cit.*, pág. 75



3.4 La familia como principal fuente de apoyo y protección al menor.

El ser humano se encuentra inserto en grupos sociales, los cuales se interrelacionan directa o indirectamente e influyen sobre él.

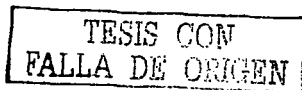
Pero de estos grupos sociales, que influyen para la formación de la personalidad se destaca fundamentalmente el grupo familiar.

Desde el punto de vista jurídico, el término 'familia' "es el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre, matrimonio o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones."⁵⁴

En nuestra opinión, la familia constituye el elemento básico formativo, el molde natural donde debe forjarse la personalidad del menor, y así mismo debe ser la principal fuente de apoyo para los menores, un medio en donde ellos puedan sentirse seguros, lejos de violencias y maltratos.

El deterioro en la personalidad que es determinado por fallas en el grupo familiar se convierte en el agente generador de las conductas desviadas de los menores, sean o no de carácter delictivo.

⁵⁴Pérez Contreras, María Montserrat, *Derechos de los Padres y de los Hijos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pág. 5



Y de la misma manera la desintegración de la familia, o su mala formación e inestabilidad y la existencia de estados conflictivos en su seno, determinan en gran parte la personalidad y conflictos que sufre el menor.

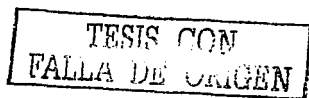
En estudios realizados sobre la influencia de la familia en la niñez, se sostiene que "los progenitores constituyen una parte importante del propio 'yo' del menor, su 'yo' auxiliar, viniendo en consecuencia todo abandono, mayor o menor, por parte de los padres a ser un verdadero cercenamiento del niño".⁵⁵

Al respecto, podemos mencionar que efectivamente los padres representan una parte de vital importancia en la persona del menor y por lo tanto, la falta de cariño, apoyo y cuidados viene a deteriorar considerablemente su autoestima y pleno desarrollo.

Es importante señalar el significado de los cuidados que se le dan al niño en su infancia, considerándose esenciales el calor, la intimidad y la relación constante con la madre.

Esto en razón de que en el delito de sustracción se está alejando para siempre a la madre y a su hijo, ya que es la mayoría de las veces el padre es quien lo sustrae, y esto causa un deterioro integral en la personalidad del niño.

⁵⁵D'Antonio, Daniel Hugo. Op.Cit., pág. 71



En esta circunstancia, la privación de un medio familiar normal puede originarse en situaciones ajenas a la voluntad de los padres o específicamente de uno de ellos.

La falta de un medio familiar se origina generalmente por causa de uno de los cónyuges, ya sea porque él mismo provocó la separación de la familia por medio de la sustracción del menor o debido a que las autoridades así lo establecieron cuando la convivencia de padre e hijo representa un daño o peligro para el niño.

El deterioro de la cohesión y estabilidad de la familia que se deriva de los conflictos que la aquejan, culminan generalmente en una crisis total que desintegra el grupo.

Consideramos que la relación existente entre padres e hijos trasciende los límites del vínculo de parentesco, entre ellos debe mediar una relación más profunda y compleja, derivada de la sangre y complementada por la convivencia y el afecto recíproco.

Se hace un estudio de la familia en virtud de que debe ser el grupo dentro del cual el menor se desarrolle plenamente y que pueda existir una seguridad y una protección para él en su seno.

Los menores deben de crecer con sus dos padres, teniendo el cariño de ambos, esto sería lo ideal, pero cuando existe una sustracción se priva al menor de este derecho de vivir dentro de un núcleo familiar y se afecta esta institución primordial de la sociedad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.5. Análisis de la patria potestad usada como defensa ante la ley.

La figura jurídica de la patria potestad ha ido evolucionando a través de los tiempos, pues "antiguamente era un poder ilimitado y sin restricciones; en cambio actualmente, quienes la ejercen están obligados a observar ciertas reglas."⁵⁶

Como podemos observar la patria potestad ya no representa un poder sobre los hijos o menores, y además los padres o los que la ejerzan tienen deberes y obligaciones con sus hijos.

Para delimitar conceptualmente la patria potestad, la entenderemos como la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores con el fin de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos.

Consideramos que la finalidad de la patria potestad consiste, sin lugar a dudas, en el logro de una culminación plena del desarrollo biológico, psíquico y social del hijo. Para conseguirlo, es necesario satisfacer cuestiones de índole afectivo, económico, social y cultural del menor.

⁵⁶Peniche López, Edgardo, *Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, 26a. Ed. México, 2000, pág. 127

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Algunos autores han concebido a la patria potestad como un poder familiar, a lo que corresponde un deber por parte de los progenitores de proteger, educar, instruir al hijo y cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar.

Hay que recordar que la patria potestad es ante todo, una institución establecida, en interés del hijo.

Otros autores consideran a la patria potestad como una función, que es reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras no alcancen la mayoría de edad.

A las posiciones que ven en la patria potestad un poder, cabe mencionarles que no es posible sostener, a esta altura de la evolución socio-jurídica, que la patria potestad constituya una mera autoridad sobre los hijos.

Es necesario tener muy claro que si bien es cierto esta figura jurídica encuentra su desenvolvimiento dentro del ámbito familiar, no se puede sostener que la finalidad se encuentre en el interés familiar, pues sería restarle valor a la persona del menor y desconocer que la finalidad específica de gran cantidad de instituciones jurídicas no se encuentra en la familia, sino en el menor mismo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Consideramos que aunque la patria potestad se establece en relación a cada progenitor, el marco de desenvolvimiento de la institución influye decididamente para que pueda asegurarse o se frustre la finalidad que la orienta y constituye su fundamento.

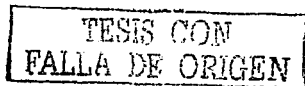
La familia contemporánea no se disputa el ejercicio de los derechos y deberes familiares, en nuestra opinión el mayor problema es la falta de predisposición para asumirlos o el mal cumplimiento y en su caso el abuso de los mismos.

Está establecido por la ley que en el ejercicio de la patria potestad debe existir entre ascendientes y descendientes una relación de respeto y consideración mutuos, no importando su estado, edad o condición.

A este respecto se menciona que cuando quienes ejercen la patria potestad no lo hagan como corresponde, especialmente cuando se incumpla con la obligación de respeto y de proporcionar una educación conveniente "se podrá dar aviso al Ministerio Público de lo familiar para que tome las medidas necesarias y promueva ante el juez de lo familiar las acciones que beneficien al menor".⁵⁷

Cuando sobreviene la desestabilización del grupo familiar, la patria potestad acompaña a la crisis, y como consecuencia, ya no constituye el elemento protectorio típico y esencial para lograr la formación personal del menor, sino que se convierte en una arma efectiva para dañarlo.

⁵⁷Pérez Contreras, María. Op.Cit., pág. 42



En estos casos de crisis familiares se da lugar al funcionamiento anómalo de la patria potestad ante la imposibilidad de que los progenitores satisfagan debidamente sus deberes y ejerzan en plenitud sus derechos.

En el caso de la sustracción del menor, por parte de uno de los padres, tanto existe un abuso en el ejercicio de la patria potestad, en razón de su titularidad, y así mismo el que sustrae al menor, está violando e imposibilitando que el otro progenitor ejerza en plenitud sus derechos con el menor.

Para el abuso de la patria potestad como puede ser este caso no recibe protección del ordenamiento jurídico.

Hay que considerar que el proceso formativo del menor, requiere la concurrencia de ambos progenitores.

Creemos que la ley le otorga a los padres con la figura de la patria potestad, ciertos derechos sobre los hijos y así mismo establece deberes, pero esto no debe ser motivo para tener la creencia de que por el hecho de tener la titularidad de esta figura jurídica, se es dueño absoluto de los hijos, pudiendo hacer con ellos lo que los padres deseen.

Y es por estos derechos que al momento de acudir ante la instancia correspondiente, el sujeto activo de este delito goza de impunidad y no se le puede interponer una demanda por sustracción o retención de su hijo, cuando el hecho lo hace en perjuicio del menor, puesto que lo esconde y lo hace víctima de maltratos de todo tipo. Y ante todo esto no puede iniciarse

una búsqueda por parte de las autoridades porque el sujeto activo es su padre, titular de la patria potestad.

Y es entonces cuando la patria potestad, figura jurídica para protección del menor, deja de tener esta finalidad y se convierte en obstáculo invencible ante la autoridad, con el cual el sujeto activo se escuda orgullosamente ante la ley.

Existen motivos por los cuales, se pierde o se suspende la patria potestad, esto en virtud de que se sabe que los padres tienen conductas que son nocivas para los hijos o cuando se afecta directamente a los menores, esto para evitar situaciones afligentes para los mismos.

El Código Civil del Distrito Federal en su artículo 444 establece los modos en que se pierde la patria potestad y que se transcribe a continuación:

"Art. 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial:

I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho;

II. En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

V. Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor;

VI. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave."

Respecto a la fracción II en que se hace mención al artículo 283, este último menciona a grandes rasgos que el juez en la sentencia de divorcio resolverá lo relacionado a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y establece que en todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

En relación a este punto, consideramos que al cometer el delito de sustracción del menor, al padre que incurre en esta conducta, debe decretársele la pérdida de la patria potestad en virtud de que está comprometiendo la salud, la integridad y la seguridad de su hijo y está cometiendo sobre él delitos de lesiones y ejerciendo violencia tanto física como psicológica que afectan de manera permanente al menor.

Se puede concluir que la patria potestad ya no representa un poder ilimitado sobre los hijos, por tanto, los titulares de la misma deben de cumplir con los deberes y obligaciones que la ley les impone, y debe de regularse sobre el abuso que se hace en el ejercicio de este derecho que en este delito es usado como defensa ante la ley.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.6 Consecuencias físicas y psicológicas que repercuten en el menor sustraído.

Cuando un menor es privado de convivir con sus dos progenitores, cuando es arrancado violentamente de uno de ellos existiendo jalones, golpes, gritos, amenazas, las heridas no sólo dejan huellas físicas, sino también existe secuelas de por vida de tipo psicológico que quedan en los menores que son los pasivos de esta situación.

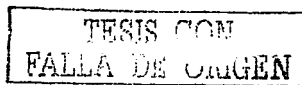
Posteriormente cuando se ha logrado el propósito del sujeto activo y ya sustrajo al menor, lo retiene y lo esconde, el niño es víctima de maltrato y violencia física, que ejerce el sujeto activo para desquitar su ira y su frustración y para causarle un daño intencional al progenitor que fué privado de la convivencia con su hijo.

Hay que recordar que el menor no es una víctima cualquiera, se trata de alguien especialmente débil, ya que además de los efectos inmediatos del delito, se puede ver en riesgo su desarrollo psicosocial y afectar capacidades personales de adaptación a largo término.

Las consecuencias que se reflejan en un menor agredido por este delito, se pueden agrupar de la siguiente manera:

1. Afectivas

- Baja autoestima, alto grado de inseguridad, sensación de pérdida



emocional. Recurren a llamadas de atención.

- Gran agresividad no canalizada, siendo ésta de carácter interno.
- Motivación muy cambiante y en bajo grado.
- Alto grado de frustración, elevada y excitabilidad.
- Desconfianza hacia el entorno y gran necesidad de aprobación externa.
- Terrores nocturnos, pesadillas motivadas por sus vivencias anteriores que toman cuerpo durante el sueño.
- Hiperresponsables, se les obliga a tempranas edades a hacerse cargo de responsabilidades, y a asumir como suyos problemas familiares que no corresponden a su edad.

2. Cognitivas.

- Atención lábil, prefieren volcarse en actividades que requieren mucho movimiento.
- Dificultad en el mantenimiento de la atención y concentración.
- Percepción muy mediada por la afectividad, siendo además muy retringida y pobre en matices.
- Poca calidad de pensamiento lógico. Razonamiento pobre.
- Escasa capacidad para superar estados dominados por la emoción a través de la razón.
- Problemas de retención y memorización de la información.
- Problemas de lenguaje.
- Baja integración a nivel grupal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3. Físicas.

- Contusiones por golpes, empujones, patadas.
- Heridas por instrumentos cortantes o punzantes.
- Quemaduras por líquidos, sólidos calientes u objetos específicos como cigarrillos, planchas, cucharas, brasas, hierros candentes, etc.
- Falta de alimentos o de protección contra el frío.
- Azotes con cuerdas, varas de árboles, tablas de madera.
- Intoxicación con yerbas o productos tóxicos de limpieza.
- Encierros, amarres.

Es claro observar que toda esta violencia contra los menores no puede dejarse sin pena, son secuelas que los niños arrastrarán durante toda su vida, y que los acompañarán en sus relaciones con la sociedad.

Estimamos que es necesario evitar que se den estos tipos de violencia hacia el menor, son actos demasiado crueles para ser descargados sobre un ser pequeño y frágil el cual siente que debe aguantar estos maltratos por ser sus padres quienes los llevan a cabo y que creen que eso es lo normal en una familia.

En nuestra opinión a esto se aumenta la falta de cariño que el pequeño resiente al ser separado de uno de sus padres y la carencia de amor y cuidados que tiene por parte del sujeto activo, el frecuente abandono que se hace al menor, y que además es llevado de un lugar a otro para seguirse escondiendo, provocando daños irreversibles en la personalidad del menor, en su esfera social, emocional, física y psicológica.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.7 La venganza como fin del delito.

Comenzaremos este apartado mencionando que en la mayoría de los casos en que se presenta el delito en estudio, lo que lleva al sujeto a cometerlo, la guía que mueve su conducta, es la venganza.

Como ya lo expresamos anteriormente, esta conducta es consecuencia de los problemas que la pareja tuvo dentro de su matrimonio y que no se pudieron solucionar de una forma adecuada, y terminan en este lamentable final, que perjudica en mayor grado al menor, que no es culpable de esta situación y que tiene que pagar las consecuencias.

Se dice que la venganza "resultaría una especie de justicia salvaje, que incita de tal manera al hombre que la legalidad social debe esforzarse mucho para conseguir evitarla."⁵⁸

Esta idea nos hace reflexionar en el término 'justicia', que siguiendo el concepto de Ulpiano encontramos que es dar a cada uno lo suyo.

Pero en el caso en estudio, no se puede hablar de un término de justicia, ya que está obrando en contra de la ley, y violentando los derechos tanto de sus hijos como de su cónyuge o persona con quien comparte la patria potestad de los menores y son derechos que no le pertenecen

⁵⁸Sanchez de la Torre, Angel, *Desde la Justicia de la Venganza hasta la Justicia Civil*. Editorial REUS, Madrid, 1986. pág. 356



exclusivamente a él, por tanto no se puede decir que se le dá a cada quien lo que le pertenece.

La venganza es una conducta que adquiere el sujeto, como satisfacción que se toma del agravio o daño que se ha recibido.

Pero en este caso no se ha recibido ningún daño, al contrario el sujeto activo es quien ha dañado reiteradamente a su familia, empleando la violencia tanto dentro de su hogar, así como en el momento de la sustracción de los hijos.

Por esta razón, es que se habla de un concepto de venganza no en el sentido de hacerse justicia por su propia mano, sino en el aspecto que expresa una conducta abusiva, de modo caprichoso y contrario a lo justo.

Consideramos que la venganza en este caso se trata de un acto, conducta o proceder ilegal e inspirado sólo por un propósito maligno, con abuso del poder, fuerza o facultades.

En este orden de ideas, es claro que se procede contra la ley e impera la iniciativa particular y se pretende servir al propio interés y conseguir una satisfacción que va en contra de la ley y el Derecho.

El propósito maligno del que se habla se traduce en la intención del sujeto activo, de provocar un daño a su familia y descargar en sus hijos su coraje y frustración de los problemas existentes con su pareja, motivo por el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cual se los lleva lejos y no permite al otro la convivencia con ellos, los oculta y ejerce sobre ellos todo tipo de violencia.

Estas conductas son "comportamientos rudimentarios, primitivos, imperfectos, favorables no a quien tiene la razón, sino al más fuerte, al más poderoso y acompañados del sentimiento de venganza que propende al daño, al aniquilamiento y a la violencia en círculo vicioso."⁵⁹

Es de vital importancia reconocer que el sentimiento de venganza siempre va acompañado de un abuso del poder que en determinado momento se tenga, en este caso, es un abuso en el derecho de la patria potestad sobre los hijos o menores, del cual se vale el sujeto activo para intimidar a los niños y coaccionar al otro cónyuge o tenedor de la patria potestad.

En la perspectiva psicológica del sujeto activo, no cabe duda de que su propia satisfacción se producirá de modo inmejorable mediante una reacción personal, instantánea y completa, y que se lleva a cabo con la venganza que ha planeado y que para él representa una compensación por las ofensas que recibió.

Podemos concluir que la venganza personal nunca podrá ser verdadera justicia, pues el pago de las ofensas, es injusticia que reclama nueva venganza, y no produce ninguna razón para olvidar los odios y asentar la tranquilidad, la violencia se perpetúa y no conduce a ninguna parte.

⁵⁹Cancino M., Antonio José, *El Delito de Autojusticia*, Editorial TEMIS, Colombia, 1992. pág. 46



3.8. Propuesta para la regulación jurídica de la sustracción de menores en el caso de quien ejerza la patria potestad.

Después de las reflexiones anteriores y haciendo un estudio a todo lo que se ha referido en este capítulo, consideramos que es de vital importancia y cuestión de necesidad social, mencionar que dentro de los delitos contra la libertad personal que se encuentran regulados en el Título Cuarto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es indispensable incluir dentro del Capítulo VI relativo a la retención y sustracción de menores e incapaces un artículo que contemple la situación que a lo largo de este trabajo hemos venido estudiando.

Esto es, cuando se trata de sustracción de menores pero cuando el sujeto activo de este delito sea alguno de sus mismos progenitores o en su caso, quien tenga a su cargo la patria potestad de los mismos.

Es preciso que se regule la conducta anteriormente expuesta, pues como se ha visto y comprobado es demasiado común en nuestra sociedad y se está dejando fuera de cualquier plan de protección, y existe una ausencia total de respuesta por parte de la autoridad, así como también de las instituciones protectoras de los menores, a las víctimas de este delito.

La sociedad mexicana ha expresado su preocupación por este tipo de ilícito que diariamente se comete y que perturba la tranquilidad social y familiar.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Cuando estos delitos no se resuelven y los agravios quedan impunes, se quebranta el estado de derecho y la sociedad pierde la confianza en las instituciones encargadas de hacer prevalecer la justicia.

Se ha manifestado en este capítulo, que el hecho de que los padres sean quienes sustraen al menor, no es garantía de que el menor se va a encontrar en una esfera de seguridad y bienestar, ya que como se ha mencionado son los mismos progenitores quienes cometen actos verdaderamente brutales contra sus propios hijos.

Y el que delitos como la corrupción de menores, violación, tráfico de menores, violencia intrafamiliar, entre otros tantos, ya se encuentren regulados por la ley penal sancionándose con mayor severidad, y que las penas se incrementen cuando se trata de los padres contra los hijos, nos da la pauta para afirmar que no existe razón alguna para que la sustracción de menores por parte de quien ejerza la patria potestad, no se penalice específicamente.

Sobre todo porque se trata de un delito que lleva como fin la venganza hacia el otro cónyuge y desencadena en una ola de violencias interminables hacia los menores.

Esto es tanto en el momento en que son sustraídos y que mayoritariamente se hace con violencia física de por medio, sin olvidarnos que en igual medida se maltrata a los menores psicológicamente, ya que este hecho deja secuelas importantes en su desarrollo psico-social, afectando de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

por vida a las víctimas de este delito, quienes son utilizados como objetos en los cuáles el sujeto activo vierte toda su maldad, coraje y frustraciones.

Y una vez que el sujeto activo ya tiene en su poder a los niños, es entonces cuando los menores siguen siendo blancos fáciles de todos los tipos de violencias y agresiones, sin mencionar las carencias tanto económicas como afectivas, ya que el activo continúa su venganza tratando de esta manera a los menores, causándoles muchas veces lesiones graves por el abandono en que los deja o por el maltrato físico, poniendo en peligro su vida.

Se propone así mismo una sanción más severa por las razones que ya explicamos anteriormente, y que se basan en que los padres deben ser las personas que principalmente deben buscar el bienestar de sus hijos y quienes tienen la ineludible obligación estipulada por la ley de proporcionarles protección y cuidados.

En este orden de ideas hay que establecer el concepto de pena, y en relación a este punto Fernando Castellanos Tena opina que "la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico".⁶⁰

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁶⁰Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa. 21a. Ed., México, 1985. pág. 307

Eugenio Cuello Calón, manifiesta al respecto que "la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal".⁶¹

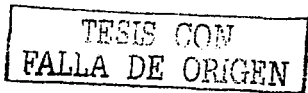
En cuanto a estos dos conceptos estamos de acuerdo con el primero pues efectivamente se trata de un castigo al que el sujeto activo se hizo acreedor, no un sufrimiento como se manifiesta en el segundo, ya que puede surgir una confusión y llegar a ver al delincuente con sentimientos de compasión.

Así mismo resulta conveniente manifestar las características de la pena, esto es, que debe ser:

- * Intimidatoria: Porque debe infundir temor, para evitar que se vuelva a delinquir.
- * Ejemplar: Esto tanto para el delincuente como para la sociedad, a fin de que se observe la efectividad de la pena.
- * Correctiva: Esto en el sentido de que se produzca la readaptación del delincuente.
- * Justa: Que sea proporcionada y adecuada la sanción.

Se hace mención de estos caracteres de la pena para justificar la sanción que se propone, y demostrar que reúne todos ellos y así cumple de manera efectiva y real con su finalidad.

⁶¹Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Editorial Nacional México. 9a. Ed., México, 1976. pág.



Resulta conveniente hacer mención de la sanción para quien incurra en el delito de sustracción de menores sin tener relación familiar o de tutela con la víctima, que es de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

Hay que tener en consideración que esta sanción es para aquella persona extraña al menor que no tiene la obligación de brindarle la protección y cuidados necesarios para su buen desarrollo, por lo que a la persona que la ley sí obliga a darle esas atenciones debe de sancionarse con mayor severidad, pues está burlando la ley y está abusando de los derechos que la misma le confiere.

Es por todas las aseveraciones anteriores que se considera necesaria la regulación de la sustracción de menores en caso de que este delito sea cometido por quien ejerza la patria potestad, mediante la creación de un tipo penal que se propone quede de la siguiente manera:

Artículo 174. *Cuando la sustracción o retención fuese llevada a cabo por quien ejerza la patria potestad sobre el menor impidiendo la convivencia con el otro progenitor, se le impondrán de siete a veinte años de prisión, salvo que se demuestre que la sustracción se realizó atendiendo al interés superior del menor.*

La causa de exclusión del delito que se maneja en el artículo anteriormente propuesto, se refiere a cuando la sustracción y retención sea llevada a cabo para salvaguardar la integridad física y psicológica del menor, debido a la violencia que ha existido dentro de la familia, a los vicios y malos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ejemplos, a las amenazas que se han recibido y por esta razón se busque alejar al niño de esa esfera de malos tratos.

Como lo hemos estudiado en este último capítulo, el estado y las instituciones pertinentes deben velar por la seguridad e intereses del niño, y se hace mención del *interés superior del menor*, debido a que en la Convención sobre los Derechos del Niño se manifiesta que todas las desiciones o acciones que tengan que ver con los menores deben ser atendiendo al interés superior del mismo, esto es, que se debe atender en primer lugar y de manera principal lo que se relacione con el bienestar y seguridad del niño, antes que cualquier otra situación.

De igual manera, la figura de la patria potestad y otras instituciones, son creadas para velar por los derechos de los niños y en beneficio de ellos, y que su finalidad es buscar su bienestar y así mismo se estipula que lo más importante es manejar este derecho atendiendo siempre al interés superior del menor.

Es necesario que la ley penal regule esta situación que la sociedad mexicana está viviendo día con día, porque cada vez se acrecenta de manera importante y el sujeto activo de este delito queda impune por el sólo hecho de ejercer la patria potestad sobre el menor y que por este hecho siente seguridad y protección por parte de la ley.

Los padres deben ser castigados severamente cuando no cumplan con sus deberes y obligaciones a las que ellos mismos se hicieron acreedores, y a

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

las que la ley los obliga, para que los niños puedan crecer sanamente y desarrollarse en un ambiente digno.

Debemos recordar que los menores son el sector más vulnerable de toda la sociedad y que deben ser protegidos debidamente, ya que en ellos se encuentran sembradas las esperanzas de toda la humanidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Se tienen pocos conocimientos de nuestro derecho indígena debido a que su sistema jurídico era fundamentalmente consuetudinario, pero se puede afirmar que existía una clasificación en la que se incluían los delitos contra la libertad, pero de la misma manera existía la esclavitud que era una conducta tomada de alguna manera como legal dentro de este derecho.

SEGUNDA. En la época de la Conquista, el derecho castellano fué el que reguló durante los primeros momentos y posteriormente se necesitaron normas específicas que fueron dictadas por el rey, el Concejo de Indias y las autoridades locales, lo que marcó el nacimiento de las Leyes de Indias.

TERCERA. El Fuero Real se dividía en cuatro libros, y el en libro IV se encontraba el derecho penal, en el cual se estableció una forma de privación ilegal de la libertad que era el rapto y se sancionaba con la pena de muerte. Y en las Siete Partidas el tratado de derecho punitivo penal se encontraba en la partida VII y se establece el delito de robo de infante en el título XIV, así mismo el título XX trata el delito de rapto, en los cuales su pena era la muerte.

CUARTA. En la época de la Independencia, en cuanto a legislación penal siguió aplicándose la vigente en la Colonia con las normas y modificaciones que dictaron los gobiernos independientes y en 1852 se elaboró un proyecto de Código Penal Federal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

QUINTA. En el Código Penal de 1871 encontramos lo relativo al delito de plagio, y que establecía que lo comete aquél que se apodera de otro, por medio de la violencia, amagos, amenazas, de la seducción o del engaño; para venderlo o para obligarlo a pagar rescate y se sancionaba con la pena capital cuando el plagiado resultara herido o muerto. Se establecía así mismo el delito de rapto y se señalaba que cometía este ilícito el que contra la voluntad de una mujer se apoderara de ella y se la llevara por medio de la violencia física o moral, para satisfacer algún deseo torpe o para casarse, y se perseguía por querrela.

SEXTA. En el Código Penal de 1929 esablecía la supresión de la pena de muerte para todos los delitos y se encuentran algunas modificaciones al delito de rapto, pues aquí se establece que lo comete el que se apodera de una mujer por medio de la violencia, del engaño o de la seducción, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse. Debido a que se trataba de un Código de transición, estaba plagado de defectos, fallas de redacción, duplicidad de conceptos y por esta razón sólo permaneció vigente un par de años.

SÉPTIMA. En el Código Penal de 1931 encontramos que contaba con 390 artículos y que se admite la pena de prisión hasta por cuarenta años y es en ésta época cuando la privación ilegal de la libertad como mecanismo para obtener dinero se difunde rápidamente en Latinoamérica en la década de los 60's. Pero aún encontramos que el menor no recibe la protección que requiere por parte de la ley.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

OCTAVA. En el Código Penal para el Distrito Federal vigente hasta el año 2002 se encontraba en el Título Vigésimo Primero la privación ilegal de la libertad y otras garantías, reguladas dentro de un Capítulo Único del artículo 364 al 366-Quáter, incluyéndose la sustracción de menores en este último, pero no se encuentra contemplado el hecho de que sea una de las personas que ejercen la patria potestad quien sustraiga al menor.

NOVENA. En el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que se dió a conocer mediante decreto publicado el 16 de julio del 2002, se dá un nuevo ordenamiento de todos los delitos y se incluyen algunos nuevos tipos penales y los delitos contra la libertad quedan contemplados en el Libro Segundo, Parte Especial, en el Título Cuarto denominado delitos contra la libertad personal, mismo que se compone de seis capítulos.

DÉCIMA. Las formas de privación ilegal de la libertad atendiendo al móvil se clasifican de la siguiente manera: por retención; por motivos afectivos-sexuales; con fines económicos, dentro del cual se encuentran el secuestro y el tráfico de menores; por motivo afectivo filial, en razón del parentesco; y con fines de ocultación, cometido por un servidor público.

DÉCIMO PRIMERA. El delito de privación ilegal de la libertad por simple retención consiste básicamente en privar a otro de su libertad física, sin el propósito de obtener un lucro o causar un daño, se deduce de la descripción legal que se hace únicamente con la finalidad de detener a la persona.

DÉCIMO SEGUNDA. En el caso de privación ilegal de la libertad con fines sexuales, la conducta difiere de la descrita en la conclusión anterior porque

aquí existe el propósito del agente de realizar en la víctima un acto de naturaleza sexual, y puede tratarse de una mujer o un varón.

DÉCIMO TERCERA. Cuando la privación ilegal de la libertad se da con fines económicos, podemos hablar del delito de secuestro y de tráfico de menores. En el secuestro la conducta del sujeto activo va encaminada a obtener rescate o algún beneficio económico y así mismo causar daño o perjuicio a la persona privada de su libertad. En el tráfico de menores es un delito que consiste básicamente en entregar ilegalmente un menor a un tercero para su custodia definitiva a cambio de un beneficio económico.

DÉCIMO CUARTA. En la clasificación por motivo afectivo-filial que se da en razón del parentesco, encontramos la retención y sustracción de menores e incapaces, en donde se sanciona al que sin tener relación familiar o de tutela con el menor lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o lo sustraiga de su custodia legítima o su guarda. En este delito se hace referencia a que si el sujeto activo es familiar del menor o incapaz, pero no ejerce la patria potestad o tutela sobre el menor se le impondrán la mitad de las penas previstas.

DÉCIMO QUINTA. Dentro de la clasificación con fines de ocultación encontramos el delito de desaparición forzada de personas y que es uno de los nuevos tipos penales dentro del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y que se trata de una conducta que se atribuye principalmente a los servidores públicos que con motivo de sus atribuciones detenga y mantenga oculta a una o varias personas o que autorice o apoye que otros lo hagan sin

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

reconocer la existencia de tal privación o se niegue información sobre su paradero.

DÉCIMO SEXTA. La sustracción de menores realizada por quien ejerce la patria potestad sobre el menor, es una conducta que debe ser tipificada y sancionada por la ley penal ya que es una situación que ha proliferado en nuestra sociedad y que se deja fuera de cualquier plan de protección, exponiendo a los menores a violencias y maltratos físicos y psicológicos que quedan impunes. El hecho de que el sujeto activo de este delito sean los padres o en su caso quien ejerza la patria potestad sobre el menor, no da ninguna seguridad del bienestar del menor, pues son los padres quienes cometen los actos más brutales contra sus propios hijos.

DÉCIMO SÉPTIMA. El objeto de este hecho delictivo se basa en maltratar al menor, haciéndolo víctima de violencias físicas y psicológicas desde el momento en que ocurre la sustracción así como después de ésta, cuando se encuentra desprotegido y lejos de su familia dejando al menor en total abandono.

DÉCIMO OCTAVA. Dentro de la Convención de los Derechos del Niño se establece que todos los niños tienen derecho a convivir con sus padres y así mismo mantener contacto directo con ambos, derechos que se violan impunemente al separar al hijo del otro progenitor en la sustracción de menores.

DÉCIMO NOVENA. La sustracción del menor en el caso de quien ejerza la patria potestad se da como consecuencia de la violencia intrafamiliar que

muchas de las ocasiones existe dentro del hogar y así mismo es consecuencia de los conflictos que surgieron entre los cónyuges dentro de su relación matrimonial y que ven en los menores un arma para dañar al otro, haciendo uso de sus afectos.

VIGÉSIMA. La familia debe ser el elemento básico formativo donde se forje la personalidad del menor, es por esto que resulta importante el deterioro en el desarrollo del menor cuando este vínculo se vé dañado y roto por causa de la sustracción.

VIGÉSIMO PRIMERA. La figura jurídica de la patria potestad es usada por el sujeto activo como una defensa ante la ley, ya que es el obstáculo con que se encuentran todos los afectados por este delito al querer denunciar el hecho y que goza de impunidad y que hace pensar que por tener la patria potestad sobre el hijo, se puede hacer con él cualquier cosa y en este sentido se habla de un abuso en el ejercicio de la misma, dejando de cumplir con su finalidad que debe ser atender siempre al interés superior del niño.

VIGÉSIMO SEGUNDA. Las consecuencias que deja este delito son indelebles en los menores, tanto en el plano psicológico como en el físico, dejando secuelas de por vida, poniéndose en riesgo el desarrollo pleno de su persona y afectando sus capacidades psico-sociales.

VIGÉSIMO TERCERA. La venganza es el fin de este delito, pues el menor y su bienestar es lo que menos le importa al sujeto activo, sólo busca hacerle un daño al otro cónyuge o tenedor de la patria potestad y vé en el menor un

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

objeto del cual puede valerse para cumplir su cometido y descargar en él su ira, coraje y frustraciones.

VIGÉSIMO CUARTA. Es necesaria la regulación de esta conducta mediante un tipo penal que la contemple y que contenga una pena suficiente para evitar que se siga dando esta conducta ilícita que ofrece una facilidad enorme para su comisión, por tratarse de los mismos padres en contra de sus hijos menores, quienes oponen nula resistencia ante las agresiones de que son víctimas. Es importante atender siempre al interés superior del niño, pues desde la Convención sobre los Derechos del Niño se ha manifestado que todas las decisiones que tengan relación con los niños deben basarse en el bienestar, seguridad y protección para los menores.

BIBLIOGRAFÍA.

AZZOLINI, Alicia y DE LA BARRERA SOLÓRZANO, Luis. **El Derecho Penal Mexicano. Ayer y Hoy.** Instituto de capacitación de la Procuraduría General de la República. Primera edición. México 1993. 156 pp.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. **Familia y Violencia: Enfoque Jurídico.** Editorial DYKINSON. Madrid 1999. 215 PP.

CANCINO M., Antonio José. **El Delito de Autojusticia.** Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia 1982. 129 pp.

CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte Especial.** Editorial Porrúa. Cuadragésimo segunda edición actualizada. México 2001. 363pp.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA. **II Congreso Nacional sobre Maltrato Infantil.** 23 y 24 de noviembre de 1998. México. 207 pp.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal.** Editorial BOSCH. Barcelona 1981. 488 pp.

D' ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de Menores.** Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Cuarta edición actualizada y ampliada. Buenos Aires 1994. 630 pp.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. **Delincuencia Intrafamiliar y Delitos contra Derechos de Autor**, Editorial Porrúa. México 1998. 381 pp.

F. SOLSONA, Enrique. **Delitos Contra la Libertad**, Editorial Universidad. Tercera edición. Buenos Aires 1995. 427 pp.

FERRERO HIDALGO, Fernando y RAMOS REGO, María A. **Delitos de Lesiones y Contra la Libertad y Seguridad Individual**, Casa Editorial S.A. BOSCH. Primera edición. Barcelona 1998. 811 pp.

GANZENMÜLER ROIG C, J.F. Escudero Moratalla, J. Frigola Vallina. **La Violencia Doméstica**, Editorial BOSCH. Primera edición. España 1999. 432 pp.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. **Derecho Penal Mexicano**, Los delitos. Editorial Porrúa. Trigésimo segunda edición actualizada. México 2000. 478 pp.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. **El Código Penal Comentado**, Editorial Porrúa. Décimo tercera edición actualizada y aumentada. México 2002. 493 pp.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. **Comentarios a la Ley Penal de 1871**, Código Penal de 1871. Editorial Porrúa. México 2000. 323 pp.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. **Los Delitos de Querrela en el fuero Común, Federal y Militar**, Editorial Porrúa. México 1998. 531 pp.

IMBERT, Jean. La Pena de Muerte. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1993. 161 pp.

JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco. Derechos de los Niños. Instituto Politécnico Nacional, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México 2000. 57 pp.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. La tutela penal del honor y de la libertad. Tomo III. Editorial Porrúa. Sexta edición. México 2000. 370 pp.

KOHLER, J. El Derecho de los Astecas. Edición de la revista jurídica de la escuela libre de Derecho. México 1924.

MACEDO S., Miguel. Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. Editorial CVLTVRA. Primera edición. México 1937. 329 pp.

MARGADANT S., Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Editorial Esfinge. Décimo tercera edición. México 1997. 295 pp.

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial. Editorial Porrúa. Sexta edición. México 1992. 165 pp.

PENICHE LÓPEZ, Edgardo. Introducción al derecho y lecciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa. Vigésimosexta edición. México 2000. 322 pp.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat. Derechos de los Padres y de los Hijos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Primera edición. México 2000. 99 pp.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. Desde la Justicia de la Venganza hasta la Justicia Civil. Editorial REUS. Primera edición. Madrid 1986. 453 pp.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto. El Secuestro. Análisis dogmático y criminológico. Consultores exprofeso. Editorial Porrúa. Segunda edición. México 1999. 188 pp.

TREJO MARTÍNEZ, Adriana. Prevención de la Violencia Intrafamiliar. Editorial Porrúa. Primera edición. México 2001. 195 pp.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Análisis de los Delitos en México. Editorial Ángel Editor. Segunda edición corregida y aumentada. México 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LEGISLACIÓN

Código Civil para el Distrito Federal. Agenda Civil. Ediciones Fiscales ISEF, S. A. Séptima edición. México 2000.

Código Penal para el Distrito Federal. Colección Penal. Ediciones Delma. Primera edición actualizada. México 2000.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Editorial SISTA. México 2002.

Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar. Editorial SISTA. México 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. 133a. edición. México 2000.