

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“SUSTRACCIÓN Y RETENCIÓN DE MENORES”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

AURELIO JESÚS ALONSO SERRANO

ASESORA: LIC. AMUCHATEGUI REQUENA IRMA GRISELDA



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios, por estar conmigo
y darme la vida junto con todos
sus avenencias y desavenencias.

A mis padres, por apoyarme y amarme

A mi Universidad, por las enseñanzas
tanto en el aspecto científico como humano.

A mis abuelitos, *in memoriam*
Por sus ejemplos.

“Aparte del alimento que los nutra y de algo que los resguarde de los elementos, los niños precisan pocas cosas materiales, pero sus necesidades espirituales, aunque simples, son absolutas. Si éstas no se satisfacen, ninguna otra cosa puede reemplazarlas. Si se las satisface, ninguna otra cosa importa.”

DESPERT, Louise J.

En efecto, valga este pequeño trabajo
a mis hijos.

Así como a todos los niños que atraviesan
por los laberintos amargos de las relaciones familiares
de mayor importancia:
la de sus padres.

Sustracción y retención de menores.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I-III
CAPÍTULO I EL HOMBRE Y EL ESTADO.....	1
I.- Funcionamiento del Estado.....	1
1.1.1. La Seguridad como fin del Estado.....	6
1.1.2. La fuerza del Estado.....	12
II.- Importancia y funcionamiento del Derecho.....	17
2.1.1. Objetivos del Derecho Penal.....	19
2.2.1. Estructura del Derecho Penal Mexicano.....	23
CAPÍTULO II MARCO DE REFERENCIA.....	30
I.- La Familia.....	30
1.1.1. Definición de Familia.....	46
1.2.1. Desarrollo del menor en el núcleo familiar.....	47
II.- Disolución y desintegración familiar.....	56
2.1.1. Vías de <i>facto</i> y de <i>jure</i> , para la disolución del vínculo de la pareja progenitora.....	64
2.2.1. Efectos que resiente el menor en su desarrollo a causa de la falta de alguno de sus progenitores.....	66
2.3.1. Situación del menor, en cuanto a la residencia, estancia y convivencia con sus progenitores.....	81
CAPÍTULO III ANÁLISIS DE LOS TIPOS DELICTIVOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL 366 <i>quáter</i> Y EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL 173.....	96
I.- Concepto de sustracción y retención de los menores.....	96
II.- Naturaleza jurídica.....	101
III.- Clasificación del delito.....	110
3.1.1. En función de su gravedad.....	110
3.2.1. Según la conducta del agente.....	111
3.3.1. Por su resultado.....	112
3.4.1. Por el daño que causan.....	114
3.5.1. Por su duración.....	115
3.6.1. Por el elemento interno o culpabilidad.....	118
3.7.1. En función de su estructura (delitos simples y complejos).....	119
3.8.1. En relación con el número de actos integrantes de la acción típica (delitos unisubsistentes y plurisubsistentes).....	121
3.9.1. En relación al número de sujetos que intervienen en el hecho típico (delitos unisubjetivos y plurisubjetivos).....	123
3.10.1. Por su forma de persecución.....	124
3.11.1. En función de su materia.....	125
3.12.1. Clasificación legal.....	127
IV.- Presupuestos del delito.....	128
V.- Elementos del delito (aspectos positivos y negativos).....	131
5.1.1. Conducta o Hecho (Actividad).....	131

5.1.2. Ausencia de conducta o hecho. Falta de acción.....	150
5.2.1. Tipicidad.....	157
5.2.2. Atipicidad y ausencia de tipo.....	171
5.3.1. Antijuridicidad	173
5.3.2. Causas de justificación	177
5.4.1. Imputabilidad	191
5.4.2. Causas de inimputabilidad	192
5.5.1. Culpabilidad	198
5.5.2 Causas de inculpabilidad.....	205
5.6.1. Condicionalidad Objetiva.....	212
5.6.2 Falta de condicionalidad objetiva.....	213
5.7.1. Punibilidad.....	214
5.7.2. Excusas absolutorias	215
CAPÍTULO IV EFICACIA Y APLICACIÓN DE LOS TIPOS PUNITIVOS	217
I.- Momento y forma en que tienen aplicabilidad los tipos punitivos en estudio para la protección de los bienes jurídicos que tutelan	217
1.1.1. ¿Se toman en cuenta los daños causados a los menores?	223
II.- Eficacia real en la aplicación de los tipos delictivos en estudio.....	229
2.1.1. Prescripción del delito en cita	231
2.2.1. Posibles soluciones y lineamientos para enfrentar la problemática planteada	234
CONCLUSIONES	245
PROPUESTAS	251
BIBLIOGRAFÍA:.....	257
LEGISLACIÓN:.....	262
ANEXOS	i-xv

INTRODUCCIÓN

El ser humano es un ser social por naturaleza, quizás por ello se da origen a la familia, entendiéndose por esta al grupo integrado, por padres (padre y madre) e hijos, no obstante cabe aclarar, que la pareja en sí, ya conforma una familia, ya que puede acontecer que por diversas circunstancias, no existan los hijos; con todo, el objeto central, de este tema propuesto, son precisamente los hijos.

Se ha considerado a la familia como la célula de una sociedad, ahí radica su importancia para cualquier Estado, sin embargo, pareciera que este principio no pasa de ser en la actualidad más que un concepto meramente teórico, pues lo común y cotidiano, suele ser: violencia familiar, madres solteras, divorcios, en pocas palabras, una desintegración familiar o familia disfuncional.

La separación de la pareja, como el divorcio en el caso del matrimonio, puede tener diversas causas y en ese sentido diferentes medios para deshacer el vínculo matrimonial, así como diferentes consecuencias. Estas consecuencias pueden declinar en el daño psicológico o físico entre los cónyuges o concubinos, sin embargo, considero que dichas consecuencias, generalmente son aceptadas y enfrentadas por los cónyuges, pues es de destacar, que estos ostentan la capacidad de goce y de ejercicio pleno en la mayoría de los casos, no así, sucede con los menores hijos, producto del matrimonio o de la unión de la pareja.

Resultan ser los hijos menores de edad por lo tanto, un elemento importante y transgredido sin lugar a dudas, como consecuencia de la disolución del vínculo de unión de los padres, cualquiera que sea la denominación que este reciba (matrimonio, concubinato, unión libre, etc.), pasando el futuro y destino de los hijos a un segundo término, o como una

cuestión accesoria o final, tanto por sus propios padres, así como para los órganos de autoridad.

Así, para los progenitores, lo único que les interesa es separarse (ya sea por causas justificadas o injustificadas) lo más pronto posible de la persona con quien procreó a su menor hijo, y como este último no ostenta la capacidad de ejercicio, queda impunemente al arbitrio de lo que decida la pareja, en el mejor de los casos, pero sí tiene el infortunio de que se encuentre en poder de su padre o su madre y éste decide sustraerlo del núcleo familiar, y más aún, no le permite tener contacto jamás con su otro progenitor, resulta que el daño que recibe el menor muchas veces es irreparable, pues precisamente ese tiempo de desarrollo de su vida, jamás podrá ser repuesto, resarcido, o enmendado por ningún medio.

En cuanto a las funciones que deben desempeñar los órganos de autoridad, en sus tres distintas modalidades señalo: legislativo (en la creación de una normatividad en donde vislumbre verdaderamente los problemas que viven día con día los menores de edad, incluyendo los problemas familiares, ofreciendo soluciones concretas y reales), judicial (a través de los jueces, ya sean en materia familiar o penal, en donde se busque la protección, y dentro de lo que cabe, un mejor desarrollo físico y psicológico del menor), administrativo (correspondiente al Agente del Ministerio Público, que como órgano ostenta el monopolio de la acción penal, así como de representación social, tiene la obligación de velar por la protección de los menores), el Estado a través de estos órganos de autoridad, debe buscar el desarrollo integral de la familia, y en caso de que esto no sea posible, asegurar el desarrollo armonioso de los menores.

Como es de observarse, los menores, no deberían ser un problema secundario, como consecuencia de la desintegración familiar, puesto que si bien es cierto, que ellos no tienen la capacidad de dar decisiones propias, y por lo tanto (además encontrarse, como popularmente se dice: entre la espada y la pared, es decir, ¿Con quien te vas, con tu mamá o con tu papá?) poder lograr una decisión o determinación tan trascendente para su vida; también lo es, que

ellos son ajenos y deben serlo, de los problemas de sus progenitores, ya que estos, antes de la conformación de su menor hijo, si tenían la capacidad de decisión para vivir o convivir en pareja, y más aún, para la procreación del menor, luego, ¿Por qué la protección de los menores, es consecuencia, un paso secundario en la disolución de la pareja?, ¿Por qué decidir a nombre del menor de manera arbitraria, y muchas veces impunemente sobre la decisión respecto a con cuál de sus padres deberá permanecer, limitándolo en el mejor de los casos, en que pueda convivir con su otro progenitor?.

Afortunadamente, en el Código Penal para el Distrito Federal vigente, en los artículos 171 al 173, se da un gran avance en cuanto la protección hacia los menores respecto del abuso del que pueden ser objeto, como consecuencia de los problemas familiares referidos, abriéndose con ello, una vía jurisdiccional más para la protección de los menores, siendo esta la vía penal.

Por los motivos señalados, considero importante el estudio de estos tipos penales, para poder determinar su eficacia, aplicación y efectividad, ya que como he reiterado, debe tomarse ante todo la protección de los menores, buscando con ello el mejor desarrollo posible de estos, tanto física como psicológicamente, pues no debe olvidarse, que precisamente son ellos los que pueden mejorar, o incluso terminar con su entorno incluyendo obviamente el social.

CAPÍTULO I EL HOMBRE Y EL ESTADO

I.- Funcionamiento del Estado

Ante todo, parto de la premisa que el hombre es un ser racional y social por naturaleza, además, el ser humano no es un ente aislado, pues está en contacto con su entorno natural y social.

A través de la política el ser humano puede desarrollarse y evolucionar de manera paulatina, resolviendo sus diferencias con las demás personas que viven en su medio, surgiendo para ello diferentes instituciones, organismos y demás ordenamientos para asegurar la permanencia de un orden social establecido.

Así, el maestro Andrés Serra Rojas hace referencia a las diferentes instituciones políticas que el hombre va desarrollando a través de la Historia, desde el inicio de las primeras agrupaciones humanas, que dieron como consecuencia el surgimiento de las primeras normas consuetudinarias, las cuales sin duda, encuentran justificación, en la conservación del ser humano al interior de los primeros núcleos sociales, en consecuencia, dichos lineamientos de conducta fueron robusteciéndose al paso de la constante evolución del hombre.¹

De lo anterior, se deduce que de la convivencia social del hombre, se encuentran individuos de diferentes formas pensar y actuar, lo que evidentemente genera continuamente discrepancias entre los integrantes de la sociedad, consecuentemente, el surgimiento de diversos conflictos, y precisamente para la solución de los problemas mencionados el ser humano se ha dado a la tarea de buscar diferentes mecanismos para su solución.

¹ Cfr. SERRA ROJAS, Andrés. *Ciencia Política*. Décima Edición Editorial Porrúa S. A. México 1991. pág.: 39.

En efecto, el surgimiento de estos conflictos, originó la búsqueda de múltiples mecanismos de solución, desde la política, hasta el surgimiento del Derecho, e inclusive la creación y justificación del Estado mismo, puesto que todos estos mecanismos e instituciones, son creados precisamente, con la única finalidad de poder lograr una convivencia social, de modo que se encuentran al servicio del hombre.

Es por ello, que con acierto el maestro Mario de la Cueva señala: “La política comprende todos los aspectos de la vida social en todos los capítulos y en todos los aspectos de su actividad”.² Pues la política es un invaluable mecanismo para la solución de los conflictos del ser humano ya que a través de ella el ser humano interactúa con su entorno social, creando para ello diferentes instituciones y medios para la convivencia entre los individuos integrantes de la sociedad.

Con el establecimiento de la organización social del hombre, se buscó la armonización del ser humano con su entorno social, aunque esto trajo como consecuencia ineludible el surgimiento de instituciones rectoras de su vida, como la religión, más destaca entre todas el surgimiento del poder o mando como elemento imprescindible para el sostenimiento de los grupos sociales.³

El surgimiento de este nuevo organismo imprescindible para la organización del ser humano, trae como consecuencia nuevas series de luchas al interior de la sociedad, es decir, entre gobernantes y gobernados, los que ejercen el poder y el pueblo que obedece, por lo que se hace necesaria la creación de una normatividad que regule estos conflictos, tanto los suscitados entre los propios gobernados en sus relaciones privadas, o entre las propias autoridades en una relación de coordinación, así como entre autoridades o gobernantes y gobernados.

² CUEVA de la, Mario. *Teoría del Estado*. Editado por Francisco Berlín Valenzuela. Agosto de 1961. Pág.: 37.

³ SERRA ROJAS, Andrés. Op, cit, pág.: 39, 56.

El Estado es una de las instituciones más importantes que el ser humano ha creado, con el propósito de preservar el orden social, en donde ciertamente se encuentran hombres que mandan y hombres que obedecen. Además de estas relaciones de dominio, también tienen entre sí relaciones de igualdad, surgiendo de esta forma los diferentes juegos de relaciones entre las personas que conviven en una sociedad, siendo cada una de estas personas, elementos importantes e imprescindibles para el desarrollo del Estado, e inclusive para la misma existencia de éste, pues sin duda, la existencia del ser humano resulta ser el elemento esencial de las creaciones del hombre, de tal suerte que el Estado y demás elementos y organizaciones, que tienen como la finalidad preservar la convivencia del ser humano, dejarían de tener justificación o simplemente dejarían de existir, cuando éstas dejen de ser útiles para los fines creados, con mayor razón si el ser humano deja de existir.

En ese sentido, el Estado encuentra contenido en elementos fundamentales, los que de acuerdo al autor Porrúa Pérez, tienen una relación en la siguiente manera: primeramente la sociedad humana, se encuentra asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico, que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes.⁴

Al respecto, el maestro De la Cueva, explica al Estado, como algo distinto del pueblo y de gobierno, explicando que es un producto de la vida contemporánea, pues el Estado es una corporación territorial dotada de un poder de mando originario, por lo que el Estado se compone de tres elementos: un pueblo o una corporación, un territorio y de un poder de mando originario, que es el gobierno, o simplemente el poder. El Estado se separa de la población: no se confunde con la *polis*, tampoco el territorio es el Estado, ni lo es el gobierno, sino que el Estado es una síntesis suprema de los tres elementos: pueblo, gobierno y territorio.⁵

⁴ Cfr. PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. Decimatercera Edición Editorial Porrúa, S. A. México 1979. Págs.: 188-190.

⁵ Cfr. CUEVA de la, Mario. *Teoría del Estado*. Op, cit, pág.: 8.

Se sigue que el Estado, es un ente integrado por los tres elementos fundamentales señalados por los citados maestros, territorio, pueblo y gobierno o poder, pese a ello, considero que además del Estado, el Derecho es la segunda institución fundamental para la conservación del orden social, pues no obstante que de las definiciones citadas pareciera no tener relación con la ciencia en mención, esto no es así, pues como certeramente señala el maestro Acosta Romero, los elementos fundamentales del Estado se encuentran y deben estar sometidos a un marco jurídico, en donde se regule la función y relación de cada uno de los elementos integrantes del Estado.⁶

Por otra parte, para que el Estado pueda cumplir con las funciones que le son encomendadas, desde el punto de vista interno o nacional, es indispensable que cuente con una soberanía como tal, así como un reconocimiento de éste por parte de la población, es decir, que tenga legitimidad en su actuar y su conformación, con el propósito de que pueda ejecutar y realizar actos propios de su encargo, pues de no ser así, no se respetarían sus decisiones y no tendrían efecto real, cayéndose en un estado de anarquía, pero por el contrario si se llega al exceso en cuanto a la aplicación de la fuerza para hacer cumplir sus determinaciones, dichos actos de no ser controlados, se correría el peligro de caer en el despotismo, exceso de autoridad o autoritarismo, por lo que deberá de buscarse el justo medio, el cual debe plasmarse en un marco jurídico, logrando así un equilibrio de las decisiones del Estado.

Lógicamente, el Estado realiza o materializa sus decisiones a través de los diversos organismos e instituciones en donde deposita o plasma el elemento de poder o gobierno, y de ésta manera puede materializar su voluntad⁷. Lo cual no quiere decir que sólo las instituciones u organismos de poder o de gobierno son los elementos indispensables para la existencia del Estado, pues si bien es cierto que el gobierno o el poder como elemento del Estado, es el encargado de la regulación y vigilancia de los otros dos

⁶ ACOSTA ROMERO, Miguel. *Compendio del Derecho Administrativo (Parte General)* Editorial Porrúa. S.A. de C.V., México 1996, Págs.: 48-49.

⁷ Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*. Octava Edición Editorial Porrúa S. A. México 1992, pág.: 369.

elementos restantes (pueblo y territorio), no menos cierto es, que éstos últimos son elementos imprescindibles para la propia existencia del Estado.

Por consiguiente, las instituciones deben responder, ciertamente a las necesidades sociales reales, y por lo tanto, deben prestar los servicios necesarios para satisfacerlas. Mientras esto es así, su existencia se explica y justifica. De lo contrario, de no satisfacerse las necesidades del hombre, o bien la institución deja de rendir los servicios a la que está obligada, o se corrompen los sujetos que la representan, entonces la confianza del pueblo se aparta de ellas lentamente, y por lo tanto dejan de ser útiles para resolver la problemática para la cual fueron creadas, de tal manera que llegará un momento en que deberán de dejar de existir.

Criterio compartido por el maestro González Uribe quien afirma, que efectivamente el Estado como persona jurídica, debe estar sometida en su actuación, dentro del marco jurídico establecido, pues su actuar, no debe estar por encima de este marco legal establecido.⁸

Con todo, el marco jurídico que rige la vida del Estado, debe ir evolucionando a la par del desarrollo de la sociedad, al igual que las demás creaciones del ser humano tendientes a la preservación del hombre, por lo que comparto el criterio expresado por el ministro Serrano Robles, quien refiere: que el Estado se justifica sólo en cuanto a que es un medio para que todos los gobernados logren la realización de sus metas, de sus fines, y, por lo mismo, de su libertad. Por eso el Derecho no es una creación caprichosa del Estado; el Derecho debe ir surgiendo de la vida diaria; el Derecho debe tomar en consideración la realidad de las cosas, las necesidades del gobernado, ya que sólo atendiendo a ellas se justifica su formación.⁹

Por lo tanto, el fin del Estado y su justificación, consiste en favorecer los intereses solidarios e individuales, nacionales y humanos en la dirección de

⁸ Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. Op, cit, pág.: 199.

⁹ Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Manual de Juicio de Amparo*. 2ª Edición Editorial Themis. México 2003. págs.: 6-7.

una evolución progresiva y común. Con todo, a través del Derecho, es como se garantiza la seguridad hacia los miembros integrantes de una sociedad, pues basta recordar que los elementos del Estado han aparecido sucesivamente en la historia de nuestro planeta. Primero fue el territorio, en segundo lugar el hombre junto con la sociedad o comunidad, consecuentemente a la organización social del ser humano, surge el poder o el gobierno, y por último aparece la subordinación de la fuerza en el Derecho, todo ello para la supervivencia y autodefensa del hombre.

1.1.1. La Seguridad como fin del Estado

Retomando el estudio realizado del Estado, se parte de la premisa que para la justificación a su existencia, es menester que tenga fines que realizar, además, debe ser idóneo y acorde a las problemáticas que día con día se presentan durante el constante desarrollo de la sociedad.¹⁰

Ahora bien, como ya se ha establecido, las instituciones que crea el hombre, como es el caso del Estado, tienen como finalidad esencial servir al hombre, no obstante, dentro de la protección del hombre mismo, surgen diversas problemáticas ante un sin fin de conflictos de intereses, debiendo prevalecer sobre ellos, el bien público, el cual tiene las siguientes características que señala Porrúa Pérez:

Los elementos formales del bien público pueden reducirse a tres categorías:

- 1.-Necesidad de orden y de paz.
- 2.-Necesidad de coordinación, que es también orden, pero desde este especial punto de vista.

¹⁰ Cfr. SERRA ROJAS, Andrés. *Ciencia Política*. Op, cit, pág.: 68.

3.-Necesidad de ayuda, de aliento y eventualmente de suplencia de las actividades privadas.¹¹

De ahí que con la creación del Derecho, se busque la posibilidad de que el individuo como persona pueda desarrollarse en el mundo social donde convive, regulando de esa forma la diversidad de valores, bienes e intereses existentes entre los elementos que conforman el Estado, en consecuencia, en el Derecho queda establecido la organización, estructura y funcionamiento del Estado.

Naturalmente, en esta institución también quedaron comprendidas las aspiraciones más profundas del ser humano, enmarcando con ello, las tareas y los fines fundamentales del Estado, tal y como lo refiere el maestro De la Cueva, pues tanto el gobierno como el pueblo, en esa relación de supra a subordinación cada cual debe cumplir con los lineamientos enmarcados en los ordenamientos jurídicos establecidos, en consecuencia, todos los elementos del Estado deben estar subordinados al Derecho.¹²

El gobierno como elemento del Estado, es el responsable de la conducción y organización del propio Estado, será el encargado de velar por el cumplimiento cabal y efectivo de los objetivos y fines del propio Estado, a través de sus diferentes organismos e instituciones que lo conforman. Es por ello que el Estado tiene como elemento de decisiva importancia a la autoridad o poder público (gobierno), que representa la fuerza moral, la fuerza física y el poder. Con la misión de conducir a los individuos y grupos a la realización del bien público temporal.

Así lo considera el maestro González Uribe, quien añade que la legitimidad, es elemento imprescindible que debe ostentar el gobierno o poder como elemento del Estado, frente al pueblo, pues antes del empleo de la fuerza

¹¹ PORRÚA PÉREZ, Francisco. Op, cit, págs.: 276-279.

¹² Cfr. CUEVA de la, Mario. *Teoría del Estado*. Op, cit, pág.: 85.

del Estado, las decisiones deben ser aceptadas en el interior de los seres humanos integrantes de la sociedad, lo que él le llama, un deber ético.¹³

Dentro de la justificación de la existencia del Derecho, debe destacarse que es una herramienta indispensable para la salvaguarda de los derechos mínimos de las personas, frente a poder soberano del Estado, pues preserva y garantiza el bien común, como lo explica González Uribe, empero, para poder cumplir a cabalidad los objetivos del Estado, el Derecho debe ir cambiando a razón de las necesidades crecientes y cambiantes de la sociedad.¹⁴

Por consiguiente, para garantizar el cabal cumplimiento de las tareas que le son encomendadas al Estado, se deberá estar atento a los lineamientos establecidos por el Derecho. En el caso en concreto de nuestro país, la estructura, organización y funcionamiento del Estado mexicano, queda plasmado en nuestro ordenamiento jurídico máximo que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (de acuerdo a lo que establece este mismo ordenamiento, en su numeral 133), por lo que lógicamente, los derechos mínimos reconocidos por el Estado hacia sus gobernados quedaron contenidos en este cuerpo normativo, las Garantías Individuales, de tal suerte, que el reconocimiento de estos derechos, son las garantías mínimas que quedaron protegidos frente a la fuerza y acción del Estado, siendo el primer paso indispensable para garantizar la seguridad jurídica de los gobernados.

Asimismo, el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela, explica y define el funcionamiento de las garantías individuales:

Este concepto se forma, según las aplicaciones que proceden, mediante la concurrencia de los siguientes elementos:

1.-Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos);

¹³ GONZÁLEZ URIBE, Héctor. Op, cit, pág.: 307.

¹⁴ Cfr. Ibid. pág.: 371.

2.-Derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto).

3.-Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).

4.-Previsión y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental (fuente).¹⁵

En lo referente a la relación de supra a subordinación señala que ésta surge de los dos elementos del Estado colocadas en distinto plano, por un lado el poder y por el otro el pueblo, o como el prestigiado maestro le llama, relación entre los órganos de autoridad con el gobernado, añadiendo que la característica del acto de autoridad es la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.¹⁶

Por su parte el Ministro Arturo Serrano Robles, indica que “los derechos del gobernado que debe de respetar toda autoridad constituyen garantías individuales”¹⁷.

Cabe resaltar, que esa protección otorgada al pueblo, como elemento integrante del Estado, es realizado a través del sometimiento de este último hacia el Derecho, y en el caso en concreto, se trata de los derechos reconocidos al gobernado por nuestro ordenamiento jurídico máximo que es la Constitución.¹⁸

La protección de los derechos fundamentales de las personas, frente a los actos de autoridad por parte del Estado, concretamente los emitidos por parte de los órganos de autoridad, corresponde su titularidad a los “gobernados”,

¹⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Vigésima Edición Editorial Porrúa, S. A. México 1986. Pág.: 187.

¹⁶ Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Op, cit, pág.: 167.

¹⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Op, cit, pág.: 7.

¹⁸ Cfr. DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *La Defensa Jurídica de la Constitución en México*. Editorial Grupo Herrero, S.A. de C.V. México, 1994, pág.: 68.

término idóneo, pues con este término considero se engloba tanto a las personas físicas como a las personas morales, éstas últimas en sus diferentes modalidades, puesto que como tales también son entes susceptibles de ser afectados en su esfera jurídica, criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al realizar una interpretación amplia del artículo primero Constitucional tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación, tomo V (véase anexo 1).

Efectivamente, se crean las Garantías Individuales como grupo de derechos tendientes a preservar la eficacia de este tipo de los valores y principios indispensables para el desarrollo de las personas, establecidos en este ordenamiento jurídico supremo, incluso, para reforzar o asegurar el cabal cumplimiento y observancia de estos derechos establecidos por el Constituyente, creó un grupo de garantías encargadas de velar por su eficacia, conocidas estas como Garantías de Seguridad Jurídica.¹⁹

El maestro Juventino V. Castro, entiende a las garantías de seguridad jurídica como las garantías de procedimientos, reafirmando esta situación al referir: “muchas de las garantías Constitucionales que incluimos en este Capítulo como garantías de procedimientos, los autores las clasifican como garantías de seguridad jurídica”²⁰. Comienza por señalar que este tipo de garantías abarcan una serie de garantías Constitucionales de carácter instrumental, que establecen las formas y los procedimientos a que deben sujetarse las autoridades, para poder lícitamente invadir el campo de las libertades individuales, o bien para hacer respetar el orden público necesario para toda sociedad organizada. Por otra parte, en lo que concierne a la obligación correspondiente al Estado como garante de los preceptos Constitucionales, indica que debe considerarse a la obligación como de índole activa, o sea de un carácter tal que para cumplir con ellos, las autoridades deben realizar actos positivos ejecutando requisitos, condiciones, elementos o

¹⁹ PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Las Garantías Individuales, Parte General*. Colección Garantías Individuales. Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2004, pág.: 78.

²⁰ CASTRO, Juventino V. *Lecciones de Garantías y Amparo*. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1989, pág.: 213.

circunstancias necesarias para que la afectación generada sea jurídicamente válida, y no un mero respeto o una abstención de tales elementos²¹.

Por ende las garantías de seguridad jurídica o de procedimientos, son los derechos Constitucionales tendientes a velar por un real y efectivo cumplimiento de las demás garantías reconocidas a los gobernados.

En una interpretación de tipo gramatical de estas garantías en estudio, la obra editada por nuestro Máximo Tribunal, refiere que la palabra “seguridad” deriva del latín *securitas*, -atis, que significa “cualidad de seguro” o “certeza”, así como “cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación”. Por lo que concluye que la seguridad jurídica es la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, su familia, sus posesiones o sus derechos serán respetados por la autoridad, pero si ésta debe producir una afectación en ellos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias.²²

Por lo que el objetivo de las garantías de seguridad jurídica es consolidar el Estado de Derecho, cuya ausencia en cualquier sociedad preludia la descomposición de las relaciones humanas y, por ende, la anarquía, siendo en consecuencia la seguridad jurídica de los gobernados, uno de los fines fundamentales del Estado.

²¹ Cfr. CASTRO, Juventino V. Op, cit, págs.: 212-213.

²² Cfr. PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Las Garantías de Seguridad Jurídica* Colección Garantías Individuales. Suprema Corte de Justicia México, 2004, págs.: 9-14.

1.1.2. La fuerza del Estado

Para que pueda ser posible la permanencia del orden social e inclusive para la existencia del Estado mismo, es indispensable la fuerza del Estado manifestada a través de un poder coactivo, para la realización de sus actos, sin embargo, dicha fuerza debe estar subordinada a un orden jurídico, con el propósito de no caer en el exceso de ejercicio de ese poder, es decir el autoritarismo, como ya lo había señalado certeramente el maestro Serra Rojas:

es penoso reconocer que en la medida que el Estado y la sociedad se han complicado, la libertad se ha restringido y los llamados derechos sociales o libertades colectivas acabaran por eliminar, disminuir o transformar el círculo reducido del status individual.²³

En consecuencia, tomando en cuenta que el hombre siempre ha luchado, y luchará por su libertad, en el ejercicio de poder realizado día con día por parte de los órganos de autoridad, deberá tomarse en cuenta las libertades fundamentales del ser humano, prevaleciendo así el Estado de Derecho y un orden social, pero también, debe de asegurarse el cumplimiento de las tareas encomendadas al Estado, pues de no ser así, sus decisiones, o los ordenamientos legales, sólo serían meros conceptos doctrinarios o espirituales, carentes de aplicabilidad y eficacia, en una palabra no tendría justificación la existencia de las mencionadas instituciones.

Hacer un estudio de la fuerza del Estado, necesariamente debe abocarse al análisis de lo que es la “coercitividad”, y “coacción”.

La coactividad y coercitividad encierran dos concepciones distintas, el Estado, por medio de estos dos términos hace cumplir sus determinaciones y por medio de estos conceptos es como aplica su fuerza, pues existe primeramente una amenaza de sanción en caso de su inobservancia, siendo esta también una manifestación de la fuerza del Estado (coactividad), y

²³SERRA ROJAS, Andrés. *Ciencia Política*. Op, cit, pág.: 15.

posteriormente en caso de materializarse el incumplimiento del mandato del Estado, conlleva necesariamente hacer efectiva la aplicación la sanción prevista en la ley, materializándose con ello la ejecución de la sanción(coercitividad), o acción de la fuerza del Estado.

Dentro de las múltiples definiciones de tales términos, cito las siguientes: “Coactivo, resulta ser: Coactivo, -va (derivado de latín coactu, impulso) adjetivo. Que tiene fuerza de apremiar u obligar”²⁴. Se puede decir que en el manejo del término en estudio, hace referencia a la acción que se tiene, pero que no necesariamente lleva aparejada con ella la ejecución o materialización de dicha fuerza. Por otra parte, “Coercer (latín. -ere) tr. Contener, refrenar, sujetar. conjugado. Como mecer. Uso en español. Como término jurídico, lo mismo que sus derivados. El sujeto que coerce es la ley, la autoridad, el mando”²⁵. En esta definición ya se hace referencia al empleo o materialización de dicha fuerza.

Otra definición es:

La palabra coacción, del latín coactio, es, según el Diccionario de la Lengua, fuerza o violencia que se hace a una persona para precisarla a que diga o ejecute una cosa. En fin coacción es la fuerza o violencia que obra sobre el ánimo y por lo tanto sobre la libertad del hombre, pudiendo ser física o moral.²⁶

Es de resaltar que de la definición señalada, hace referencia que la fuerza o violencia recae sobre el ánimo de las personas, lo que sin duda representa la amenaza de una sanción.

No obstante, debe tomarse en consideración que el manejo de los términos en estudio, ha generado confusiones en su manejo, verbigracia: el Maestro Andrés Serra Rojas comienza por explicar que la coacción se refiere a la fuerza física o moral que resiente una persona, encaminada a la realización

²⁴ ENCICLOPEDIA MICROSOFT® Encarta® 2002. © 1993-2001 Microsoft Corporation.

²⁵ ENCICLOPEDIA MICROSOFT® Encarta® 2002. © 1993-2001 Microsoft Corporation.

²⁶ OMEBA. *Enciclopedia Jurídica*. Tomo III. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires Argentina 1955. Pág.: 86.

de una conducta, aún en contra de su voluntad, pues se trata de una sanción.²⁷ Por lo que respecta a coerción señala: “Coerción. Acción de contener, de refrenar, de sujetar a alguien”²⁸. Por lo que considera a ambos términos como sinónimos, con todo, cuando define la coercibilidad, la explica como la fuerza que la autoridad realiza para hacer efectivo el cumplimiento de las normas.²⁹

En consecuencia, se llega a la conclusión de que el término coactivo se refiere a una amenaza de la aplicación de una sanción en caso del incumplimiento de un mandato del Estado, es decir, es la acción estática, la cual deberá basarse en un ordenamiento jurídico de tal manera que no se caiga en un autoritarismo. En otras palabras, en la coacción sólo existe una amenaza y una potestad para hacer efectiva esa sanción en caso de incumplimiento. Por otro lado la coercitividad ya es la ejecución de la acción, es decir, hacer efectiva la amenaza de la sanción, por medio de la fuerza del Estado, con el propósito de hacer cumplir sus determinaciones previstas en la ley, previo a las formalidades en ella previstas.

Por lo expuesto, se puede apreciar el justo equilibrio que debe existir entre la fuerza que ejerce el Estado para hacer cumplir sus determinaciones, en las que puede verse afectada su esfera jurídica de los gobernados, pero siempre observando las garantías mínimas reconocidas por él.

Por ello, con justa razón Andrade Sánchez, insiste en la necesaria existencia de la interrelación dialéctica entre el Poder y el Derecho, en donde también debe existir entre cada uno de los elementos del Estado, gobierno y pueblo, una relación de mando-obediencia cargada de legitimidad, elemento indispensable para la solidez de organización social.³⁰

²⁷ Cfr. SERRA ROJAS, Andrés. *Diccionario de Ciencia Política*. Tomo A-LL. Facultad de Derecho. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1998, pág.: 198.

²⁸ SERRA ROJAS, Andrés. *Diccionario de Ciencia Política*. Tomo A-LL. Op, cit, pág.: 203.

²⁹ SERRA ROJAS, Andrés. Op, cit, pág.: 203.

³⁰ ANDRADE SANCHEZ, Eduardo. *Introducción a la Ciencia Política*. Segunda Edición. Editorial Harla S. A. de C. V. México 1990 pág.: 72.

Se sigue que el Estado debe ostentar y hacer efectivo el cumplimiento de la ley por medio de su fuerza, pero como última instancia, por ello es indispensable la legitimidad de sus autoridades, aunque en caso de hacerse necesaria la aplicación de la fuerza, debe ser en estricta observancia de la Ley, realizando así su cometido, desempeñando las funciones que le son encomendadas. Mientras esto es así su existencia se explica. Pero cuando las necesidades se transforman o desaparecen, o bien la institución deja cumplir con los objetivos planteados, o se corrompen los sujetos que la representan, entonces la confianza del público se aparta de ellas lentamente, y por lo tanto dejan de ser útiles para resolver la problemática para la cual fueron creadas de tal manera que llegará un momento en que deberán de dejar de existir.

Por otra parte resulta importante, la preservación del orden social, equilibrando el uso de la fuerza del Estado, a modo de que no sea utilizada de forma desmedida, de ahí la importancia de que el ejercicio del poder por parte del Estado deba de ser controlado, pues:

No es lo mismo un gobernante autoritario que un gobernante con autoridad. La legitimidad del Estado como institución como primera causa, y el estricto apego a la ley, como segunda, dan autoridad al Estado y a sus funciones.³¹

Esto es, que para que tenga efectividad la pretensión de ser obedecido el Derecho, debe basarse en la creencia por parte del destinatario del mandato, de que es legítimo, es decir, que se sustenta en la razón, en la justicia o en la moral, de ahí el señalamiento de Andrade Sánchez: “siempre será necesario un equilibrio mínimo entre el temor a ser castigado y el reconocimiento de que es preciso obedecer, porque el que manda esta legitimado para hacerlo”³².

Por lo que para González Uribe los órganos de autoridad deben de revestir dos elementos importantes, uno es la legalidad y el otro la legitimidad,

³¹ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Editorial Miguel Ángel Porrúa S. A. México 1979. Pág.: 15.

³² ANDRADE SANCHEZ, Eduardo. Op, cit, pág.: 73.

cumpliendo de esta manera con la forma y el fondo, respectivamente.³³ O como lo diría más adelante, la legitimidad y la legitimación, en donde ambos se complementan pues el primero se refiere principalmente a la forma de transmisión del poder y el otro al ejercicio de este con las modalidades ya estudiadas.³⁴

Por lo tanto, al *imperium* de la Ley o del Derecho, deben quedar sometidos los elementos integrantes del Estado, por lo que consecuentemente su fuerza no puede ser la excepción, y por tanto también debe quedar sometida al Derecho, pues es precisamente el marco normativo, es el que va a permitir a cada organismo, institución y personas, la convivencia social y por ende la supervivencia del Estado mismo.

II.- Importancia y funcionamiento del Derecho

De entrada, se parte de la idea que el mundo social está gobernado por una norma, la cual dice cómo el hombre debe conducirse; en el mundo de la naturaleza, se encuentra regido por una norma que tiene su origen en la voluntad de Dios o de la naturaleza y que ordena la conducta de los fenómenos. La ley natural y norma son dos conceptos radicalmente distintos y aun opuestos: La ley natural es la expresión del acaecer real de los fenómenos; señala lo que está sucediendo, lo que ha sucedido y lo que va a suceder; las normas jurídicas, las morales y los convencionalismos sociales nunca dicen cómo obran realmente los hombres: dicen no debes robar, no debes matar, pero puede suceder que los hombres roben y maten; las normas no expresan lo que efectivamente acontece, sino lo que debiera acontecer.

³³ Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*. Op, cit, pág.: 251.

³⁴ Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor. Op, cit, pág.: 365.

Sin embargo, no basta con que sólo quede plasmado el deber ser, sino deberá de buscarse la efectividad de las leyes o normatividades establecidas, a través de lo que Aurora Arnáiz Amigo refiere como el poder soberano y un Derecho coactivo del Estado delgada por el pueblo.³⁵ Por lo que resulta necesaria la existencia de una fuerza efectiva del Estado, como ya se ha señalado, para poder dar cumplimiento al espíritu de las normas arribándose a la materialización del deber ser que se encuentran contenidos dichos ordenamientos, pero utilizada conforme a Derecho y como último recurso.

Es por ello que el Derecho constituye el instrumento a través del cual el poder se organiza y se expresa cotidianamente en una colectividad, pues efectivamente, las normas constituyen un deber ser, y aunque, el contenido de la ley se refiere al deber ser, puede ser independiente a su cumplimiento o mejor aún, él deber ser puede o no cumplirse, por lo que la posibilidad de su incumplimiento, da origen a la sanción, pues la idea de la sanción no tiene sentido en el mundo de la naturaleza, pues los fenómenos del mundo físico ocurren o dejan de ocurrir; sancionar a los fenómenos físicos es insensato. Castigar a una persona porque roba o porque mata, es un acto pleno de sentido.

De ahí que cada sistema jurídico o cada Derecho, va ser y debe ser acorde a la sociedad donde se desenvuelve, pues las necesidades del ser humano son variables, pues el Derecho no puede dar a diestra y siniestra infinidad de normas sin observar o tomar en cuenta si las referidas normas están o no acordes a la realidad social, si permiten o no desenvolverse al pueblo libremente en su ámbito personal, pues en efecto, el hombre ama y busca valores como la libertad, la igualdad, la dignidad y la justicia, como elementos mínimos para su desarrollo, por lo que el Estado debe velar por su efectivo cumplimiento, pues la falta esta previsión ha sido la causa a través de la historia de múltiples movimientos sociales.³⁶

³⁵ Cfr. ARNÁIZ AMIGO, Aurora. Op, cit, pág.: 23.

³⁶ Cfr. CUEVA, Mario de la. *Teoría de la Constitución*. Editorial Porrúa S.A. México 1982, pág.: 175.

No se trata de un Derecho impositivo, sino más bien de un Derecho contractual, como se expresaría desde las ideas del “Contrato Social”, o como lo señala Arnáiz Amigo, el Derecho como parte integral y esencial para el desarrollo del Estado, surge del poder soberano contractual del pueblo depositado para su conformación, el cual, queda comprendido en primera instancia en la Norma Suprema, creado con el propósito de regular los elementos esenciales del Estado, a través de lo que ella le llama como pacto político.³⁷

Evidentemente, la ley no es eterna su contenido va cambiando, estimulada por las grandes carencias sociales, debe ser acorde a la evolución de las sociedades a sus necesidades y a sus ideologías, pues de lo contrario se consideraría como una ley muerta, en donde no se le daría cumplimiento o simplemente no se respetaría, por no satisfacer las tareas que tiene como fin; por lo que considero muy atinado el comentario del maestro Andrés Serra Rojas al señalar que:

el derecho sin la fuerza es impotencia pero la fuerza sin derecho es barbarie. Por lo que se tiene que conservar ante todo el Estado de derecho y ordenarlo conforme al criterio formal de la justicia, el Estado de derecho significa que la regulación social ha desterrado el arbitrio, los apetitos subjetivos, la casualidad, el capricho, la instancia del antojo individual del gobernante.³⁸

De ahí que cuando se habla de un Estado de Derecho, se entienda como aquel Estado que tiene a un orden jurídico como fuente reguladora de sus elementos constitutivos, pues precisamente el Derecho, será el elemento indispensable para la interrelación de los elementos fundamentales del Estado, lo que organizará y fijara los derechos y obligaciones de cada uno de ellos, sin que esto sea simplemente algo filosófico o teórico.

En nuestro país, es de tomarse en cuenta la forma de gobierno republicano, en donde cada elemento de gobierno tiene delimitada su

³⁷ Cfr. ARNÁIZ AMIGO, Aurora. Op, cit, pág.: 226.

³⁸ SERRA ROJAS, Andrés. *Ciencia Política*. Op, cit, págs.: 308-309.

competencia, así como la existencia de un nivel jerárquico normativo, en donde sin duda la Constitución es nuestro Máximo ordenamiento jurídico.³⁹

2.1.1. Objetivos del Derecho Penal

Siendo el Estado un monstruo gigante para el pueblo, como lo definían en épocas anteriores, este debe ser controlado por el Derecho, el cual a su vez, se encuentra plasmado en su origen, en la Constitución, como es el caso de nuestro país, instrumento jurídico que recibe el nombre de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así pues, tomando de referencia las ideas de Lassalle, la Constitución no se refiere solamente a la simple hoja de papel, sino más bien al equilibrio de los factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada, de ahí que los ordenamientos jurídicos deben ser acorde a la realidad social, pues “de nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos del poder”.⁴⁰

Por esta razón, resulta necesario que los factores reales de poder logren un equilibrio entre sí, de tal modo que estos puedan convivir en una misma esfera social, lo que daría como resultado, a las instituciones de Derecho, en donde los factores reales de poder quedan organizados y delimitados en sus funciones y actos:

se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel escrita, y a partir de este momento, incorporados en un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atenta contra ellos atenta contra la ley, y es castigado... convirtiéndolos así en factores jurídicos.⁴¹

³⁹ Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor, Op. cit, pág.: 307.

⁴⁰ LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Editorial COLOFÓN S. A. México D. F. 2002, pág.: 44.

⁴¹ Idem. pág.: 19.

Es así como se comienza estructurar el sistema jurídico de un Estado, siendo acorde a la realidad social en que se desarrolla, en consecuencia, la Constitución escrita debe ser acorde con la Constitución real. Ordenamiento jurídico primario, que es colocada para el maestro Mario De la Cueva, inclusive por encima del Estado, ya que sin duda en él se contiene la esencia del orden jurídico y político que rige la vida misma del Estado, ordenamiento, del cual derivarán los demás ordenamientos legales y reglamentarios.⁴²

Es importante analizar a las normas, en cuanto su contenido y formación, incluyendo las de carácter Constitucional, las cuales van a ser diversas de un Estado a otro, de acuerdo a las necesidades de cada pueblo, pues el desarrollo cultural, tecnológico, científico, climatológico es distinto a la de los demás pueblos, por estas razones el doctor Pedro Sagües explica que el Derecho Constitucional se ocupa de la organización fundamental del Estado. En líneas posteriores señala, que lo que es “fundamental” o “no fundamental” para un Estado, depende del criterio jurídico-político de cada comunidad, ya que el contenido del Derecho Constitucional se refiere a la estructuración de los poderes básicos del Estado, así como a la delimitación de las facultades, competencias y atribuciones de éste, de igual manera se ocupa del reconocimiento de los derechos personales y sociales esenciales. Por ocuparse de asuntos fundamentales, se le atribuye al Derecho Constitucional el carácter de causalidad del orden jurídico total de un país, causa formal de ese orden, al indicar quién hace las normas y cómo debe elaborarlas, al mismo tiempo que fija ciertas directrices mínimas de contenido de éstas reglas subconstitucionales.⁴³

En ese sentido, el maestro Pavón Vasconcelos basándose en Recaséns Siches, refiere que la estructura jurídica de un Estado parte de la Constitución, ordenamiento jurídico creado por un poder Constituyente, naturalmente organismo distinto al organismo legislativo, quien crea los demás ordenamientos legales derivados de de la Constitución, norma superior

⁴² Cfr. CUEVA de la, Mario. *Teoría de la Constitución*. Op, cit, pág.: 58.

⁴³ Cfr. PEDRO SAGÜÉS, Néstor. *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires 1993, pág.: 27

primaria y autónoma pues su existencia no se encuentra supeditada a la existencia de otro ordenamiento jurídico, característica que no sucede con los demás ordenamientos jurídicos.⁴⁴

A su vez, el maestro Castellanos Tena establece que efectivamente, la Constitución será el ordenamiento jurídico que regule al Estado tanto en lo general, como a cada uno de los elementos, pero también será el ordenamiento jurídico que regule las demás disposiciones jurídicas.⁴⁵ Criterio compartido por la maestra Amuchategui Requena, añadiendo que a esa directriz rectora marcada por la Constitución, no puede ser ajeno el Derecho Penal.⁴⁶

Naturalmente,, el Derecho es la institución fundamental y necesaria para el funcionamiento del Estado, inclusive para su propia existencia, como ya se ha establecido en líneas anteriores, no obstante, no debe olvidarse que el Derecho se divide para su organización, especialización y funcionamiento exclusivamente, puesto que debe existir una armonía jurídica entre los ordenamientos que lo integran, destacando entre estas el Derecho Constitucional, como el tronco (del Derecho como Institución) de donde derivan las demás ramas jurídicas, por tales razones, no existe ninguna duda respecto al vínculo existente entre el Derecho Constitucional con las demás ramas del Derecho.

Por éstas razones, la división jurídico-normativa, no debe dar como consecuencia una desarmonización del Derecho, pues todas estas ramas se encuentran delimitadas por la Constitución, de modo que buscarán el mismo fin, que en términos generales es preservar el orden social, pues como expresa Castellanos Tena, el Derecho integra un todo armónico, y la división del Derecho obedece a la finalidad de cumplir a cabalidad los mandamientos

⁴⁴ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano* (parte general). Decimosegunda Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1995. Pág.: 73

⁴⁵ Cfr. CASTELLANOS TENA Fernando. . *Lineamientos Elementales de Derecho Penal* (Parte General). Trigésima séptima Edición. Editorial Porrúa. México, 1997. Pág.: 91

⁴⁶ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. *Derecho Penal* Tercera Edición. Editorial OXFORD Univeristy Press, México 2005. Pág.: 17.

Constitucionales, siendo el Derecho Penal, la rama del Derecho encargada de la protección de los valores más fundamentales para el ser humano, en donde se vislumbra la mayor reacción del Poder del Estado, con el propósito de poder preservar lo mayormente posible los bienes jurídicos tutelados.⁴⁷

De una exégesis sistemática, se advierte que el objetivo del Derecho Penal, como rama del Derecho, consiste en preservar y por lo tanto a coadyuvar al fortalecimiento de un orden jurídico y social, siendo su premisa fundamental preservar y proteger los valores jurídicos indispensables o supremos para los gobernados, necesarios para la convivencia y desarrollo del hombre. A través de sus normatividades punitivas, se hace patente la fuerza del Estado, asegurándose por medio de la coacción de sus lineamientos el cabal cumplimiento y observancia de sus preceptos penales, so pena de sufrir en su perjuicio la fuerza coercitiva del Estado, aunque, precisamente para que esa afectación sea válida desde el punto de vista jurídico, deberá darse en estricta observancia del marco del Derecho.

2.2.1. Estructura del Derecho Penal Mexicano

Sobre el particular, partiendo del criterio sostenido por la mayoría de los autores, al menos de la doctrina mexicana, el estudio del Derecho Penal se divide desde el punto de vista doctrinario y de enseñanza, en la parte general y la parte especial, con el propósito de comprender de mejor manera esta rama del Derecho, así el maestro Fernando Castellanos explica los elementos integrantes de estas dos grandes partes que conforman el Derecho Penal mexicano:

Introducción; Teoría de la Ley Penal; Teoría del Delito (incluye, por supuesto, el estudio del delincuente); y, Teoría de la Pena y de las Medidas de

⁴⁷ CASTELLANOS TENA Fernando. Op, cit, pág.: 21-23.

Seguridad. La parte Especial comprende Delitos en particular, Penas y Medidas de Seguridad aplicables a casos concretos.⁴⁸

No obstante, el sólo querer realizar un pequeño bosquejo de estos dos grandes bloques, daría como consecuencia la realización de una obra con una mayor dimensión, como la de tan prestigiados autores citados, solo se señalaré los elementos del Derecho Penal que considero indispensables para el desarrollo consecutivo del presente trabajo.

Para entender el porqué de la referida división del Derecho Penal, deberá partirse desde su desarrollo histórico, comenzando por el origen de la pena como castigo a causa de las conductas realizadas por algún miembro integrante de la sociedad, que infringe normatividades esenciales de la colectividad y cuyo castigo será diverso de acuerdo a las distintas etapas evolutivas del Derecho Punitivo.

Se advierte que al igual que el Derecho en conjunto, el Derecho Penal surge de la necesidad de preservar un orden social. Respecto a las diversas etapas evolutivas que ha sufrido el Derecho Penal la maestra Griselda Amuchategui, explica que dentro de las etapas referentes a la evolución del Derecho Penal, se ubican dentro de las primeras las concernientes a la venganza, la cual se subdivide a su vez, en privada, familiar, divina o religiosa, y pública, explicando, que precisamente se entiende por venganza, a la satisfacción de la emisión de un acto violento a consecuencia de una agresión recibida.⁴⁹

Al respecto el maestro Fernando Castellanos, agrega que para que la venganza referida pudiera tener justificación, requería que ella fuera reconocida por el grupo social, aceptada por la colectividad, reconociéndose el derecho de ejercitarla. En consecuencia, desde sus inicios esta ciencia jurídica ha tenido como finalidad la preservación del orden social, pues la aceptación de la venganza, quedó supeditada a la aceptación o no del grupo social, regulándose

⁴⁸ CASTELLANOS TENA Fernando. Op, cit, pág.: 19.

⁴⁹ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, págs.: 3-4.

así la conducta de los miembros integrantes de una sociedad, logrando en consecuencia una estabilidad social.⁵⁰

Así las cosas, el Derecho Penal fue evolucionando hasta establecerse en un Derecho escrito, poco a poco justificándose a favor de la protección de los valores más esenciales para la sociedad, teniendo así su propia y especial naturaleza, lo que lo fue diferenciándose de las demás ramas del Derecho. La evolución del Derecho Penal ha tenido diversas etapas evolutivas, como lo han abordado tan excelsos autores, hasta llegar a plasmarse en un ordenamiento legislativo. Ahora bien, una vez comprendido el surgimiento del Derecho Penal, así como sus objetivos y justificación, el siguiente paso será, poder dar una definición de lo que actualmente en nuestro país puede entenderse por Derecho Penal:

Para el maestro Castellanos Tena, al igual que el maestro Pavón Vasconcelos⁵¹ señalan que el Derecho Penal es:

El Derecho Penal es la rama del Derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social.⁵²

El Derecho Penal pertenece al Derecho Público, puesto que aquí el Estado actúa como soberano, y no como parte, es decir las relaciones entre el Poder y los gobernados, y es de carácter interno, puesto que su aplicación sólo tiene competencia dentro del territorio del Estado mexicano.

En cuanto al objeto de estudio de esta rama del Derecho, resalta la aportación realizada por la maestra Amuchategui Requena, al incluir dentro de los objetivos de estudio del Derecho Penal al delincuente⁵³, elemento de suma importancia, pues su estudio será trascendental para el desarrollo del presente trabajo y sobre todo el estudio de la persona que resiente la conducta ilícita, los

⁵⁰ Cfr. CASTELLANOS TENA Fernando. Op, cit, pág.: 17-32.

⁵¹ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op, cit, pág.: 17.

⁵² CASTELLANOS TENA Fernando. Op, cit, pág.: 19.

⁵³ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, págs.: 14.

menores, pues debe olvidarse que el Derecho, tiene como justificación la de servir al hombre, en consecuencia el estudio del delincuente y de la víctima del delito no pueden pasar desapercibidos por tan importante rama del Derecho.

Sin duda, el estudio del delincuente y de la víctima es de suma importancia para esta rama del Derecho, no obstante que el maestro Pavón Vasconcelos, los incluya como objeto de estudio únicamente en la definición que proporciona respecto a la ciencia del Derecho Penal⁵⁴, pues considero que también deben comprenderse dichos elementos dentro de los objetivos del propio Derecho Penal, consecuentemente deben encontrar contenido en el marco normativo, más aún, afirmo que tanto el delincuente como la víctima deberán ser tomados en cuenta por todo el Derecho en su conjunto. Por lo tanto, la relación que existe entre la ciencia del Derecho Penal y el propio Derecho Penal es ineludible: “La ciencia del derecho penal, como toda ciencia, tiene un objeto y un método. El objeto se identifica con las normas penales, es decir, con el ordenamiento jurídico penal, por ser este la materia de su estudio”.⁵⁵

Evidentemente la finalidad del Derecho Penal es el proteger y mantener el orden social preservando con ello los bienes jurídicos tutelados, realizando sus actuaciones en una estricta observancia del marco de Derecho establecido, principalmente el Constitucional, ya que naturalmente el ser humano cuenta y debe contar con la libertad para su desarrollo y libre desenvolvimiento. Por otra parte, las normas punitivas no establecen prohibiciones, sino que se limitan a establecer o describir las conductas delictivas o ilícitas, y precisamente en caso de encuadrar las conductas realizadas por el sujeto activo en las descritas en los tipos penales, traerá como consecuencia la sanción también establecida en el ordenamiento punitivo correspondiente

Es por ello que el maestro Castellanos Tena refiere que no se puede olvidar la libertad de elección existente en el ser humano por un lado y por el otro el establecimiento de las normas jurídicas, concretamente las

⁵⁴ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op, cit, pág.: 33.

⁵⁵ Ibid. pág.: 34.

correspondientes al Derecho Penal, en las cuales se plasma un deber ser, las cuales pueden o no ser respetadas, pues queda a la libre elección de las personas el acatarlas o no.⁵⁶

Además, se debe precisar que es el Derecho Penal la rama del Derecho de mayor reacción y energía del Estado, como certeramente lo explica Francisco Pavón, encaminado a la protección de los bienes jurídicos tutelados que tienen mayor jerarquía, los más preciados para el grupo social, lo cual no significa que éstos lineamientos de conductas delictivas se encuentren exclusivamente en los cuerpos normativos del Derecho Penal, sino que también pueden provenir de otros ordenamientos, desde nuestro ordenamiento Constitucional, hasta las demás leyes secundarias, normas en las que el legislador debido a la importancia de los bienes tutelados en los preceptos en referencia, juzgó necesario reforzar su protección a través del Derecho Penal, pues en él se muestra la fuerza coercitiva del Estado en caso de su inobservancia.⁵⁷

De las relaciones que tiene el Derecho Penal con las demás ramas del Derecho, es preciso señalar, que en el caso en concreto, la rama con la que más se inmiscuye resulta ser la materia familiar, por esa razón se abarca un Capítulo especial para el análisis de estas cuestiones, no obstante cito las siguientes consideraciones en las que fundo mi apreciación:

El Derecho penal, al tutelar algunos bienes conectados directamente con el Derecho civil, estrecha sus relaciones con éste. El Código Penal sanciona del adulterio, las alteraciones del estado civil, el abandono de personas, la bigamia, el despojo de inmuebles y otros delitos más, que tutelan y garantizan bienes cuyo origen se encuentra en el Derecho civil. De ahí se afirma entre ambas ramas del Derecho surgen estrechos y necesarios lazos.⁵⁸

Y en lo expuesto por la maestra Amuchategui Requena:

⁵⁶ CASTELLANOS TENA Fernando. Op, cit, pág.: 67.

⁵⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op, cit, págs.: 22-23

⁵⁸ Ibid. pág.: 30

DERECHO CIVIL perteneciente al derecho privado, diversas figuras y nociones del derecho civil forzosamente van aparejadas al derecho penal, pues esto implica conocer nociones civiles; por ejemplo, para entender el adulterio, el incesto y la bigamia se debe saber que son el matrimonio, el parentesco y la noción de persona física. Asimismo, para entender cualquier delito patrimonial se requiere conocer la noción civilista de patrimonio y la clasificación de los bienes, etc.⁵⁹

Cabe aclarar que, aunque las citas en referencia hacen alusión al Derecho Civil, y las controversias del orden familiar se encuentren reguladas hasta nuestros días por el Código Civil tanto en el Código sustantivo como en el adjetivo, en realidad las controversias familiares como la guarda y custodia del menor se ventilan en los tribunales del orden familiar.

Por otra parte, como se ha expresado en la exposición de motivos del presente trabajo, considero sin lugar a dudas, un acierto que la problemática planteada sea abordada por el Derecho Penal, pues por su carácter represivo en caso de infringir sus disposiciones, tiende a una protección más celosa de los bienes jurídicos tutelados, los de mayor valía para el Estado⁶⁰, y los menores de edad, víctimas de las confrontaciones familiares, concretamente víctimas de sus progenitores, sin duda son, y deben ser protegidos por la rama del Derecho en mención.

Finalmente, se debe señalar que para el funcionamiento del Derecho Penal, no basta que los mandamientos contenidos en los ordenamientos punitivos queden plasmados como meros principios teóricos, por lo que para responder y cumplir las perspectivas en ellos planteados, surgen dos grandes bloques para su funcionamiento, el Derecho Penal objetivo, sustantivo y el Derecho Penal adjetivo o procesal, el primero concerniente a los delitos, los cuales tienen contenidas las penas y medidas de seguridad respectivas, el segundo bloque, comprende el complemento necesario del Derecho sustantivo, el cual contiene la forma de aplicación de las sanciones a los casos en

⁵⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 17.

⁶⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op, cit, pág.: 25.

concreto.⁶¹ Partes con las que se complementa la armonía jurídica necesaria para el correcto desarrollo y aplicación de ésta importante rama del Derecho.

Efectivamente, el Derecho objetivo es complementado por el Derecho adjetivo, el primero señalara la acción de un modo estático, mientras que el segundo será el ejercicio de esa acción prevista en ordenamiento penal, es decir, el primero se refiere a la descripción de la conducta típica y el segundo es la aplicación al caso en concreto.

El derecho adjetivo penal es indispensable para la imposición de las penas y medidas de seguridad, lo que el maestro Fernando Castellanos identifica como el *jus puniendi*, que es el derecho de castigar, “es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad”⁶².

En este sentido, la propia estructura del Derecho Penal, crea principios rectores para esta rama del Derecho, constituyéndose y fortaleciéndose verdaderas garantías de seguridad jurídica, así por ejemplo, el principio de legalidad plasmado en el artículo 14 del Ordenamiento Jurídico Supremo, del cual se desprende a la ley como única fuente del derecho Penal, derivándose el principio *nullum crimen, sine lege*.⁶³

Este tipo de principios rectores, además de dar vida y aplicabilidad a las normas de los ordenamientos penales, crean evidentemente entre los gobernados una seguridad jurídica, robusteciendo con ello un Estado de Derecho, creando entre los gobernados la certeza jurídica. No se trata de una garantía para el delincuente, sino una seguridad para todos los gobernados, pues precisamente la certeza jurídica, implica la imposibilidad de la fabricación de delitos, por ejemplo, situación a la que cualquier gobernado se encontraría en riesgo latente de sufrir en su persona, de ahí la trascendencia del fortalecimiento de los mencionados principios.

⁶¹ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 14-15.

⁶² CASTELLANOS TENA Fernando. Op, cit, pág.: 22.

⁶³ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op, cit, pág.: 77-81.

CAPÍTULO II MARCO DE REFERENCIA

I.- La Familia

Retomando las ideas plasmadas en Capítulo anterior, el hombre es un ser social por naturaleza, y precisamente sus relaciones sociales, surgen en primer término dentro de la familia. En consecuencia, el *zoon politikon*, es en la familia donde toma sus principales valores y directrices, necesarios para su integración al grupo social, por lo que su mala conducción o su ausencia provocara intensos sufrimientos de los que le será muy difícil sobreponerse.⁶⁴

De ahí el comentario realizado por Pérez Contreras al señalar:

La familia es donde el hombre aprende los valores humanos, sociales, morales, culturales e incluso los religiosos, y con base en todos ellos a relacionarse socialmente.⁶⁵

La importancia de la familia es a tal grado que de ella depende el desarrollo del ser humano e inclusive su propia existencia, así como de las instituciones que el hombre crea para su servicio, como se ha expresado, por lo que es necesario hacer algunas precisiones, se debe indagar cuál es el origen de la familia, cómo surge y cuál ha sido su funcionamiento a través del tiempo.

Mizrahi señala que la familia como producto cultural, a tomado a través del tiempo diversas formas, por lo que su concepto no es unívoco, por ejemplo las de tipo patrilineales o matrilineales, matrimonial, extramatrimonial, monoparental, etc.⁶⁶

⁶⁴ Cfr. SANZ Diana, MOLINA Alejandro *Violencia y Abuso de la Familia* editorial LUMEN HVMANITAS Argentina 1999, pág. 205.

⁶⁵ PÉREZ CONTRERAS María de Montserrat. *Derechos de los Padres y de los Hijos*. Cámara de Diputados. LIX legislatura. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial. México 2004. Pág.: 56.

⁶⁶ Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Ciudad de Buenos Aires 1998. Pág.: 1.

Por su parte, el maestro Rojina Villegas explica retomando los puntos señalados con anterioridad, que sin duda la familia es la verdadera célula de la sociedad, quien asegura la reproducción e integración de la humanidad, además de la creación y fortalecimiento de los sentimientos del ser humano, como los de solidaridad, el altruismo, y demás valores tendientes al mantenimiento y fortalecimiento de la comunidad política.⁶⁷

Es evidente que la familia, es el primer grupo social en donde el hombre se desarrolla, pues precisamente retomando las ideas de Heráclito “el hombre es hombre, porque el niño cambió”, por lo que naturalmente, el hombre para constituirse como tal, pasa por diversas etapas de su desarrollo: en ese proceso de desarrollo, destaca el período que comprende desde su nacimiento, hasta la adolescencia e inclusive la juventud, en donde es un ser dependiente del grupo social primario, su familia, pues a éste ser se le considera como a uno de los seres más débiles de la naturaleza, el cual necesita protección indiscutiblemente de sus progenitores o del grupo social en el que se desarrolla.

No existe ninguna duda de la vulnerabilidad que ostenta el ser humano desde su nacimiento, desde la inclemencia de la naturaleza (como las inclemencias del tiempo o de demás fenómenos naturales), hasta su entorno social, siendo los adultos y en concreto sus padres los encargados del cuidado, de la conducción de los menores, sin embargo esto no ha sido aún entendido, razón por la cual, los menores han sido objeto de explotaciones, abusos, abandono, golpes y demás maltratos físicos y psicológicos⁶⁸

Del correcto y adecuado desarrollo de los menores, dependerá en gran medida el de la sociedad, junto con las demás creaciones del ser humano, incluyendo al Estado mismo, pues ellos serán los que den continuidad a la preservación del hombre, ya que naturalmente, los ahora menores formarán en

⁶⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I* Trigésima Tercera Edición. Editorial Porrúa. México 2003. Pág.: 210.

⁶⁸ Cfr. ARRUBARRENA, Ma. Ignacia, DE PAÚL Joaquín. *Maltrato de los Niños en la Familia (evaluación y tratamiento)* Editorial Ediciones Pirámide, S. A. Madrid. España 1994. Pág.: 13.

algún tiempo las nuevas familias continuando así el proceso evolutivo, pues desde luego, la familia tiene un elemento natural de surgimiento.

Otro tipo de maltrato que resiente el menor es el de tipo social, esto es, la existencia innegable de una diversidad de tipos de familias, no todas son aceptadas dentro de una sociedad, en tiempo y lugar determinado, pues si bien es cierto, que en los primeros grupos primitivos, las primeras formas de organización familiar fueron a través de grupos o en colectividades, no menos cierto es, que con el surgimiento de la religión, de las costumbres, y de la conformación de la sociedad misma, se fueron creando los estereotipos sociales y con ello formas delimitadas para la conformación aceptada de los núcleos familiares, por parte de la sociedad donde se desenvuelven, los que posteriormente con el surgimiento del Derecho conocerían como familias legales.

Por otra parte, en cuanto a los elementos integrantes de la familia, debido a su diversidad, puede hablarse en dos sentidos, en un sentido amplio y en un sentido estricto.

Respecto a acepción *lato*, el maestro Galindo Garfias lo explica como el conjunto de personas que proceden de un progenitor en común, en un sentido amplio, encontrando esos lazos de unión en la filiación.⁶⁹

En lo que toca al sentido *stricto*, el maestro Rojina Villegas refiere que únicamente comprenderá a padres e hijos, mientras éstos últimos no constituyan una nueva familia.⁷⁰

La familia en sentido estricto, es la que ha revestido diversas fisonomías a través del tiempo, al remontarse a Roma, el maestro Galindo Garfias, explica que el matrimonio, ya como forma de integración familiar, se encontraba en tres diferentes modalidades o formas *confarreatio* (referente a la celebración del

⁶⁹ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil (Primer Curso. Parte General. Personas. Familia.)* Decimasexta Edición. Editorial Porrúa.. México 1997. Pág.: 447.

⁷⁰ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I*. Op, cit, pág.: 211.

matrimonio entre los patricios romanos), *coemptio* (es el matrimonio celebrado entre romanos no patricios) y *usus* (establecía la presunción del vínculo marital por el hecho de la simple cohabitación entre marido y mujer, cuando ésta última no se ausentaba tres noches consecutivas del domicilio conyugal), pese a lo antes señalado, el matrimonio no consistía solamente en el acto solemne en que se declaraba la intención de los cónyuges en tomarse recíprocamente como marido y mujer, sino además la vida en común, consuetudinaria, constante y permanente, de compartir el mismo techo, de someterse a una sola deidad (los manes del marido), y de comportarse en esa vida común, íntima entre los consortes, como marido y mujer. Es decir, lo fundamental era la cohabitación e intención marital de los cónyuges de establecer la vida en matrimonio, elementos característicos y predominantes.⁷¹

Se infiere, que las dos primeras formas de matrimonio es decir, *confarreatio* y *coemptio*, evidentemente se consolidan como la forma de matrimonio vigente hasta nuestros días, por otra parte, el *usus*, se puede decir que se asemeja a lo que se conoce hoy como concubinato.

El matrimonio a través del tiempo, ha ido evolucionando y consolidándose a la par del desarrollo de nuestra sociedad, adquiriendo legitimidad, por lo que poco a poco se fue institucionalizando, siendo la forma de integración familiar aprobada y establecida para la sociedad. Desde el punto de vista del sistema jurídico mexicano, el cual se integra con una marcada influencia del derecho romano, retoma la institución del matrimonio, además de solidificarse esta institución con la influencia de la religión imperante nuestro país, la cual, de la misma manera avala al matrimonio también como forma correcta para la conformación de la familia, con esto, se crearon estereotipos sociales fuertemente arraigados y enfocados hacia considerar al matrimonio como fuente única para la consolidación de la familia, con bases realmente sólidas.

Así las cosas, la doctrina jurídica mexicana no fue ajena a esa concepción, pues consideró al matrimonio como fuente única constitutiva del

⁷¹ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit, pág.: 452.

núcleo familiar, no sin tener fundamento sólido, el cual se basaba en la constante búsqueda de lograr preservar la estabilidad social, lo que provocó la creación de normas de convivencia social, que con la consolidación de la institución del matrimonio, se pretendió la permanencia y estabilidad de la pareja, unida para la conformación de la familia, propósito que se consolidaría aún más con la indiscutible intervención del Estado a través del Derecho para asegurar ese fin.

Pese a la institucionalidad del matrimonio, no basta su reconocimiento por parte del Estado a través del Derecho, hace falta la legitimidad, que en el presente caso sería la aceptación interior de esa unión por parte de los cónyuges. Así, crea el matrimonio además un estado jurídico permanente, relaciones jurídicas entre los cónyuges, a causa de la celebración del matrimonio como acto jurídico.

Así, en virtud de que el matrimonio es un acto jurídico, trae como consecuencia que tanto para su celebración como para su extinción, se requiera la satisfacción de diversos requisitos y formalidades señaladas por la ley, por ejemplo lo previsto en los artículos 146 y 147 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que para su indisolubilidad únicamente podrá ser posible a través de procedimientos establecidos y no por mera voluntad de las partes. Por lo tanto, la naturaleza jurídica del matrimonio se basa en la solidificación y reconocimiento por parte del Estado.

La siguiente figura jurídica reconocida por nuestro sistema jurídico para la conformación de la familia en sentido *estricto*, es el concubinato, el cual parte del hecho, es un tipo de conformación o integración familiar evidente, real, el cual se refrenda día a día.

En efecto, el concubinato se refiere a la relación continua que realizan un hombre y una mujer, reconociendo con ello estado de vida permanente, en donde los derechos y obligaciones surgen previos a la sanción descrita por el Derecho, logrando con ello el reconocimiento por el Derecho, aunque para su concretización se requiera el cumplimiento de ciertos requisitos legales que

descansan en el artículo 291 bis del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

El maestro Galindo Garfias añade, que en esta figura jurídica, también se protege al menor, pues lo hijos adquieren a través de ella, el reconocimiento y protección del Derecho, además de los concubinos, remarcando en líneas posteriores, que para la vida del concubinato, se requiere que hombre y mujer sean célibes, además de llevar una vida en común.⁷²

Por lo que se concluye, que el concubinato, efectivamente, es una de las formas reconocidas por la sociedad y por nuestro sistema jurídico como medio de conformación de la familia, teniendo como característica la unión de la pareja a través de su consentimiento continuo prolongado a través del tiempo, con el propósito de llevar una vida en común y por lo tanto con los mismos propósitos de observar una vida como si fueran cónyuges, por lo que dicha manifestación debe ser pública, como algunos autores expresan. Se debe señalar, que para el reconocimiento del concubinato es condición indispensable el que ninguno de los concubenarios ostente el estado civil de casado.

En efecto, el matrimonio y el concubinato son formas reconocidas por el Derecho para la conformación de la familia, con la diferencia del reconocimiento jurídico del matrimonio por parte del Estado, el cual existe vivan o no realmente en vida marital, a diferencia que en el concubinato, existe y se refrenda día a día de convivencia mutua, es una relación de hecho presupuesto necesario para el reconocimiento jurídico, a diferencia del matrimonio que inicia su existencia a partir de la celebración del acto jurídico.⁷³

Lo anterior conlleva a la siguiente reflexión: si bien es cierto que el matrimonio se consolidó como institución fundamental para la integración de la familia, no menos cierto es, que no basta la institucionalización de un acto, como en el caso del matrimonio para mantener la solidificación de la familia,

⁷² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op, cit, pág.: 459-503.

⁷³ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I*. Op, cit, pág.: 355.

pues en el concubinato por ejemplo, se mantiene el compromiso presente y permanente de llevar a cabo todas y cada una de las funciones que establece el matrimonio, a través del cumplimiento de los deberes que los integrantes miembros de la familia concubinaria realizan día con día, de los cuales muchos de ellos no cuentan con más fuerza coercitiva que el amor.

El estudio de la evolución de la estructura familiar en *stricto sensu*, es de gran importancia para poder entender la situación del menor en su desarrollo y poder así protegerlo a través del Derecho. Su evolución, como se puede apreciar, ha ido variando y adecuándose a los diferentes contextos sociales, como el económico, geográfico, temporal, etc., y en el caso de nuestro país, toma un papel fundamental las familias extramatrimoniales, pues al igual que el concubinato, estos fenómenos sociales son reales, de *facto*, y efectivamente cumplen con los fines de la familia, por lo que sin lugar a dudas merecen el reconocimiento y protección del Estado.⁷⁴

Desde luego que las familias extramatrimoniales deben ser reconocidas y protegidas por el Derecho, quien no puede ser ajeno a las relaciones familiares existentes de *facto*, tomando en cuenta las diversas hipótesis en que puede surgir la procreación del ser humano, recordando que el ser humano ostenta una naturaleza animal, en consecuencia la procreación del hombre no puede ser ajena al instinto animal. Razones por las que Chávez Ascencio acertadamente señala que las relaciones sexuales fuera del matrimonio pueden producir algunos efectos jurídicos.⁷⁵

Esta situación real, da como consecuencia la existencia de dos vertientes, una situación jurídica o reconocida por el Derecho en la conformación del núcleo familiar por un lado y por el otro, la existencia de verdaderos núcleos familiares, los cuales no precisamente deben tener como requisito *sine qua non* el conducirse en una vida marital, pues es indiscutible que los núcleos

⁷⁴ Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis. Op, cit, pág.: 2.

⁷⁵ Cfr. CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho (Relaciones Jurídicas Conyugales)*. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México, 1997, pág.: 282.

familiares integrados por padres o madres solteros, o mejor dicho las familias monoparentales son sin duda verdaderos núcleos familiares.

Esta problemática de la diversidad de las estructuras familiares, en *stricto sensu*, ha provocado que para la adecuación del Derecho al proceso evolutivo de los núcleos familiares. En nuestro país, como lo explica el maestro Rojina Villegas, estas problemáticas fueron abordadas antes de la expedición de la Constitución de 1917:

En el derecho mexicano, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 9 de abril 1910, se sustenta el criterio perfectamente humano de que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad y, especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural. Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones jurídicas de paternidad, maternidad y patria potestad, que tanto los hijos naturales como los legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.⁷⁶

Criterio por demás certero y justo, pues sin duda alguna al basar la estructura familiar en la consanguinidad y en estricto sentido jurídico en la filiación, se termina con muchas problemáticas de tipo jurídico, sobreponiéndose ante todo la protección del menor desde el punto de vista del Derecho familiar

Con el reconocimiento del concubinato como forma permanente de integración familiar por una parte y por la otra, el tomar en cuenta a la filiación como elemento imprescindible para estructura familiar desde el punto de vista jurídico, se muestra el avance legislativo de nuestro país, pues los hijos debieran representar la unión de dos personas, una creatividad mutua, pues resulta de la fusión de los padres, en consecuencia es una fusión física y

⁷⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I*. Op, cit, pág.: 285.

cultural de dos personas distintas provenientes de distintos núcleos familiares, encontrando ambos una identificación en su hijo.⁷⁷

Todo esto lleva a establecer la existencia de tres fuentes de familia jurídicamente reconocidas, siendo la primera en razón de la unión de personas del sexo opuesto, el matrimonio y el concubinato; la segunda. tiene base en la procreación, surgiendo el parentesco entre padres e hijos e incluso con los parientes de cada uno de ellos, partiendo del reconocimiento jurídico, por lo que se diferencia entre los parientes naturales de los parientes jurídicamente reconocidos; y finalmente, los que encuentran su origen en la Ley, como los vínculos entre adoptante y adoptado.⁷⁸

La base de la fuente familiar concerniente al tema de estudio, se encuentra contenida en el segundo, pues se trata de la estructura familiar derivada de la procreación, relación familiar que surge partiendo de los hijos, lo que se conoce como filiación, dejando de ser, el matrimonio, fuente única de integración familiar.

Con el reconocimiento de la procreación como fuente de la constitución de la familia, es evidente la protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico hacia el menor, lo cual resulta ser de gran importancia, pues sin duda, independientemente del motivo o circunstancias en que se haya producido el nacimiento de los hijos, desde luego deben quedar protegidos por el Estado mexicano, como certeramente señala el maestro Galindo Garfias:

Un conjunto de normas jurídicas del derecho de familia, establecen derechos y obligaciones, que derivan del simple hecho de la procreación (no del matrimonio ni del concubinato) es decir, de la paternidad o la maternidad. Nace así un conjunto de deberes del padre o de la madre o de ambos, a la vez, en relación con los hijos que han procreado.⁷⁹

⁷⁷ Cfr. MORALEDA, Mariano. *Psicología Del Desarrollo (Infancia, Adolescencia, Madurez y Senectud)* Editorial Alfaomega Marcombo, Boixarereu Editores. México 2000. Pág.: 353.

⁷⁸ Cfr. PÉREZ CONTRERAS María de Montserrat. Op, cit, pág.: 7.

⁷⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op, cit, pág.: 459-460.

La importancia de la protección del menor, ha provocado la injerencia del Estado hacia el núcleo familiar encaminada hacia la protección de los hijos, revistiéndolos desde entonces de gran interés público, pues como explica el maestro Rojina Villegas la injerencia del Estado en las relaciones familiares obedece a que no puede dejarse en absoluto arbitrio el cuidado de los hijos a la mera actuación familiar, pues precisamente por el interés que revisten para el Estado los menores, como futuros ciudadanos, resultan ser el punto central por el que el Estado tiene intervención para su correcta conducción.⁸⁰

Debido a la importancia que representa para el Estado el correcto desarrollo del menor dentro de la estructura familiar, el sistema jurídico mexicano, desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, protege a la familia en todas y cada una de sus formas de integración, elevando su protección al grado de Garantía Individual, plasmado en el artículo cuarto del citado Ordenamiento, asegurando de esta manera su cabal observancia por los órganos de autoridad, protegiendo la organización y el desarrollo familiar, ya que obliga a los padres o a quienes ejerzan las funciones derivadas de la patria potestad, de proveer de todo lo necesario para el desarrollo del menor, tanto sus necesidades físicas, como las de carácter psicológico.

El reconocimiento del parentesco a través de la filiación, ah representado un gran avance a favor de la protección de los menores, resultando un criterio más humano y más justo, además de ajustarse a la realidad, dejando de tener vigencia la absurda diferencia entre los hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio.

Esto no significa minar las bases del Estado ni de la sociedad, pues no se trata de llegar al libertinaje, ya que no se deja de reconocer, la importancia del reconocimiento de la unión sexual reconocida por el Estado a través del Derecho, como el caso del matrimonio. Lo que sucede es que sea cual fueren las circunstancias del nacimiento de los hijos, estos tienen todo el derecho de

⁸⁰ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I*. Op, cit, pág.: 217.

ser guiados de la mejor manera y reconocidos de igual forma que los hijos provenientes del matrimonio o del concubinato, por ejemplo. Es el reconocimiento de las situaciones de hecho a las que el Estado y el Derecho no pueden ser ajenos, pues independientemente de las circunstancias de la procreación del menor, sin duda debe asegurársele un adecuado desarrollo pues es un integrante más de la sociedad quien será útil o perjudicial en la preservación de la armonía social.

Con el reconocimiento de la procreación o consanguinidad como fuente de integración familiar, se deriva el parentesco y la filiación. Sobre el particular el maestro Galindo Garfias, explica que como fuentes reales del Derecho de familia surge del hecho biológico de la procreación, mientras que las fuentes formales, se refieren al conjunto de normas integrantes del Derecho, que parten de las fuentes reales creándose las instituciones básicas del Derecho de familia, el parentesco y la filiación, las cuales se encuentran reguladas por las normas constitutivas de esas fuentes formales, creando, modificando o extinguiendo las relaciones jurídicas derivadas de esas instituciones.⁸¹

Así, la procreación, la concepción, el embarazo y el nacimiento que son hechos jurídicos, los cuales el Derecho toma en cuenta como situación permanente derivada del hombre o de la naturaleza, al que le atribuye múltiples consecuencias que se traducen en derechos y obligaciones. Sin embargo, el hecho de la procreación, no es suficiente para el surgimiento de la filiación, la cual constituye un estado jurídico, por lo que será requisito *sine qua non*, el reconocimiento del hecho natural jurídico del nacimiento por parte del Derecho para su constitución, posteriormente su modificación y extinción.⁸²

Criterio con el que coincide el maestro Rafael Rojina⁸³, agregando que la filiación, es el reconocimiento jurídico de un hecho jurídico, una situación reconocida por el Derecho, que no necesariamente corresponde a la procreación, como puede ocurrir con el reconocimiento del hijo, aun cuando no

⁸¹ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit, pág.: 461.

⁸² Cfr. Idem. pág.: 639.

⁸³ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I*. Op. cit, pág.: 460.

haya vínculo consanguíneo, o en la filiación adoptiva, casos en donde no existe el hecho biológico de la procreación por parte de quien lo reconoce, pero sí surte efecto los derechos y obligaciones que trae aparejada la filiación como estado jurídico, cosa contraría sucedería en donde la procreación de los hijos, como hecho natural, existen lazos consanguíneos pero no necesariamente jurídicos, la filiación como estado jurídico surge únicamente después del reconocimiento realizado a través del Derecho.⁸⁴

Es la filiación, que como estado jurídico crea las demás instituciones tendientes a la protección del menor, tales como la patria potestad y el parentesco, y es precisamente el parentesco lo que constituye para los hijos la estructura familiar en sentido amplio. Por consiguiente, la filiación, resulta ser el presupuesto necesario para la integración de la estructura familiar tanto en sentido estricto, como amplio, desde un punto de vista estrictamente jurídico.

Así las cosas, con la filiación a través del parentesco el vínculo familiar de los hijos se amplía con la familia correspondiente a cada uno de sus progenitores, pues surge un vínculo jurídico entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, independientemente de las diversas situaciones en que pudo producirse el hecho jurídico de la procreación, basta sólo su reconocimiento jurídico para el surgimiento de la filiación como estado jurídico, y en consecuencia los vínculos jurídicos entre progenitores e hijos, así como demás parientes. Este reconocimiento de los hijos por parte de sus progenitores, es realizado generalmente mediante el acta de nacimiento expedida por el Oficial del Registro Civil (puesto que puede ser vía notarial, por medio del reconocimiento realizado a través del testamento).

Dentro de los derechos derivados de la filiación se encuentran cómo el conocer nuestro origen, quiénes son nuestros progenitores, a tener un nombre con los apellidos de nuestros padres, además de recibir alimentos establecidos por la ley, y el derecho de convivencia con los demás miembros integrantes de

⁸⁴ Cfr. Idem. pág.: 461.

la familia en sentido amplio, todo ello con el propósito de lograr un mejor desarrollo de los menores.⁸⁵

El parentesco, el maestro Rojina Villegas expresa:

El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o en la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.⁸⁶

A simple vista, pudiera parecer que los términos filiación y parentesco son sinónimos, sin embargo esto no es así, pues aunque ambos términos se encuentran entrelazados, la filiación es la que da origen al parentesco, el parentesco consanguíneo, aunque se advierte, que no es el único caso de parentesco, existe el parentesco por afinidad y por adopción.

Los artículos en donde se fundamenta el parentesco abarcan del artículo 292 al 300 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. Se debe dejar en claro que no obstante la existencia de los diferentes tipos de parentesco señalados, el que corresponde al desarrollo del presente trabajo es el parentesco consanguíneo, independientemente del estado civil que guarden sus padres, o de las circunstancias que se haya dado origen a su nacimiento.

Sin duda la filiación como *status* jurídico de los hijos, constituye la esencia del vínculo familiar tanto en sentido estricto, como en sentido amplio. Empero, si bien es cierto que el requisito *sine qua non* de la filiación es el reconocimiento del hecho jurídico de la procreación, independientemente de cuales hayan sido las circunstancias de la procreación, no menos cierto es, que una de las ventajas del matrimonio como institución jurídica, es el establecimiento de la presunción jurídica de que los hijos nacidos dentro del matrimonio, son de los cónyuges, lo que se conocía en antaño como filiación legítima (a través del acta de matrimonio). Naturalmente, dentro de la filiación

⁸⁵ Cfr. PÉREZ CONTRERAS María de Montserrat. Op, cit, pág.: 28.

⁸⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I*. Op, cit, pág.: 260.

legítima que estamos analizando, pueden existir diversas situaciones, por ejemplo, el desconocimiento de la paternidad entre otras, pero en términos generales los hijos nacidos dentro del matrimonio, se presumen hijos de los cónyuges.

Lo que sucede con la presunción de la progeneratura de los hijos habidos dentro del matrimonio, no es en razón de la filiación como estado jurídico, pues en ambos casos, la filiación surge con el reconocimiento de los hijos, lo que sucede es que la procreación de los hijos dentro de la institución jurídica del matrimonio, trae aparejada la presunción (*juris tantum*) de que todos los hijos concebidos dentro del matrimonio son hijos de los consortes.

Por eso el maestro Rojina Villegas, explica de manera clara que la razón de la presunción de que los hijos concebidos dentro del matrimonio de origen a su reconocimiento y por tal motivo a la filiación, obedece a la naturaleza misma de las cosas, en donde con el matrimonio para el Derecho, parte de una situación conocida, por consiguiente se presumen las relaciones sexuales entre marido y mujer, a diferencia de las demás formas de procreación, en donde generalmente se trata de relaciones accidentales ocultas o desconocidas, en donde se tiene la certeza de la maternidad, no así de la paternidad.⁸⁷

En efecto, la maternidad, salvo muy raras excepciones puede ser puesta en duda, pues precisamente la madre es quien da alumbramiento al hijo, pues el hecho del parto es el que permite conocer la filiación, como prueba directa de la maternidad, mientras que por lo respecta a la filiación paterna, es la presunción que el Derecho establece a través de indicios ciertos que permiten concluir que tal varón es el autor del embarazo de la madre.

En consecuencia, afirmo que la filiación deriva del reconocimiento jurídico de los hijos, abarcando así todos aquellos supuestos en que pudiera surgir la procreación, desde el concubinato, como forma reconocida para la formación de la familia a través de la unión de la pareja en forma estable, o inclusive

⁸⁷ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I*. Op, cit, pág.: 464.

puede provenir de la relación pasajera, pues aún en este supuesto, sería erróneo e injusto menospreciar o menoscabar en sus derechos a los que es acreedor el hijo producto de esa relación, ya que en el supuesto extremo en que el hijo no sea reconocido por alguno de sus progenitores, esta filiación crea el vínculo de parentesco frente al progenitor que lo reconoce legalmente, lo que trae consecuencias jurídicas con la familia de éste, en sentido amplio.

Otro estado jurídico derivado de la filiación, es la patria potestad, institución a decir de Rojina Villegas, que no deriva del matrimonio, sino parte del reconocimiento del hecho jurídico a través del Derecho, por medio de la filiación, único requisito indispensable para su existencia, siendo intrascendente las circunstancias de procreación. En consecuencia, la patria potestad como institución, no abarca exclusivamente a los padres como sus depositarios, sino además corresponde a sus ascendientes sin limitación de grado.⁸⁸ Así lo prevé el artículo 414 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, aclarando que en cuanto a la determinación de conferir la patria potestad correspondiente a los abuelos, esto queda a la libre determinación del juez.

El reconocimiento del hijo, acarrea consecuencias jurídicas tanto a sus progenitores, como también a la parentela de estos últimos, o de quien haya realizado el reconocimiento del hijo, lo que conduce a la delimitación del parentesco en razón de los hijos, la cual puede ser en vía directa o colateral.

Galindo Garfias afirma que el parentesco directo o en línea recta es el que existe entre ascendientes y descendientes; mientras que será transversal o colateral cuando el nexo de unión sea entre personas que sin descender unas de otras provienen de un progenitor en común. Por otra parte el parentesco se encuentra determinado por grados y líneas, el grado, lo constituye cada generación, mientras que la línea de parentesco puede ser directa o colateral, la primera puede ser a su vez ascendente la que partiendo de los hijos se remonta hacia el padre, los abuelos...; y es descendente cuando esa misma línea toma como punto de partida al abuelo hacia los hijos, nietos, bisnietos....

⁸⁸ Cfr. Idem. Op, cit, pág.: 337

Es colateral cuando el conjunto de parientes se encuentran unidos sin descender unos de otros, pero teniendo un progenitor en común.⁸⁹

Situaciones que se encuentran previstos por los artículos 296, 297 y 298 del Código Civil para el Distrito Federal. La importancia del parentesco se encuentra encaminada a la protección del menor, así como el derecho recíproco de convivencia que tiene todos y cada uno de los parientes, incluyendo los parientes transversales o colaterales.

1.1.1. Definición de Familia

Después de realizar un somero bosquejo jurídico de los lineamientos generales que integran la estructura familiar, así como a los distintos miembros que la conforman, se concluye que su conformación puede ser diversa, aunque, para que esa estructura familiar pueda tener las consecuencias jurídicas estudiadas, debe ser reconocida por el Derecho. De lo que se desprende la existencia de dos conceptos entrelazados pero con características propias, lo que es la familia y lo que es el Derecho familiar.

Por familia en un sentido amplio, desde mi punto de vista, se puede definir como un conjunto de personas unidas entre sí a través de vínculos consanguíneos, por afinidad, civiles o mediante las relaciones jurídicas provenientes de actos jurídicos celebrados y reconocidos por la ley, pero que comparten tiene un objetivo en común, dentro del cual se destaca el establecimiento de una relación permanente y estable, logrando con ello la preservación de la especie.

Mientras que por Derecho de familia, se refiere a los lineamientos jurídicos que regulan las diversas estructuras familiares, así como las

⁸⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op, cit, págs.: 473-474.

conductas de los miembros del grupo familiar, creando derechos y obligaciones para todos y cada uno de sus miembros, los cuales para el maestro Galindo Garfias se encuentran encaminadas hacia la protección de los hijos. Aportación sin duda invaluable, pero debe aclararse que no en todas las estructuras familiares hay hijos de por medio, como es el caso del matrimonio y el concubinato. Cabe señalar que las normas del Derecho de Familia, debido a la importancia que revisten para el Estado, son de naturaleza imperativa e irrenunciable, por razones de orden público, pues es una institución vital para la existencia del Estado mismo.⁹⁰

Lo cual no significa que las disposiciones jurídicas referentes al Derecho de familia, aun cuando exista un interés público, no implica que pertenezca al Derecho Público, pues atendiendo a la naturaleza de los sujetos que intervienen en la conducta objeto de regulación, no se encuentra el Estado como parte en estos tipos de conflictos, perteneciendo en consecuencia a la parte relativa del Derecho Privado, evitando así una intromisión arbitraria por parte del Estado en las relaciones familiares.⁹¹

En consecuencia, la injerencia del Estado se encuentra tendiente a garantizar el adecuado y correcto funcionamiento de la familia, estableciendo lineamientos de conducta mínimos que deben cumplirse, pero respetando el libre desarrollo familiar, Garantía Constitucional referente a la libre organización y desarrollo familiar, pero siempre que sean observados los derechos mínimos contenidos en el Derecho de familia.

⁹⁰ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op, cit, pág.: 456-459.

⁹¹ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I* Trigésima Tercera Editorial Porrúa Edición México 2003. Pág.: 205.

1.2.1. Desarrollo del menor en el núcleo familiar

El ser humano, está integrado por tres esferas fundamentales, la esfera biológica, la esfera psicológica y la esfera social. El conjunto y armonía de estas tres esferas le darán estabilidad, asegurándole así un adecuado desarrollo como persona. Cada una de las esferas referidas es de suma importancia, pues todas son complementarias. Con ello se reafirma que el hombre como ser, inicia en la familia su desarrollo y crecimiento, en consecuencia es la familia quien forma y fortalece las citadas esferas.

En lo que respecta a las dos primeras esferas de desarrollo del ser humano, la biológica y psicológica, Galindo Garfias, explica que la familia no es simplemente el lugar generador o de procreación del ser humano, pues evidentemente el factor psicológico e incluso emocional, son elementos de suma importancia para la integración familiar, ya que precisamente es aquí donde se forman y fortalecen valores y lazos de solidaridad entre los demás miembros integrantes de una sociedad, los cuales pueden encontrarse contenidos en diversos matices, como a través de normas de orden moral o religioso.⁹²

Por lo que respecta a la tercera esfera, la social, Arruabarrena señala que es precisamente la familia el primer grupo social del menor, el más importante y único durante el inicio de su desarrollo, de manera que por su naturaleza privada, es donde desafortunadamente los menores corren el mayor riesgo de maltrato por parte de su núcleo familiar.⁹³

Es evidente que el ser humano principalmente desde su nacimiento, durante un largo periodo de tiempo de su crecimiento y desarrollo sea excesivamente dependiente de sus progenitores, quedando de esta forma a expensas de las decisiones por ellos tomadas, al respecto considero

⁹² Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op, cit, pág.: 458.

⁹³ Cfr. ARRUABARRENA, Ma. Ignacia, De Paúl. Op, cit, pág.: 16.

importante lo señalado por Gonzalo Retena Vivanco Director Casa Cuna DIF, en un *simposium* realizado en 1978:

En verdad es cierto que ningún animal nace tan desprovisto de defensa y protección como el hijo del hombre. No hay ser más frágil que aquel cuya niñez se meste en la cuna, sobre la que se inclinan, con sus desvelos y esperanzas, la ternura materna y el orgullo paterno. Ninguna criatura atraviesa desde su nacimiento hasta su madurez, un período de fragilidad tan grande y necesita en su prolongada infancia y adolescencia, tantos cuidados como el ser humano.⁹⁴

Efectivamente, la situación natural de desarrollo del ser humano, depende casi en su totalidad de su familia y por tal motivo puede ser víctima de la violencia que esta le genere, empero, la paternidad y la maternidad que recae en seres humanos, quienes no pueden ser ajenos a las tres esferas fundamentales del hombre, tienen encomendada la tarea de cuidado y protección de los hijos, basándose en su esfera psicológica, en donde se incluye sin lugar a dudas las de carácter afectivo, derivadas quizá de un instinto animal, que tienen como objetivo inmediato la protección de los menores, protección que abarcará todos los campos en donde pueda ser susceptible de afectación (biológico, psicológico, social, natural...), protegiéndole del desarrollo social y evolutivo constante al cual se enfrenta.

Es la familia, el escenario en donde se le da formación al ser humano, lo que evidentemente es factor necesario para su crecimiento y desarrollo. Por estos motivos, resultan importantes los valores y principios que se le inculquen al menor pues de ellos dependerá en gran medida las conductas que realice el día de mañana. Empero, para el aprendizaje y aceptación de tales principios, es fundamental el apoyo que le brinde su núcleo familiar, dándole estabilidad emocional.

Debido a la complejidad de las relaciones familiares y la importancia que la familia reviste para el correcto desarrollo del menor, para entender su

⁹⁴ MARCOROVICH K., Jaime. *El Maltrato a los Hijos "El más oculto y menos controlado de todos los crímenes violentos"* Editorial Edicol, México 1978. Pág.: 133.

situación parto de la siguiente reflexión: “Para comprender al niño en la familia debemos considerar el entorno familiar, su atmósfera y estructura. Esta a su vez son afectadas por lo que sucede fuera de las paredes del hogar.”⁹⁵ Sin duda, el ambiente que perciba el menor de su núcleo familiar será de vital importancia para su desarrollo, pues no se debe olvidar que en nuestros días, se puede encontrar distintas formas de integración familiar, aunque por supuesto todas ellas deben tener una característica en común, colaborar de manera fundamental en el correcto desarrollo del niño, ya que independientemente de la situación de la procreación, la conducción del menor debe asumirse de manera responsable, para lo cual es indispensable la seguridad y fortaleza que él o los progenitores le brinden al menor, de ahí la importancia de la familia como el primer grupo social en donde se desenvuelve el hombre.

Pese a lo anterior, no puede hacerse ajeno a la realidad de en nuestros días, en donde frecuentemente la intromisión de agentes sociales externos a las relaciones familiares (principalmente al inicio de su integración) frecuentemente obstaculizan de manera trascendental la formación de la familia, influyendo de manera contundente, sobre el futuro del menor, como hacen notar Sanz y Molina:

En otros casos, los progenitores unidos ocasionalmente son tan jóvenes que el niño habrá de nacer separados de uno de sus padres en forma definitiva, porque éstos no volverán a tratarse al saber del embarazo o al producirse el nacimiento del hijo inesperado. Esto se observa como consecuencia de la proliferación de la denominada maternidad adolescente.⁹⁶

Desde luego, que pueden surgir diferentes supuestos, causas, motivos, razones y circunstancias por las que no puede integrarse una familia, en la forma tradicional o convencional establecida como lo es a través del matrimonio principalmente, y excepcionalmente el concubinato, con todo, independientemente de la situación de nacimiento, crecimiento y desarrollo del

⁹⁵ PAPALIA E., Diane et al. *Desarrollo Humano*. Octava Edición. Editorial Mc. Graw Hill. Colombia 2003. Pág.: 372.

⁹⁶ SANZ Diana, MOLINA Alejandro. Op, cit, pág.: 209.

niño, debe tener un efectivo acceso a un adecuado desarrollo en las tres esferas que lo conforman, en otras palabras, cualquiera que sea la situación que guarden sus progenitores o progenitor, tienen el deber, la obligación y el derecho de velar por el adecuado desarrollo de su hijo.

Naturalmente, el hecho de que el menor cuente con el apoyo y respaldo de sus dos progenitores, resulta ser la forma más idónea para que el primero pueda lograr un desarrollo óptimo, teniendo frente de él, a los dos modelos con características propias de su sexo. La relación que guarden los progenitores del hijo, dependerá de la relación psicológica y emocional que revisan entre sí, pues independientemente de los vínculos de unión que entre ellos exista, el vínculo fundamental será el amor, cuando menos hacia el hijo, pues en esta medida los progenitores en caso de sentir discordia o tener sentimientos encontrados, por el amor que le profesan a su hijo tendrán al menos un trato de cordialidad entre ambos:

En la medida en que los progenitores tengan una aceptación de su realidad (de carácter social, económica, afectiva, emocional...), tanto en lo personal, como en la relación que guarden con su pareja, será la seguridad y tranquilidad que le transmitirán a su hijo, pues la relación que existe entre el progenitor y el hijo, es de subordinación del menor hacia los padres, por razones naturales, tanto de carácter afectivo, como de supervivencia, por lo que, en caso de sentir discordia, u ostentar actitudes negativas entre ellos, puede resultar perjudicial para el menor, pues el menor tratará de complacer a su progenitor expresando lo que él quiere que sienta, reprimiendo así sus emociones, pues es una manera que tiene el menor de autoprotección, evitando el ridículo o el rechazo, tanto de su entorno social, como el de sus padres principalmente, lo cual resulta sin duda algo sumamente perjudicial para su desarrollo.⁹⁷

La esfera social, como se ha señalado, es una de las tres esferas fundamentales del ser humano, la cual va desarrollando a lo largo de su vida,

⁹⁷ Cfr. PAPALIA E., et al. Op, cit, págs.: 371-372.

inicialmente frente a sus padres, posteriormente en su propio grupo social, como lo puede ser su salón de clases. Así, un contribuyente importante para la autoestima es el respaldo social, el sentirse aceptado e inclusive importante para ese grupo social, sobre todo el sentirse valorado por las personas más importantes en su vida, sus padres.⁹⁸

En efecto, los progenitores son las personas fundamentales en el desarrollo del menor, empero, podría decirse que generalmente la familia (en sentido amplio) del menor, ocupa para él un segundo aspecto de importancia, predominando de entre los miembros que la integran, los abuelos, pues son los que frecuentemente ocupan los modelos de progenitores sustitutos, principalmente cuando el menor se encuentra en una familia monoparental, o cuando ambos progenitores son absorbidos en demasía por las labores que desempeñan, en donde muchas veces los abuelos constituyen una “válvula de escape” convirtiéndose en confidente, maestro, cuidador e incluso negociador entre el niño y sus padres.⁹⁹

Por lo tanto, para que el desarrollo del niño en el núcleo familiar sea favorable, es indispensable, sin lugar a dudas, la existencia de un ambiente familiar sano, en donde si bien lo ideal es que permanezca un ambiente de felicidad, cuando menos resulta indispensable que perciba un ambiente de armonía, sobre todo entre sus progenitores.

Las intervenciones que el Estado realiza sobre la familia, son y deben ser con el propósito de preservar la estructura familiar así como brindar y asegurar la protección del menor, lo que da origen a través del Derecho a diversas instituciones tendientes a la protección de los menores, dentro de las cuales se destaca la patria potestad, la cual surge como el conjunto de deberes, derechos y obligaciones por parte de los progenitores, y por parte de los hijos está lo que se conoce como responsabilidad filial. Esta institución parte del origen natural del hombre, la cual se consolida con el reconocimiento de los hijos a través de los actos jurídicos establecidos por la ley, es decir con la

⁹⁸ Cfr. Idem. págs.: 371.

⁹⁹ Cfr. Idem. págs.: 384-385.

filiación, constituyéndose derechos y obligaciones irrenunciables, intransmitibles e imprescriptibles.¹⁰⁰

La patria potestad, obliga a los padres pero también a los demás parientes del menor, siendo en primer lugar después de los padres los abuelos, tal y como lo prevén los artículos 412 y 414 del Código Civil para el Distrito Federal.

Es preciso dejar en claro que jurídicamente, independientemente de la situación que guarden los progenitores de los hijos, es decir, que los progenitores estén casados, en unión libre, o en cualquier otra situación, la filiación y el parentesco surgen con el reconocimiento de los hijos por parte de sus progenitores, lo que trae consigo consecuencias jurídicas hacia los demás miembros integrantes de la familia (en amplio sentido), siendo en primera instancia los abuelos, las personas a quien se les atribuye esta responsabilidad, todo ello con el propósito de la protección de los menores.

En efecto, como explica Galindo Garfías, la patria potestad deriva de la filiación, por consiguiente resulta para estos efectos intrascendente la situación jurídica que guarden sus padres.¹⁰¹ Añadiendo Pérez Contreras, que a quienes les corresponda el ejercicio de la patria potestad, le corresponderá la administración de sus bienes, así como también será su representante legal.¹⁰²

La institución de la patria potestad ha revestido diversos matices a lo largo de la historia, así por ejemplo en Roma la patria potestad, era en efecto una potestad plana que ejercía el *pater famili* sobre el menor, disponiendo plenamente de él, no sólo de sus bienes, sino de su persona misma. Con el paso del tiempo y evolución del hombre y de sus instituciones, la patria potestad fue cambiando su enfoque, se considera en nuestros días, más que una potestad, una función social que trae consigo un cúmulo de deberes, derechos y obligaciones encaminadas a una verdadera y efectiva protección

¹⁰⁰ Cfr. CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. Editorial Porrúa. México, 1991. Págs.: 104-105.

¹⁰¹ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op, cit, pág.: 689.

¹⁰² Cfr. PÉREZ CONTRERAS María de Montserrat. Op, cit, pág.: 44.

del menor, garantizando con ello su correcto desarrollo, y por esas mismas razones la Ley, le otorga facultades al juez competente para la designación de preferencia sobre cual de los parientes recaería el ejercicio de la patria potestad, siempre respetando los lineamientos establecidos por el ordenamiento correspondiente, verbigracia, el juez decidirá quién ejercerá la patria potestad, si el abuelo paterno o materno.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la patria potestad, Galindo Garfias establece que descansa en los deberes y obligaciones por parte de quien la ejerce, a fin de poder cumplir y responder con los deberes correspondientes a los hijos, por lo que en otras palabras, la patria potestad es precisamente la potestad y el deber conferido a quien la ejerce, con el propósito de cumplir con las tareas que le son encomendadas.¹⁰³ Agregando Pérez Contreras, que los sujetos a la patria potestad son los hijos incapaces, menores de edad hasta la edad de 18 años, o hasta que ellos se emancipen.¹⁰⁴

Por lo tanto, la naturaleza de la patria potestad, descansa en las facultades necesarias que ostentan quienes son encargados de su ejercicio, con el inmediato objetivo de poder llevar a cabo el cabal cumplimiento del deber jurídico impuesto, derivado de la filiación, teniendo su origen en principio en los lazos consanguíneos existentes entre progenitores e hijos, aunque en la actualidad abarque más allá, es decir ya sea en razón del parentesco consanguíneo o civil (adopción).

Sin duda la patria potestad encuentra justificación en el Derecho natural, en el sentimiento afectivo de los progenitores hacia sus hijos encaminado a su protección, no sólo de sus bienes, sino de su persona. Consecuentemente son los padres las personas idóneas para el cumplimiento de esta encomienda, ya que se presume que debido al interés que le profesan sus padres siempre actuarán con el fin y único propósito de proteger al menor, pues además del vínculo natural o consanguíneo y afectivo que los une con su hijo, se añade un

¹⁰³ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op, cit, pág.: 695.

¹⁰⁴ Cfr. PÉREZ CONTRERAS María de Montserrat. Op, cit, pág.: 38-39.

deber ético, un aspecto social y jurídico, ya que la dirección del correcto desarrollo del menor es de gran interés para el Estado.¹⁰⁵

Los deberes derivados del ejercicio de la patria potestad, explica el maestro Galindo Garfias, se encuentran encaminados a un deber de respeto y obediencia, en un deber de atención y socorro, así como un deber de convivencia, destacando entre ellos, el cuidado y guarda de los hijos, así como su educación y su representación legal. Como es de apreciarse, los deberes, derechos y obligaciones, se encuentran en una estrecha interrelación, es más, en muchas ocasiones se presuponen para lograr su cumplimiento, lo cual significa que la patria potestad es un cúmulo de potestades encaminadas a hacer posible las tareas que le son encomendadas.¹⁰⁶

En suma, la función de la patria potestad se encuentra encaminada a la protección de los hijos, teniendo un origen jurídico, como institución en la filiación, siendo un cargo privado de interés público, por lo que es irrenunciable e intransferible por la mera voluntad de quien la ejerce.

Es importante precisar que las tareas derivadas del ejercicio de la patria potestad no se encuentran divididas para cada uno de los progenitores, por lo que deben ser llevadas a cabo por ambos a favor de su hijo, ya que la patria potestad tiene su origen en el derecho natural, el cumplimiento de los deberes correspondiente a cada progenitor o sujeto que ejerce la patria potestad, será en función al hijo, de acuerdo a las características propias de su sexo, lo cual no debería presentar mayor conflicto, pues a todas luces, no sería necesaria una división tajante de las tareas encomendadas (verbigracia, que el padre deje sin comer a su hijo, porque ese deber le corresponde cumplir a la madre), pues efectivamente en el instinto paternal y maternal se buscara siempre la protección y correcto desarrollo de su hijo, realizando estas tareas dentro de sus posibilidades y más aún.

¹⁰⁵ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op, cit, págs.: 694-697.

¹⁰⁶ Cfr. Idem. págs.: 699-701.

Sin embargo, en el mundo fáctico, pareciera que el constante aceleramiento y materialización de nuestra sociedad, deja a un lado los sentimientos indispensables para el desarrollo del niño, creándose así la necesidad de buscar el aseguramiento de estas tareas fundamentales, razón por la cual la entrada del Derecho penal en algunos problemas familiares, como el tema del presente trabajo, representa un fortalecimiento de la protección que reviste y que debe tener el menor.

II.- Disolución y desintegración familiar

Antes de entrar al desarrollo del tema, debe tomarse en cuenta la existencia de distintos tipos de estructuras familiares (matrimonio, concubinato, familias monoparentales...), las cuales pueden sufrir rupturas, que declinan en distintas consecuencias.

En ese sentido, para la permanencia de la unión en la estructura familiar, no basta solamente el aspecto físico, sino que también es elemento fundamental el vínculo afectivo o sentimental, siendo el que establece la base sólida para la estabilidad emocional de todos los integrantes del núcleo familiar, por otra parte, se debe destacar del matrimonio que si bien es cierto es una institución que tiene la finalidad de la permanencia como institución integradora de la familia, no menos cierto es, que jurídicamente este vínculo puede ser desintegrado a través del divorcio. “El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley.”¹⁰⁷

El matrimonio, como institución estable y permanente desde un punto de vista jurídico, social y religioso de integración familiar, es susceptible de sufrir fracturas, no obstante ser una institución reconocida y respetada, pues de la

¹⁰⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op, cit, pág.: 597.

convivencia diaria se va fortaleciendo o debilitando los lazos de unión entre los miembros integrantes de ese núcleo familiar.

Resulta necesario, para que se pueda hablar de divorcio, la existencia previa de un matrimonio, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no obstante, además de la disolución del vínculo jurídico del matrimonio, es de tomarse en cuenta el aspecto psicológico, aspecto no menos importante en la ruptura de cualquier estructura familiar, y precisamente debido a la gran diversidad de estructuras familiares, resulta indispensable homologarlas bajo el término de matrimonio, no sin antes aclarar que cada núcleo familiar tiene sus propias peculiaridades, por lo que el manejo de éste término será únicamente para el señalamiento de la ruptura de las diferentes formas de integración familiar, consecuentemente, de esa misma forma se hará referencia al divorcio como la ruptura externa de la familia, en cualquiera de sus modalidades o formas de integración.

La fortaleza de la permanencia y estabilidad del matrimonio como institución, pareciera ir en desuso, por lo que la ciencia del Derecho se ha dado a la tarea de buscar los diversos factores que motivan la ruptura familiar, la cual cada vez va en mayor aumentó.

Entre las hipótesis más comunes, es el surgimiento del divorcio como medio jurídico de disolución del vínculo matrimonial, el cual desafortunadamente ha sido tomado como mecanismo de remedio y solución de las problemáticas familiares, alcanzando así su libertad quienes fueran consortes, lo que trae como consecuencia la falta de credibilidad e inclusive se plantea la posibilidad de desuso del matrimonio, como institución, por parte de las nuevas parejas que buscan la integración de una nueva familia.¹⁰⁸

Desde luego, que una familia estable, brindará un mejor desarrollo para los hijos, lo cual implica una situación de permanencia familiar sobre todo durante los primeros años de crecimiento, con todo, se puede correr el riesgo

¹⁰⁸ Cfr. SANZ Diana, MOLINA Alejandro. Op, cit, pág.: 208.

de que en el afán de preservar la supuesta unión de la estructura familiar, los daños causados a sus miembros, sea mayor.

El vínculo afectivo, no estriba como elemento accesorio, sino principal, pues es en realidad la base de la familia, independientemente de la forma que revista la integración familiar, es decir, independientemente de que se trate de matrimonio, o concubinato, o cualquier otra denominación que se le otorgue. Naturalmente, que el objetivo interno de cada uno de estas personas, y principalmente entre los progenitores, debe ser de carácter afectivo, en la búsqueda permanente de la unión a través de la convivencia diaria, pues poco se lograría, forzando la permanencia de cada uno de estos, a través de la fuerza coercitiva del Estado, lo que evidentemente traería como consecuencia la infelicidad de todos los miembros del grupo familiar.¹⁰⁹

En efecto, cuando no puede realizarse las finalidades que persigue el matrimonio, como estructura familiar, y por lo tanto las demás formas de integración familiar (las cuales siempre tendrán la característica común, de mantener y preservar sus núcleo familiar, buscando con ello la permanencia de los lazos que los unen), desde luego que esta separación debe darse, pues no basta las apariencias sociales, sino más bien, lo esencial es la unión de carácter interno de los progenitores y demás miembros que conforman el núcleo familiar que lo componen.

Por otra parte, sin duda, el extremo opuesto también es perjudicial, pues tomar al divorcio como un analgésico en las relaciones familiares, declinaría naturalmente en la irresponsabilidad, y en consecuencia en el debilitamiento de las bases de la sociedad.¹¹⁰

No se puede ignorar el creciente número de divorcios que aumenta en el Estado mexicano y probablemente en muchos otros Estados, sin embargo, no puede imputarse lisa y llanamente el debilitamiento del matrimonio a causa del

¹⁰⁹ Cfr. DESPERT, Louise J. *Hijos del Divorcio*. Ediciones Horme. Volumen VIII, S.A. E. Distribución exclusiva: Editorial Paidós, Buenos Aires, pág.: 25.

¹¹⁰ Cfr. SANZ Diana, MOLINA Alejandro. Op, cit, págs.: 207 208.

divorcio, y en consecuencia sea tomada ésta institución como fuente o parámetro de la actual desintegración familiar; en ese mismo sentido, que las uniones de hecho, como el concubinato, sean estructuras familiares más débiles a comparación con el matrimonio, como fuente de integración familiar, pues evidentemente, lo que realmente crea el vínculo sólido de unión entre los miembros de la familia, será el amor, ese elemento interno de cohesión familiar.

Es evidente que en la actualidad, diversos campos de estudio, como el jurídico, tiende a materializarse, a preservar y proteger solamente a los elementos materiales o físicos del ser humano, olvidando el elemento interno, sus sentimientos, los que sin duda constituyen la característica principal del hombre.

En este orden de ideas, debo señalar que la desintegración familiar no necesariamente se refiere a las separaciones físicas entre los progenitores, así como entre padres e hijos, ya que esta ruptura puede surgir aun cuando la estructura familiar físicamente o externamente se encuentra unida, es decir, la desintegración es de carácter interno, lo que propiciaría el inicio y surgimiento del divorcio emocional como lo explica Despert:

Se trata de situaciones en las que el divorcio emocional, ese divorcio que existe el corazón de uno, o de los dos miembros de un matrimonio aún cuando el divorcio legal pueda no haber sido considerado jamás.¹¹¹

Las consecuencias que este tipo de divorcio trae aparejada, además de constituir una acción destructiva hacia los progenitores, las consecuencias más funestas recaen sobre su propio hijo, situaciones que pueden acontecer en familias donde jamás se ha pronunciado siquiera la palabra divorcio.¹¹² Por estas razones, la citada autora, señala que el divorcio como separación física siempre se encuentra precedida por el divorcio emocional, el cual implica la separación interna entre los cónyuges.

¹¹¹ DESPERT, Louise J. Op, cit, pág.: 27.

¹¹² Cfr. Idem, cit, pág.: 132.

Desde luego que el rompimiento del núcleo familiar acarrea consecuencias dañinas, tanto externas como internas, pero sin duda, quien más resiente esta problemática son los hijos, sobre todo los menores, por lo que urge el fortalecimiento en su protección por parte de las instituciones del Estado, pues efectivamente como atinadamente señala Chávez Ascencio, el rompimiento y desequilibrio de la estructura familiar será responsabilidad única y exclusivamente de los progenitores y no de los hijos, por lo que en caso de los miembros del núcleo familiar, se deberá valorar su edad, sexo, la no separación de hermanos, sus propios deseos..., todo encaminado hacia el interés del menor.¹¹³

Aspectos que en el fondo, refuerzan la hipótesis de que independientemente de cuál sea la forma de la estructura familiar, los hijos deberán recibir protección por parte del Estado a través del Derecho, inclusive de las posibles agresiones tanto físicas como emocionales que le puedan causar sus propios progenitores, aun cuando exista la separación física de sus padres.

De ahí que el compromiso interno que exista entre los padres por consolidar y fortalecer su núcleo familiar le dará seguridad al niño, lo cual no significa que forzosamente para la existencia y eficacia de ese compromiso tengan ambos progenitores convivir dentro de un mismo techo, pues como explica Papalia, la estructura de la familia en sí misma es menos importante que su efecto sobre la atmósfera familiar, pues en realidad las tensiones o presiones y demás problemas que los progenitores tengan, serán los aspectos que más influyen en el desarrollo de los hijos, por lo que los padres deben saber canalizar esas presiones a efecto de no perjudicar con ellas a sus hijos.¹¹⁴

En la actualidad, se puede afirmar que las visiones individualistas, rompen con el esquema de la consolidación del núcleo familiar, pues en la mayoría de las separaciones de los progenitores, ambos buscan sus intereses personales,

¹¹³ Cfr. CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. Op, cit, pág.: 99.

¹¹⁴ Cfr. PAPALIA E., Diane et al. Op, cit, pág.: 377.

dejando a un lado los sentimientos, necesidades, miedos, temores, ansiedades..., de su menor hijo, utilizando las instituciones jurídicas siempre para beneficio propio y para el perjuicio de su consorte.¹¹⁵

La complejidad del estudio de la estructura familiar, obliga necesariamente al estudio de las cuestiones internas de los integrantes del núcleo familiar, principalmente de los padres, ya que naturalmente, de las relaciones que ambos progenitores guarden entre sí, influirá de manera determinante en su desarrollo, esto es, ante la existencia de un divorcio emocional, los efectos que causa este tipo de separación pueden ser más severos que el divorcio mismo, al igual que sus consecuencias, las cuales no solamente recaerán en sus hijos, en el tiempo presente de realización, sino probablemente durante toda su vida y más aun, estos niños al llegar a su etapa de adultez, muy probablemente repitan los mismos actos nocivos que recibieron de sus padres, y si resulta que tenía más hermanos, entonces el problema se multiplica.

La importancia de mantener la cohesión de la estructura familiar, tiene diversos matices en razón al mejor desarrollo del menor, ya que puede ser benéfico o catastrófico, sin embargo, sostengo que hay lineamientos que deben respetarse a favor del correcto desarrollo de los menores, dentro de las cuales se destacan las concernientes a la lealtad que existe por parte de los menores hacia sus padres, pilares fundamentales de su vida, por lo que debido a su necesidad, del cuidado y protección que necesita de sus padres dependerá entre otras cosas, el temor a ser abandonado, lo que se convierte en una tempestuosa ansiedad.¹¹⁶

El abandono del menor, es considerado como la situación en donde se deja a un menor en el desamparo, en donde se encuentra privado de los cuidados necesarios para la salvaguarda de su integridad, lo que evidencia la falta de cumplimiento de las tareas encomendadas por la patria potestad.¹¹⁷

¹¹⁵ Cfr. SANZ Diana, MOLINA Alejandro. Op, cit, págs.: 209-210.

¹¹⁶ Cfr. DESPERT, Louise J. Op, cit, pág.: 30.

¹¹⁷ Cfr. MARCOROVICH K., Jaime. Op, cit, pág.: 135.

Cabe aclarar, que el término “cuidados”, no es limitativo, por lo que además de los aspectos físicos, abarca también los emocionales, por otra parte, si bien es cierto que el abandono puede ser de tipo voluntario como en la mayoría de los casos, no menos cierto es que también puede suscitarse excepcionalmente por descuido o negligencia, por parte de sus padres, conductas que sin duda, también son reprochables.

Efectivamente, los riesgos y peligros que pueden sufrir los hijos son innumerables, y ciertamente, la responsabilidad del cuidado de los hijos sin lugar a dudas, recae sobre los padres, independientemente de la situación y las problemáticas que ostenten, de tal manera que cada miembro de la familia en sentido amplio, tiene responsabilidades para con los menores, aunque naturalmente los padres son en primer término los que deben observar los cuidados necesarios para el crecimiento y desarrollo de su hijo, deberes que encuentran fundamento en su propia naturaleza, derivada de la procreación.

En cuanto a la afectación interna de los hijos, Arruabarrena, lo llama maltrato emocional, y explica que puede manifestarse como una hostilidad verbal crónica, como insultos, desprecios, pero sobre todo amenazas de abandono, o por el contrario el encierro o confinamiento, es decir abarca desde la falta de contacto con persona alguna integrante de la familia, hasta cualquier persona ajena. Las manifestaciones de las consecuencias producto del abandono emocional, pueden presentarse como la falta de respuestas de las expresiones emocionales, como el llanto, la sonrisa, así como ausencia de iniciativa en la búsqueda de cualquier tipo de contacto de las demás personas. Más aún, otra de las dificultades que se presenta estriba en la delimitación de los comportamientos que lo comprenden, así como la de determinar los daños que el niño resiente.¹¹⁸

Es evidente, que estas formas de maltrato emocional dirigidas hacia el menor, se puede presentar en la separación interna de los padres, por lo que no abarca únicamente la disolución del vínculo jurídico matrimonial, sino más

¹¹⁸ ARRUABARRENA, Ma. Ignacia, DE PAÚL. Op, cit, pág.: 31.

bien la existencia de lo que se ha denominado divorcio emocional, pero sin duda, puede haber supuestos en donde el divorcio como disolución del vínculo familiar exista, y sin embargo, jamás se presente ningún tipo de maltrato o abandono sobre el menor hijo, sino por el contrario, que ambos progenitores le brinden confianza, seguridad y amor hacia sus menor hijo, teniendo entre ellos una relación cordial, lo que resultará sumamente benéfico para todos los miembros de la familia disgregada, aspectos que se desarrollarán en el tema correspondiente.

2.1.1. Vías de *facto* y de *jure*, para la disolución del vínculo de la pareja progenitora

Debe precisarse que en materia jurídica, la única figura legal que establece la unión entre los consortes por medio de lazos jurídicos establecidos, es el matrimonio, el cual crea el estado jurídico de los cónyuges, desde el momento mismo de la celebración del acto jurídico del matrimonio.¹¹⁹

Es más, puede acontecer en ese vínculo jurídico exista, aunque los consortes no vivan como matrimonio (las separaciones de *facto*). De manera que para que pueda surgir la disolución del vínculo jurídico creado por el matrimonio, debe estarse atento a los lineamientos previstos en ordenamiento jurídico correspondiente, pues en caso contrario el matrimonio quedará subsistente.

El matrimonio tiene su causa en el consentimiento, aunque sin duda pueden existir diversas razones que acompañan al consentimiento, causa eficiente para la celebración del mencionado acto jurídico, cuestiones como el amor, el interés o diversas conveniencias.¹²⁰

¹¹⁹ Cfr. CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho (Relaciones Jurídicas Conyugales)*. Op. cit, pág.: 2.

¹²⁰ Cfr. Idem. pág.: 58-59.

En efecto, el amor, es el vínculo más fuerte que une a la pareja, el cual no se manifiesta solamente en el matrimonio, a través de consentimiento, sino también en las otras formas de integración familiar, como el concubinato y las relaciones extramatrimoniales. Pese a su fortaleza e importancia, desafortunadamente puede menoscabarse e incluso extinguirse, circunstancias en donde la relación entre los consortes (a excepción del concubinato) no requerirá formalidad alguna para su disolución.

Con todo, el divorcio en sí, no es la causa de la desintegración familiar, pues incluso como ya lo señalaba Despert, antes de la materialización del divorcio existe previamente el divorcio emocional, en donde la separación interna entre los consortes, surge tiempo atrás de la separación física de la pareja.

Las relaciones intrafamiliares, no deben basarse en la coerción del Estado para su cumplimiento, sino más bien en el cumplimiento de los deberes y obligaciones de cada uno de sus miembros, caso contrario la llegada del divorcio viene a constatar esa destrucción familiar y consecuentemente a disolver el vínculo jurídico conyugal.

Naturalmente, que si cada uno de los integrantes del núcleo familiar cumpliera con sus tareas encomendadas, anteponiendo el bien común a cualquier otra circunstancia, velando por el sostenimiento de la familia, indiscutiblemente sería muy difícil la posibilidad de una ruptura familiar, sin embargo, lo que en la actualidad tiende a acontecer, es el egoísmo, el bienestar personal a costa de lo que sea y de quien sea, lo cual evidentemente declina en el divorcio.

Lógicamente que para que se pueda hablar de divorcio, desde el punto de vista estrictamente jurídico, se debe tomar en cuenta la existencia previa del vínculo matrimonial, sin embargo la ruptura no debe afectar de ningún modo las relaciones paterno-materno-filiales.¹²¹ Sin lugar a dudas, independientemente

¹²¹ Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis. Op, cit, pág.: 395.

de la causa que origine el divorcio, la convivencia de los hijos con los progenitores es necesaria, salvo casos excepcionales, verbigracia, en donde la visita o la estancia con alguno de ellos le sea perjudicial, cuestiones que se abordaran más adelante.

En cuanto a los diferentes matices jurídicos que puede tener el divorcio, se encuentran el divorcio voluntario, necesario y administrativo. Esto es así debido a que para la disolución del vínculo jurídico base del matrimonio sea disuelto, es menester cumplir con los lineamientos previstos por los ordenamientos respectivos, ya que el matrimonio ha sido pronunciado por un órgano de poder público, mientras que en el caso del concubinato, la permanencia de ese vínculo queda supeditado a la voluntad de los concubinarios, sin embargo, debido a que el tema central del tema en estudio recae en los hijos, no tiene cabida el divorcio administrativo, pues dentro de sus requisitos de procedencia se encuentra la no existencia de hijos. En cuanto a las demás formas de integración familiar, considero que la forma de disolución jurídica, será de forma similar a lo que acontece en el concubinato.

2.2.1. Efectos que resiente el menor en su desarrollo a causa de la falta de alguno de sus progenitores

En primer lugar, antes de entrar al estudio de las consecuencias que resiente el menor a causa del rompimiento de su núcleo familiar, se debe hacer algunas consideraciones previas de los acontecimientos que suceden entre sus progenitores.

La importancia que revisten los padres para el menor, abarca diversas perspectivas, de una parte, ellos son los pilares fuertes y primer núcleo social en donde se desenvuelve, y por la otra parte es la primer imagen o modelo de los sexos opuestos, por que al final de cuentas, cada uno de sus progenitores de acuerdo a su sexo presentarán características que complementan la

confianza y el acercamiento de su menor hijo, para que pueda plantearles sus temores, miedos, emociones...¹²²

Cabe aclarar, que las circunstancias mencionadas en cuanto a la integración natural de la pareja, son aplicables a cualquier tipo de relación familiar en donde el menor cuente con la presencia de sus dos progenitores, de modo que su educación se complementa de las experiencias transmitidas de sus padres y de su mundo exterior forjándose día a día su personalidad, lo cual significa, que puede sentir y pensar diferente a sus progenitores.

La familia como el grupo social que es, y debido a la constante interacción que existe entre sus miembros, es un sistema de intercambio emocional, el cual puede ser en sentido positivo o negativo, como lo señalo Leopoldo Chagoya vicepresidente del Instituto de la Familia, durante el simposio organizado por Marcorovich en nuestro país, agregando que durante las relaciones familiares pueden existir conflictos, los cuales podrán ser resueltos de acuerdo a la existencia de factores como el amor, la solidaridad, razón e interés encaminados al fortalecimiento de la estructura familiar, o por el contrario la existencia de aspectos psicológicos, económicos o socioculturales, de los cuales no hay una adaptación o aceptación, esto conducirá ineludiblemente hacia la disgregación familiar, siendo a su vez la familia un intercambio de agresión e inestabilidad, de la que el menor será el canal idóneo de ataque entre los progenitores, caso contrario en la situación anterior en donde se velará por el correcto desarrollo de los hijos.¹²³

Como es de apreciarse, cualquiera que sean las situaciones en que se encuentre el menor frente a sus progenitores, naturalmente queda supeditado a ellos. Y precisamente por la naturaleza privada de las relaciones familiares, estas afectaciones que resiente el menor pasan desapercibidas, lo cual se acentúa más en las sociedades donde la violencia es habitual, en donde existe una desvalorización del menor, sin olvidar la falta de conocimiento médico,

¹²² Cfr. CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho (Relaciones Jurídicas Conyugales)*. Op, cit, pág.: 42.

¹²³ MARCOROVICH K., Jaime. Op, cit, pág.: 104

psicológico y jurídico por parte de las autoridades encomendadas de la protección de los menores. Todo ello, es causa de los más trágicos acontecimientos de la humanidad, los más ocultos y menos controlados, los cuales desafortunadamente van en aumento.

Razones por las cuales, Antonio Ruiz Taviel profesor de psicología y psiquiatría de la facultad de medicina UNAM señala como las características del maltrato de los menores:

Proponemos definir al Síndrome del Niño Maltratado como “el conjunto de lesiones orgánicas y correlatos psíquicos que se presentan en un menor edad como consecuencia de la agresión directa, no accidental, de humano un mayor de edad en uso y abuso de su condición de superioridad física, psíquica de social.”¹²⁴

Es decir, maltrato infantil abarca la violencia física y la violencia moral que recae sobre el menor, la última abarca el maltrato psicológico, factor de suma importancia y productor de grandes secuelas en el desarrollo del menor como persona y curiosamente la más difícil de probar dentro de cualquier tipo de procedimiento, pues por naturaleza, los menores guardan hacia sus padres un sentimiento arraigado de lealtad, como lo probare a medida del desarrollo del presente trabajo.

Encima de la problemática planteada, debe añadirse, el hecho de que los efectos del maltrato que sufren los hijos durante su desarrollo, no solamente afectan a su desarrollo como persona, sino que también le afectará al momento en que esta persona llegue a la etapa de la vida de formar una familia, en donde muy probablemente, se repitan los mismos actos de los que fue objeto.

Como es de apreciarse, el maltrato psicológico o emocional del menor por parte de sus progenitores, es digno de análisis, a pesar de la dificultad para su estudio y *praxis*, pues el tratarse de un carácter interno del ser humano, el cual

¹²⁴ Idem. pág.: 55.

surge en una etapa de desarrollo inicial, implica el auxilio de diversas ciencias para su análisis, como la psicología, la medicina y el Derecho.

Por otro lado, la diversidad de las conductas que pueden ser causa generadora del maltrato psicológico o emocional del menor por parte de sus progenitores, van desde las reacciones físicas, como por medio de gestos de desaprobación, verbales, gritos, amenazas, o ambas, como el rechazo por parte de sus padres a convivir con el menor.¹²⁵

El maltrato psicológico, agrava más las problemáticas existentes entre progenitores e hijos, afectación emocional causa de la falta de percepción y conceptualización, consecuentemente del aprendizaje, además de la falta de identidad, personalidad, así como de espacialidad. Situación ambiental en la que el estímulo es empobrecido y alterado, da como consecuencia el desarrollo precario, se entorpece en sí, el interés en la adquisición de las funciones conceptuales y cognoscitivas. De manera que los niños con este efecto, en el entusiasmo por aprovechar los estímulos externos, presentan un retraso global en el desarrollo de todas las funciones psicológicas, incluyendo las relacionadas con el dominio de sus capacidades motoras.

Se dice que desde el vientre de la madre, la convivencia entre el producto y ella es latente, luego, desde ese momento puede dar comienzo el maltrato de los hijos, que aunque jurídicamente sea difícil de abordarse, así como para las demás ciencias auxiliares en la problemática planteada, lo cierto es, que sin duda alguna podría dar comienzo a la afectación de un nuevo ser humano por venir, lo cual se confirmaría después de su nacimiento y durante su desarrollo mediante las cuestiones ya abordadas.

Las causas del problema planteado pueden ser diversas, destacándose que los progenitores pudieron ser objeto de maltrato infantil, quedando en ellos sentimientos de resentimiento, desconfianza, temor, falta de interés, entusiasmo..., pero sobre todo la pobreza emocional encaminada a la falta de

¹²⁵ Cfr. ARRUBARRENA, Ma. Ignacia, DE PAÚL Joaquín. Op, cit, pág.: 31 32.

capacidad de querer a otros, incluyendo a sus propios hijos. Con todo, ello no implica necesariamente que un sujeto que fue víctima de maltrato infantil repita ineludiblemente los mismos actos al momento de formar su propio núcleo familiar, ya que puede buscar diversos medios de canalización de sus problemas internos, todo ello con el propósito de evitar la repetición de esos actos perjudiciales de que fueron objeto.

Desafortunadamente, la realidad es que la aceptación de la existencia de este tipo de conflictos internos es muy poco dable, consecuentemente, la situación se complica más para los hijos menores, pues tomando en cuenta la circunstancia de subordinación hacia sus progenitores, inclusive hasta las etapas previas anteriores a la adultez, sin duda las probabilidades de que este tipo de actos se repitan, son muy altas.

Otro de los grandes males, causa del maltrato infantil por parte de los progenitores hacia sus hijos, es el estudiado por Despert, se refiere a los suscitados a razón del rencor existente entre los progenitores, lo cual sin duda trasciende hacia los hijos:

Un hombre y una mujer que durante el matrimonio se han herido mutuamente pueden continuar su lucha, sin darse cuenta de ello, a lo largo del divorcio y aún luego, utilizando al niño como la pieza con que juegan. Muchas decisiones decisivas para el niño relativas a su custodia, muchos forcejeos caprichosos sobre los privilegios de visita, surgen no de una preocupación por el niño, sino de un deseo inconsciente de uno de los padres, o de ambos, de obtener el otro el máximo posible.¹²⁶

Por otra parte, no se debe dejar de reconocer, que generalmente, las familias monoparentales, como resultado del rompimiento del vínculo matrimonial (o de cualquier otra forma de integración familiar, integrado por los dos progenitores), es más común la presencia de la inestabilidad interna entre los progenitores, sobre todo, en los casos de familias monoparentales encabezadas por la madre, quienes generalmente se encuentran con

¹²⁶ DESPERT, Louise J. Op, cit, pág.: 33.

malestares psicológicas, como depresión, ansiedad, hostilidad..., emociones de las que será objeto los menores.¹²⁷

Esto no significa que el maltrato físico sea distinto ni mucho menos excluyente del emocional o psicológico: “En términos generales parece acertado que el malestar psicológico correlaciona con la frecuencia del maltrato físico”.¹²⁸

Los problemas a que se enfrenta el menor desde su nacimiento, son muy diversos como se ha podido constatar, agregando los problemas de carácter social, los estereotipos sociales, en donde el término de unión de los progenitores es importante para evitar el señalamiento por parte de su entorno social, más aún, la situación se agrava, con el divorcio, donde será de vital importancia el amor que reciben de sus padres, pues el efecto del juzgamiento de la situación de los progenitores por parte de la atroz sociedad, dependerá sin lugar a dudas de la confianza y seguridad que le brinden a su menor hijo, razones por las que considero muy ilustrativa la siguiente cita:

Si comparamos el núcleo familiar con el centro de un pequeño y tranquilo estanque de aguas tranquilas y quietas, entonces podemos decir que un divorcio es una piedra grande que se lanza al centro con violencia. Las ondas originadas por el impacto atraviesan toda la superficie y llegan a todos los sitios.¹²⁹

En efecto, el divorcio como la separación física de los padres, como ya quedó establecido, siempre está precedido del divorcio emocional, naturalmente el divorcio, implica un cambio, el cual sin duda afectará el desarrollo de la vida de todos y cada uno de los miembros de la familia tanto en sentido estricto como en sentido amplio, pero sobre todo, quien resiente sin lugar a dudas el mayor cambio, son los hijos, máxime si estos son menores.

¹²⁷ Cfr. ARRUABARRENA, Ma. Ignacia, DE PAÚL Joaquín. Op, cit, pág.: 50-52.

¹²⁸ Idem, pág.: 51.

¹²⁹ JOHNSON Laurene, y GEORGLYM Rosenfeld *El Divorcio y los Hijos*. Editorial Norma, México-Colombia, 1992. Pág.: 1.

La desigualdad de condiciones en que suceden los cambios originados a causa del divorcio, ponen al menor en un estado de desamparo, pues generalmente son ellos los elementos olvidados del divorcio, pues por cuestiones naturales, sociales, económicas, e internas el menor queda a merced de lo que sus padres determinen. Y mientras sus padres acuden con abogados, psicólogos, grupos religiosos o simplemente amigos, el menor además de ver destruido su entorno fundamental, su mundo, generalmente tiene que resolver de las problemáticas derivadas del divorcio por sí mismo, pero con la inestabilidad ya en él creada, surgiendo consecuentemente en los hijos la desconfianza a desarrollarse en el exterior.¹³⁰

En este orden de ideas, en cuanto al divorcio o la separación física entre los progenitores, puede acarrear consecuencias negativas, pero sin duda, puede ser tomado en sus aspectos positivos en el desenlace de las consecuencias del divorcio, pues puede compararse al divorcio con el cambio de la enfermedad a la salud, lo cual significa que el divorcio no es necesariamente malo o negativo para el menor, esto va a depender en gran medida de la actitud y circunstancias que observen los progenitores para con el desarrollo de sus hijos.

Es más, el divorcio en muchas ocasiones resuelve otro tipo de incertidumbres ocasionadas a razón de la existencia del divorcio emocional, ante la posibilidad de la separación de sus padres, en donde el conflicto de lucha de lealtades es mayor, y por lo tanto el ocultamiento de sus emociones aumentan, encaminadas al beneplácito de sus padres, pues al no saber con certeza de su separación o no, él no sabe lo que acontecerá en su futuro, ni qué actitud tomar, de manera que crecen sus temores y confusiones.¹³¹

Por otra parte, al hacerse efectivo el divorcio o a separación definitiva entre los progenitores, el menor ya se encuentra ante algo cierto, quizás una realidad cruda, pero tangible, "El niño debe vivir en el mundo real. Debemos

¹³⁰ JOHNSON Laurene, y GEORGLYM Rosenfeld. Op, cit, pág.: 2.

¹³¹ DESPERT, Louise J. Op, cit, pág.: 29.

ayudarle a que así lo haga, poco a poco y del modo como pueda asimilarlo.”¹³² Circunstancias que serán variables de acuerdo a su edad, sexo, temperamento, etc., pero sobre todo, la actitud que tomen sus padres frente a él, y es aquí en donde el Derecho juega un papel primordial, en lo relativo a la custodia y régimen de visitas del menor. Si el menor es conducido correctamente por sus padres, durante el arduo camino del divorcio, con comprensión y sobre todo con amor, la adaptación del menor será posible, inclusive podrá ser tomado estos cambios como algo benéfico.¹³³

Lo cual prueba que el divorcio tendrá efectos positivos o negativos entre los integrantes del núcleo familiar, de acuerdo a las causas, al modo y forma en que se lleva a cabo este proceso de separación de entre los progenitores, circunstancias que dependerán en gran medida de la comprensión que los padres tengan de las circunstancias tan apremiantes por las que atraviesa su hijo.

Sin duda la protección de los menores es de suma importancia, independientemente de las circunstancias en que se haya originado el divorcio, en especial si son menores de edad, lo cual no significa que a etapas posteriores del desarrollo del ser humano no sea susceptible de afectación a causa de estos cambios.¹³⁴ Lo que sucede es que por circunstancias naturales, el menor se encuentra en el periodo de fortalecimiento de sus tres esferas fundamentales, lo que evidentemente le dificulta la búsqueda de auxilio en el exterior.

La separación de los progenitores, permite la exteriorización de los sentimientos del niño, y es precisamente cuando él necesita una conducción adecuada por parte de los adultos, la exteriorización de sus sentimientos y emociones encontradas, constituyen alivio y una fuente de escape de sus tensiones, aunque algunos padres utilizan y aprovechan la manifestación de tales emociones para herirse mutuamente entre consortes, e inclusive contra

¹³² DESPERT, Louise J. Op. cit, pág.: 99.

¹³³ Cfr. PAPALIA E., Diane et al. Op. cit, pág.: 379-381.

¹³⁴ Cfr. JOHNSON Laurene, y GEORGLYM Rosenfeld. Op. cit, pág.: 9.

sus propios hijos, como signo de represión, lo que por supuesto trae como consecuencia que el menor deje de compartir sus sentimientos con sus progenitores, optando por encerrándose él mismo en sus problemas.¹³⁵

Dentro de los eventos que se considera que producen un impacto negativo en los hijos de las familias divididas destaca: “cuando los padres les preguntan a los niños que con cuál de los dos prefieren vivir; cuando los padres hacen que los niños tengan que escoger entre uno y otro.”¹³⁶

En efecto, estas situaciones provocan en el niño conflictos de gran magnitud de carácter interno, y más aún, reprimen sus sentimientos como medio de defensa frente a sus padres, todo ello en la búsqueda de mantener satisfechos o contentos a ambos progenitores, pues independientemente de los conflictos existentes entre sus padres, cada uno de ellos será vital para su desarrollo, pues cada uno representa los pilares más importantes de su vida.

Sin lugar a dudas, lo referido es una manifestación de violencia, y seguramente es uno de los de mayor trascendencia y de consecuencias más prolongadas, que puede recibir el menor por parte de sus progenitores, pues la violencia abarca tanto el aspecto físico, como también del orden psicológico o de carácter interno.

Pese a que los progenitores, sin duda constituyen el primer núcleo social importante donde se desenvuelven los hijos, se debe mencionar que la participación de los demás miembros de la familia, en sentido amplio, naturalmente tienen una interrelación con el desarrollo y crecimiento del niño, sobre todo cuando en algunos casos, ellos se encargan de la crianza y educación de los hijos, pues como explica Brandt F Steele de Psiquiatría Nacional Center for the Prevention of Child Abuse and Neglect Denver, Colorado USA:

¹³⁵ Cfr. JOHNSON Laurene, y GEORGLYM Rosenfeld. Op, cit, pág.: 9

¹³⁶ Ibidem.

En nuestra especie no existe un determinado genético orientado al cuidado de los niños, como acontece en otras especies de animales inferiores. El cuidado de un bebé no es privativo de la mujer que ha sido embarazada y que ha dado luz a un niño. La habilidad de cuidar a los niños puede observarse en los hombres, padres adoptivos, enfermeras, tías solteras y en otras personas que nunca han experimentado el embarazo.¹³⁷

Evidentemente, puede acontecer que el niño se desarrolle con miembros de su familia que no sean sus padres, de tal suerte que pueden ser sustituidos en sus funciones en una gran magnitud de lo que el niño considera como su núcleo familiar y social.

Es más, aunque el niño encuentre su núcleo familiar y social en sus progenitores, la presencia de los demás miembros de su familia (en sentido amplio), pueden auxiliar en el desarrollo adecuado del menor, y en la mayoría de los casos revisten de una gran importancia para el niño, sobre todo cuando se encuentra en medio de los conflictos existentes entre sus padres, en donde los progenitores cegados por el creciente afán de lastimarse mutuamente, utilizan al niño para lograr su cometido, o por el contrario lo ignoran totalmente.

En estas circunstancias, suelen ser los abuelos, los parientes más cercanos que tienen la posibilidad de acudir al auxilio del menor, puesto que naturalmente después de sus progenitores, representan en la mayoría de los casos el modelo de una familia integrada por los dos sexos, el abuelo y la abuela, y naturalmente ellos pueden constituir una válvula de escape de las tensiones y emociones encontradas que presentan los menores, constituyendo así una forma de alivio reconfortante.

Aun así, pese a la importancia que los demás parientes pueden tener para el niño en su desarrollo, principalmente los abuelos, al hacerse efectivo el divorcio, se produce lógicamente un gran distanciamiento desafortunado entre los abuelos y sus nietos.¹³⁸ Estas separaciones tajantes con la familia del

¹³⁷ MARCOROVICH K., Jaime. Op, cit, pág.: 122.

¹³⁸ Cfr. PAPALIA E., Diane et al. Op, cit, pág.: 385.

progenitor que no obtiene la guarda y custodia del menor, pueden acarrear para él consecuencias funestas para su desarrollo, si no son encausadas en forma correcta sus emociones, pues el menor se atribuirá las causas de lo ocurrido.

Esto resulta ser lo más perjudicial para el desarrollo adecuado del niño, ya que aunado al amargo cambio que surge en su vida, y ante la preocupación del futuro en su desarrollo, él se forma sus propias razones y causas que dieron origen a la separación entre sus padres, aunque en la mayoría de los casos, sean esas apreciaciones equivocadas.

Es de aclarar, que las familias monoparentales resultado del divorcio, o causadas por el rompimiento de los lazos sentimentales que unían a la pareja, a diferencia de las familias monoparentales surgidas a raíz de las situaciones naturales o aquellas que integran así su estructura familiar desde su inicio, como es el caso de las madres solteras, o por viudez, sin lugar a dudas la situación psicológica del progenitor será completamente distinta a las primeras, ya que estas familias referidas, se encuentran ubicadas en una realidad a la cual enfrentan día con día, logrando con ello una estabilidad y una fortaleza psicológica que indudablemente transmitirán hacia sus hijos, mientras que en las primeras no hay una aceptación de su realidad provocando con ello inestabilidad psicológica, en el mejor de los casos, lo que sin duda repercutirá en el menor.

En el caso del surgimiento de las familias monoparentales a causa del divorcio, pueden acontecer las siguientes problemáticas, como el surgimiento de las relaciones bipolares en donde el menor piensa que debe llenar el vacío del otro progenitor incluyendo las responsabilidades.¹³⁹ Situaciones en donde inclusive el propio progenitor es quien toma o inclusive obliga a sus hijos a sustituir el lugar del progenitor ausente.¹⁴⁰ En el caso de los hermanos mayores, cuando adquieren la responsabilidad de dirección de sus hermanos menores, aumenta con esto su responsabilidad a causa de la ausencia de

¹³⁹ Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis. Op, cit, pág.: 407.

¹⁴⁰ Cfr. JOHNSON Laurene, y GEORGLYM Rosenfeld. Op, cit, pág.: 10.

respaldo que ellos tienen, lo que repercutirá sin duda en el aspecto académico comportamiento y desarrollo.¹⁴¹ Despert, aborda el fondo del asunto y expresa:

El peligro más serio a que se hayan expuesto los niños, consiste en la privación del apoyo emocional que necesitan para desarrollarse. Pueden carecer de todos los lujos materiales, y aún de muchas comodidades físicas, y medrar no obstante y crecer hasta alcanzar una sana madurez, si se satisfacen sus necesidades emocionales.¹⁴²

Es evidente el hecho de que el niño necesita del contacto y afecto de ambos progenitores, para su correcto desarrollo, incluso cuando no lo manifieste¹⁴³, pues indudablemente el apoyo emocional y psicológico que cada uno de los padres le proporcione al menor, le ayudará a entender la problemática causante de la separación de sus padres, así como disipar sus tensiones, miedos y todas aquellas apreciaciones erróneas que tienen como causa del divorcio, pues sin duda, el divorcio representa para él, cuestiones diversas a la de sus progenitores.

Por otra parte, la necesidad del menor de la convivencia con sus progenitores, no implica la permanencia forzosa de los consortes en el núcleo familiar, en donde es manifiesto el sacrificio que esto representa, por parte de alguno de los padres el habitar ahí, con el propósito de evitar un daño hacia sus hijos, pues esto resulta más perjudicial para los menores, ya que su sentimiento de culpabilidad aumenta.¹⁴⁴

En consecuencia, lo que el niño realmente necesita saber es que él no tiene la culpa de los acontecimientos suscitados, y que los problemas que presentan sus padres son independientes y ajenos a él, por lo que seguirá teniendo el mismo amor de ambos. La forma en como se debe conducir al menor por el escabroso camino del divorcio, será por medio de la constante

¹⁴¹Cfr. PAPALIA E., Diane et al. Op, cit, pág.: 382.

¹⁴² DESPERT, Louise J. Op, cit, pág.: 34.

¹⁴³ Cfr. Idem. pág.: 56.

¹⁴⁴ Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis. Op, cit, pág.: 152.

comunicación que el menor tenga con cada uno de sus progenitores, brindándole cada uno su respectiva comprensión y confianza.

Para que pueda lograrse este propósito, es evidente la necesidad del contacto del niño con ambos progenitores, viendo en consecuencia materializado el amor que le profesan tener, lo que se fortalece, si dentro de lo posible, entre los progenitores existe un trato de cordialidad, pues ambas figuras guardan un lugar especial para los hijos, sin que confunda este trato con la realidad existente entre sus padres, pues el menor necesita contar con bases firmes para su constante desarrollo. Comprendiendo así el menor las causas reales de ésta disgregación, en las cuales él no tiene nada que ver, situación que reafirmarán sus padres no únicamente de manera verbal, sino con hechos.

Por otra parte, al momento de la separación de sus progenitores, es benéfico para el menor conservar dentro de lo posible, el demás entorno social en que se desenvuelve, como la escuela, la colonia..., pues de lo contrario además de ver disgregado su núcleo primario, verá destruido todo su entorno social, lo que causará grandes conflictos en el desarrollo de su personalidad. En ese sentido, debe estarse atento a las emociones del menor al momento de decisiones jurídicas producto del divorcio, pues mientras los padres discuten sobre cuál de ellos tendrá la custodia, y cómo se establecerá el régimen de visitas, en el menor surge el sentimiento de rechazo, el temor a ser abandonado por ambos progenitores.

El origen de las desavenencias entre los progenitores, una vez que se presenta el divorcio, surgen del egoísmo, y la lucha que sostienen entre ambos (ya sea por causas justificadas o injustificadas), que los absorbe a tal grado de dejar en el olvido a su hijo, circunstancia que no tiene justificación, ya que independientemente de las circunstancias de discordia entre los padres, el niño necesita el apoyo de ambos, pues desde luego, la causa del divorcio, casi en su totalidad es producto de la pareja misma, en donde el menor no tiene nada que ver, y por lo tanto, no deben verse interferidas las relaciones que el menor sostenga con cada uno de sus progenitores.

En la medida en que los progenitores tomen conciencia de las necesidades del menor, las cuales inclusive exijan reprimir los sentimientos negativos hacia su antiguo consorte, e inclusive exija sacrificios al resaltar las virtudes de éste aún a costa de orgullo, todo ello con el propósito de establecer un ambiente armonioso para el menor y consecuentemente lograr con ello una estabilidad y seguridad emocional del mismo, lograrán un desarrollo adecuado de su hijo, pues tanto de palabra como de hecho, el niño estará consciente del apoyo y afecto que le brindan sus dos progenitores:

El mismo esfuerzo por lograr una mayor tolerancia mutua en beneficio del niño, contribuye a establecer una relación más cómoda entre los progenitores. Puesto que deben continuar manteniendo cierto tipo de relación, aún cuando sea tan sólo porque ambos deberán compartir la atención de los hijos en el futuro, sin duda deberá preferirse que esa relación sea buena.¹⁴⁵

Podría decir, que hasta cierto punto, la relación sentimental y afectiva de cada uno de los progenitores hacia sus hijos, es independiente a los lazos afectivos que existieron entre los progenitores, de tal suerte, que aparte de establecer un ambiente de armonía necesario entre los progenitores, debe existir y permitirse el acceso afectivo y efectivo de cada uno de los progenitores hacia sus hijos, sin dejar de reconocer el gran esfuerzo que esto implica para el progenitor inocente.

Con la separación de los progenitores, lógicamente implica que el niño tendrá que quedarse con alguno de estos, lo que se conoce como la guarda y custodia, no obstante, es indispensable como ya lo he referido, que el niño cuente con el apoyo de sus padres, y que tenga la seguridad de que efectivamente cuenta con ese respaldo: “Los hijos del divorcio tienden adaptarse mejor si tienen un contacto confiable y frecuente con el progenitor que no tiene la custodia, generalmente el padre.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ DESPERT, Louise J. Op. cit, pág.: 70.

¹⁴⁶ PAPALIA E., Diane et al. Op. cit, pág.: 379.

Para tener una idea grafica de la importancia de problemática por la que atraviesa el menor, resalta la siguiente cita, donde se muestra su vulnerabilidad:

Un niño de nueve años resumió todo esto cuando dijo: “No me importa con cuál de los dos he de vivir. Los quiero a ambos. Por favor, no me obliguen a escoger. Simplemente díganme que debo hacer.”¹⁴⁷

En realidad, para la determinación de la custodia y guarda, debería tomarse en cuenta la opinión del menor, si es que tiene la capacidad (de goce) para hacerlo, sin embargo estos cuestionamientos no deben ser realizados por sus padres, pues es evidente que ambos son los pilares de su vida, en estas circunstancias, el niño necesita forzosamente la ayuda o conducción por parte de los adultos, por ejemplo, por parte del Juez, como tercero extraño al conflicto.

Es verdad que la fortaleza de los niños sea tal que pueda superar casi todos los obstáculos, como los niños que han sobrevivido guerras u otras calamidades, pero todo ello dependerá en la medida en que encuentren fortaleza en su grupo social primario, su familia.¹⁴⁸

Desde luego, para poder lograr este objetivo dependerá sin lugar a dudas, de la estabilidad emocional y psicológica, que cada uno de sus progenitores tenga, reconocimiento que no puede ser menospreciado, pues en la medida de la fortaleza de los padres, será la seguridad transmitida a sus hijos:

Mayor y especial importancia tienen los sentimientos y la actitud de los progenitores, porque de su estabilidad y su valentía para enfrentar las nuevas situaciones depende la adaptación del niño.¹⁴⁹

¹⁴⁷ JOHNSON Laurene, y GEORGLYM Rosenfeld. Op, cit, pág.: 9.

¹⁴⁸ Cfr. DESPERT, Louise J. Op, cit, pág.: 35.

¹⁴⁹ Idem. págs.: 103-104.

2.3.1. Situación del menor, en cuanto a la residencia, estancia y convivencia con sus progenitores

Para iniciar el desarrollo de este tema, se debe recordar, que el Derecho es una de las instituciones más importantes creadas para la protección, aseguramiento y certeza de los gobernados frente al Estado. En ese sentido, resulta de gran interés para el Derecho algunas de las conductas realizadas al interior de la familia, dirigidas hacia su conservación e integración familiar, razones por las cuales el desarrollo de los hijos y en especial del niño, dentro del núcleo familiar, reviste una suma importancia para el Estado.

Sin embargo, para que el Derecho pueda intervenir en la protección del menor dentro de las relaciones familiares, es necesario partir de la filiación, ya que por este medio, el hecho de la procreación trae las consecuencias jurídicas ya abordadas, dentro de las que se desprende la tenencia de la patria potestad. Relaciones que se complementan con el trato que reciba el hijo por parte de sus progenitores.

En nuestro sistema jurídico, la patria potestad implica más que derechos y obligaciones, deberes para con los hijos. A diferencia del *pater famili* en Roma que era el único que ejercía estos derechos, en la actualidad la patria potestad, reviste de diversas formas para lograr su cometido, sobre todo al momento de surgir el divorcio, como explica Manuel Chávez, la separación física hace imposible que la mencionada institución pudiera ser cumplimentada por ambos progenitores, por lo que es necesario su ejercicio bipersonal, en donde puede acontecer que un progenitor tenga la patria potestad, pero otro su ejercicio, en donde al fin de cuentas ambos complementan el fin del ejercicio de la patria potestad.¹⁵⁰ Aclaro, que no hay impedimento legal alguno para que el ejercicio de la patria potestad pueda ser ejercida por ambos, lo que implicaría determinar en el convenio respectivo la división de las materias en las que cada progenitor será responsable.

¹⁵⁰ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. Op, cit, pág.: 110.

La imperiosa necesidad de proteger al menor, ha provocado la evolución y perfeccionamiento del ejercicio de la patria potestad, desde su desdoblamiento, hasta su extensión a los demás miembros de la familia, desde la madre, hasta los demás parientes consanguíneos del menor. No sin antes seguir un orden en la designación de su ejercicio, partiendo siempre de la filiación, recayendo en principio en los progenitores.

Así las cosas, el ejercicio de la patria potestad corresponde primeramente a los padres, en caso de falta de alguno de ellos, la ejercerá el otro, a falta de ambos, corresponderá a los ascendentes (los abuelos) en el orden que el Juez determine, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso; y en el supuesto de tampoco existir, se nombrara a un tutor, que podrán ser los hermanos o inclusive los parientes colaterales hasta cuarto grado.¹⁵¹

La patria potestad en principio, se entiende como una unidad, y por lo tanto se encuentra encomendada a personas determinadas, con el propósito de dar certeza y asegurar el desarrollo de los niños, lo que significa que su desdoblamiento obedece a hacer efectiva sus fines encomendados.

Se sigue, que el hecho de que el ejercicio de la patria potestad recaiga en personas distintas a los progenitores, no libera a los padres del deber de coadyuvar en el encause correcto de sus hijos, pues no obstante que figuras jurídicas como la filiación, la patria potestad, descansan en una base de confianza que el Estado deposita en los progenitores debido a la existencia de los lazos afectivos (derivados de la consanguinidad) que los unen con sus menores hijos, no pasa desapercibido que el deber abordado sea incumplido por alguno o por ambos.

Es claro que cuando los progenitores se encuentran unidos en el núcleo familiar, el ejercicio de la patria potestad no representa mayor problema, pues al ser su ejercicio bipersonal, es ejercida por ambos, compartiendo la responsabilidad que de ella deriva. El problema surge cuando se da la

¹⁵¹ Cfr. PÉREZ CONTRERAS María de Montserrat. Op, cit, pág.: 41.

separación de los progenitores, en donde materialmente resulta imposible llevar a cabo el ejercicio de la patria potestad, ya que el menor por su condición y circunstancias naturales, deberá permanecer con uno de ellos (obviamente con el divorcio no pueden permanecer los padres juntos en el mismo techo), imposibilitándose así el ejercicio por parte de ambos. Sin embargo las funciones de la patria potestad son permanentes y no admiten interrupciones, por lo que cada progenitor deberá cumplir con lo necesario para cumplimentar su encomienda.

Sin duda las relaciones entre los progenitores a razón del menor seguirán existiendo, por lo que como se ha señalado en el tema precedente, lo ideal es que exista cuando menos una relación de cordialidad, sin embargo para el aseguramiento de la protección del menor, el desdoblamiento de la de la patria potestad debe encontrar contenido en el convenio relativo al ejercicio de la patria potestad del menor y exclusivamente podrán celebrarlo quienes detenten la patria potestad, requisito jurídico *sine qua non* para poder decidir sobre la conducción del menor.

Por estas razones la tenencia de la patria potestad, es considerada como un derecho inalienable, imprescriptible y por lo tanto irrenunciable, sin embargo si puede extinguirse, perderse, limitar o suspenderse.

Referente a la extinción de la patria potestad, puede acontecer por la muerte de quien la ejerce o del menor, mediante la emancipación o por mayoría de edad. Se pierde solamente mediante resolución del Juez competente dictada a través del debido proceso y buscando ante todo la seguridad del menor. Puede limitarse en los casos en donde quien la ejerza incurra en conductas de violencia intrafamiliar. Finalmente, puede suspenderse cuando surge una incapacidad por parte de quien la ejerce, por su ausencia, o mediante sentencia donde expresamente se suspenda la patria potestad.¹⁵²

¹⁵² Cfr. Idem, op, cit, pág.: 43-44.

Cabe precisar, que el único medio de perder, suspender o limitar la tenencia de la patria potestad, es mediante resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente, en donde se observen las formalidades esenciales del procedimiento, del mismo modo puede restituirse la tenencia del referido derecho, añadiendo que en ambos sentidos debe velarse siempre por el interés y seguridad de los menores. Por su puesto que cuando refiero al debido proceso, queda implícito la observancia de las disposiciones legales tanto Constitucionales como secundarias.

Así, con el propósito de llegar al cumplimiento de los objetivos de la patria potestad, se desprende la guarda, la custodia y las visitas al menor, con el propósito de garantizar el adecuado desarrollo del menor, así lo establecen los artículos 416 y 417 del Código Civil para el Distrito Federal. Cabe señalar que el último artículo es categórico al señalar como único medio de pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, a través de los mandatos judiciales.

Por todo lo anterior, afirmo, que el espíritu de la ley está encaminado a la protección de las relaciones entre padres e hijos, como cuestiones independientes a las causas o motivos que dieron origen a la separación de sus padres. Pues aún en el supuesto en que el ejercicio de la patria potestad recaiga exclusivamente en el padre o en la madre, el otro progenitor conservará el derecho de visitas y vigilancia sobre su hijo, de tal suerte, que todo gira en torno hacia la protección del menor, no resultando óbice reafirmar, que independientemente del convenio o resolución judicial relativo al ejercicio de este derecho, derivado en la guarda y custodia del menor, ambos progenitores se encuentran obligados en el cumplimiento de los deberes derivados de esta institución, recordando que el no tener el ejercicio de la patria potestad, no implica que la pérdida de la patria potestad.

Es por ello que la realización de las conductas realizadas entre los padres, no debe ser factor determinante para definir la aptitud de quien de ellos será el mas idóneo para hacerse cargo de la custodia del menor.¹⁵³

La importancia de la determinación del desdoblamiento de la patria potestad, hace necesario que se encuentre plasmado en un convenio celebrado por las partes titulares de la institución, el cual deberá ser aprobado por el Juez, debido al interés público que el convenio reviste; o a través de una resolución judicial, todo ello para dar certeza al cumplimiento de los derechos, obligaciones y deberes de los progenitores, así como para la realización efectiva de los objetivos que derivan de la patria potestad, aunque debido a la propia y especial naturaleza del objeto que regula, estos convenios no tendrán el carácter permanente e inalterable, puede sufrir variantes, sobre todo, a causa del incumplimiento del convenio establecido por parte de uno o de ambos progenitores. No obstante, debe aclararse que esa modificación de igual forma deberá realizarse previo el procedimiento correspondiente.

A diferencia del ejercicio de la patria potestad que sí puede ser ostentada por ambos progenitores, este acontecimiento no sucede en la guarda del menor hijo, pues la guarda, implica la tenencia física del menor, y naturalmente, después de disuelto el vínculo familiar, lógico resulta que los progenitores dejarán de tener una vida en común, o en el mismo techo, por lo que necesariamente la guarda debe ser conferida exclusivamente a un progenitor (aunque la designación de la guarda pueda ser modificada posteriormente por diversas circunstancias), pues por cuestiones de hecho, resultaría imposible que el progenitor tenga la guarda sin la posesión (disposición) de su menor hijo. Por otro lado, se deduce, que la custodia del menor deriva de la guarda que el progenitor tenga a su favor, aunque al fin de cuentas, ambos conceptos se encuentran encaminados hacia la real y efectiva protección del menor.

Por otra parte, el régimen de visitas o el derecho de visita, parte de la base del bienestar y el adecuado desarrollo del menor, además del derecho de

¹⁵³ Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis. Op, cit, págs.:403-404.

convivencia recíproca entre progenitor e hijo, por lo que para lograr su objetivo, es necesario que él mantenga una relación estrecha con sus dos progenitores, así Mizrahi indica en forma resumida y práctica lo siguiente:

El desmembramiento de la guarda como consecuencia del divorcio comporta que uno de los padres quede excluido de la tenencia del hijo. Precisamente, para compensar de algún modo la privación de la custodia, se le confiere a éste progenitor el denominado “régimen de visitas”.¹⁵⁵

Es decir, que las relaciones existentes entre cada uno de los progenitores con sus hijos, además de crear derechos para ambas partes, establecen el cumplimiento de obligaciones y deberes, en miras al mejor desarrollo del menor, aunado al fortalecimiento afectivo existente entre padres e hijos, aun cuando este tipo de vínculos ya no exista entre los padres.

La obligación por parte de quienes tienen la guarda y custodia del menor de permitir a los demás parientes del menor el efectivo desarrollo del derecho de visita sin duda van más allá del progenitor, tal y como lo previene el artículo 417 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

En cuanto al fundamento jurídico internacional, destaca la Convención sobre los Derechos del Niño de la que Chávez Ascencio refiere:

Este derecho de visita se encuentra ya consignado en la Convención sobre los Derechos del Niño que fue aprobada en la 44 sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, a la que México se adhirió y aprobó el Senado el 19 de junio de 1990 (D. O. 31-VII-90), pasando a formar parte de la legislación positiva del país.¹⁵⁶

Dentro de los artículos del citado ordenamiento, destaca lo dispuesto en su artículo 9, en donde establece que en caso de separación de los padres, éstos quedan obligados a mantener relaciones personales y contacto directo

¹⁵⁵ MIZRAHI, Mauricio Luis. Op, cit, pág.: 427.

¹⁵⁶ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. Op, cit, pág.: 114.

con su hijo, salvo que estos actos sean contrarios al interés superior del niño.¹⁵⁷

El reconocimiento de los derechos del niño, a nivel internacional es un gran avance y debe ser una directriz para los sistemas jurídicos de los Estados, desde esta perspectiva, el derecho de visita constituye uno de los derechos más importantes y necesarios para el desarrollo del niño, pues no se debe olvidar que los padres del niño son para él, los adultos más importantes, en consecuencia, no existe justificación alguna para que por mero capricho de los progenitores, sea coartado el derecho de convivencia con sus padres.

Así, el derecho de visita parte de su reciprocidad, es decir, es un derecho o deber recíproco entre padres e hijos, el derecho del hijo a ser visitado por un lado, y el deber del padre de visitar a su hijo por el otro, teniendo una base sólida en el Derecho natural. En efecto, el derecho de visita va más allá de las obligaciones impuestas por la Ley, parte de la base del vínculo afectivo, entre padre e hijo y viceversa, no obstante, para hacer efectivo este derecho o deber de visitas, resulta indispensable la comunicación entre el progenitor con su hijo, la cual deberá realizarse, en una completa libertad, con el propósito de liberarla de un ambiente de tensión y por ende cumplir sus objetivos.

La convivencia y comunicación con los menores, sobre todo la derivada del derecho de visita, puede ser de manera directa o indirecta independientemente del lugar o con quien se encuentre el menor, la primera se refiere al contacto físico entre padre e hijo, mientras que la segunda abarca a cualquier medio de comunicación por la que ambos puedan tener contacto, por lo que podrán ser diversos de acuerdo al avance tecnológico y al alcance económico de los padres.

Por otra parte, en cuanto a los sujetos titulares del derecho de visitas, son todos los parientes derivados de la filiación, recordando que todo lo referente

¹⁵⁷ Cfr. Idem. pág.: 114-115.

al parentesco como todos los derechos derivados de la patria potestad derivan jurídicamente de la filiación.

Por consiguiente, los abuelos, parientes más cercanos e invaluable para el correcto desarrollo del menor, tienen también la titularidad de la patria potestad derivada de la filiación, lo que encuentra sustento legal en los artículos 414, 416 bis, 420 en relación con el artículo 418, del Código Civil del Distrito Federal vigente, sin embargo pareciera que el régimen de visitas abarca exclusivamente a los pariente ascendientes del menor, cuestión que no comparto pues considero que resulta limitativo, el derecho de vistas deriva de la filiación, en consecuencia, los demás parientes colaterales en mi concepto también ostentan este derecho, obviamente siempre observando el bienestar del menor.

Otro de los factores trascendentes que deberán tomarse en cuenta y que resulta sumamente interesante, es la cuestión del lugar en donde se llevarán a cabo las visitas del progenitor que no tiene la guarda del niño, pues debe tenerse presente que el derecho de visita, no cumple con sus objetivos con el simple contacto físico entre padre e hijo, implica también un contacto emocional y afectivo lo que conlleva necesariamente que esta relación se de libre de tensiones o presiones externas.

En ese sentido, a través del tiempo, la materialización del derecho de visita ha sufrido diversas variantes, con el propósito de asegurar su efectivo cumplimiento salvándolas de las luchas suscitadas entre los padres. En la actualidad existen diversas alternativas, la más usual y la que considero más conveniente para el efectivo cumplimiento de este derecho, es que la convivencia del menor con el padre que no detenta la guarda y custodia, sea en el domicilio de este último, pues en ese sentido la relación entre padre e hijo será más reconfortante y abierta, dicho sea de paso Mizrahi Mauricio señala que es improcedente la exigencia que el cumplimiento del referido derecho o

deber sea realizado en lugares públicos, salvo casos de enfermedad o situaciones donde el bienestar y seguridad del menor así lo requieran.¹⁵⁸

Desde una perspectiva psicológica Despert explica:

Las visitas del padre a sus hijos en el hogar de la madre no resultan por lo común cómodas aún en las mejores circunstancias. El padre se siente como un intruso. Si la madre permanece en casa durante la visita, aún cuando se quede en otra habitación, puede experimentar la desagradable situación en que se halla bajo una vigilancia inamistosa. Y si ella sale los niños pueden dejar traslucir su impresión de que la llegada del padre la ha alejado.¹⁵⁹

Es evidente, que el objetivo principal del derecho de visita, es asegurar la existencia de una comunicación y relación efectiva entre el padre que no tiene la guarda con su menor hijo, lo que sin duda servirá de manera invaluable para su mejor desarrollo sobre todo de carácter psicológico.

Naturalmente, lo ideal sería que entre los padres, si bien es posible o justificable que no exista un vínculo afectivo después de disuelto el núcleo familiar, también es cierto, que un ambiente de cordialidad, le proporcionaría una ayuda incalculable a su menor hijo, lo que lógicamente daría como resultado un ambiente de tranquilidad, alejando las tensiones de todos los sujetos participantes.

Antes de pasar al estudio de la problemática para designar entre los progenitores a quien le corresponde la guarda y a quien corresponde el derecho de visitas, se debe hacer mención de las peculiaridades que guardan las situaciones jurídicas de sus hijos concebidos fuera de un vínculo matrimonial. Sobre este punto, el maestro Galindo Garfias explica de una manera clara:

¹⁵⁸ Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis. Op, cit, pág.: 429.

¹⁵⁹ DESPERT, Louise J. Op, cit, pág.: 77.

La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio la ejercerán el padre o la madre que lo hayan reconocido, y en el caso de que vivan juntos la patria potestad y la custodia del hijo será ejercida por ambos. Y aunque no vivieren juntos y lo reconocen en el mismo acto, la patria potestad será ejercida por ambos progenitores; pero convendrán quien de ellos ejercerá la custodia del hijo.¹⁶⁰

Fundamento jurídico de lo anterior, queda comprendido en los artículos: 380, 381, y 415, los dos primeros relativos a la guarda y custodia del los hijos en función al reconocimiento realizado por sus padres, así como al ejercicio de la patria potestad, ambos artículos establecen la obligatoriedad por parte de los órganos jurisdiccionales de escuchar al menor, lo que sin duda es un gran avance a favor de la protección del menor; y el último artículo referente a las obligaciones de ambos padres al cumplimiento de los deberes inherentes a la tenencia de la patria potestad.

En efecto, las situaciones antes aludidas se refieren a las distinciones que existen en cuanto al reconocimiento del hijo, como consecuencias de la unión de los progenitores, es decir, recordando que una de las consecuencias jurídicas del matrimonio en cuanto al reconocimiento de los hijos, es la presunción de que los hijos concebidos dentro del matrimonio, por ese sólo hecho se presumen hijos de los cónyuges, a diferencia de las demás formas de integración familiar, en donde la filiación surge a partir del reconocimiento de los hijos por parte de sus progenitores. En este aspecto se centra el punto medular que caracteriza al matrimonio de las demás formas constitutivas de la familia, en cuanto al reconocimiento de los hijos. Pues por otro lado, no se debe olvidar que la patria potestad deriva de la filiación, la cual surge con el reconocimiento jurídico de los padres hacia los hijos.

Ahora bien, es importante observar qué criterios o qué situaciones deben ser tomadas en cuenta, en el caso del desdoblamiento de la patria potestad, como consecuencia del rompimiento del núcleo familiar, o sea, a quién y por

¹⁶⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op, cit, pág.: 700.

qué causas se le confiere la guarda del menor a un progenitor, y porque al otro el derecho de visitas.

Cabe aclarar, que lo que no está sujeto a transacción, es la renuncia de la tenencia y ejercicio de la patria potestad, en tanto que la guarda y custodia así como el derecho de visitas puede ser sujeta a la transacción o negociación entre los progenitores, de acuerdo a las situaciones que guarde cada uno de ellos (estabilidad psicológica, relación afectiva con su menor hijo..). Verbigracia, el padre trabaja los fines de semanas la mayor parte del día, sería incoherente y pernicioso establecer el régimen de visitas para el padre los fines de semana. Más aún, referente al ejercicio de la patria potestad en forma conjunta, es dable que los progenitores acuerden sobre qué materias le corresponderá a cada cual.

Precisamente por la importancia que reviste el convenio relativo a la guarda y custodia, así como el régimen de visitas, éste convenio deberá ser aprobado por el Juez, con la finalidad de asegurar la protección del menor, sin embargo, al no existir una real y efectiva inmediatez procesal por parte de los juzgadores, se han establecido reglas generales para la protección del menor, destacándose la siguiente: que la madre sea quien posea la guarda y custodia del menor, por razones de formación biológica y psicológica, sobre todo en las primeras etapas de desarrollo.

No obstante, pueden surgir circunstancias que lejos de causar beneficio al menor, se traduzcan en un grave perjuicio, pues, puede acontecer que el desarrollo del menor en sus tres esferas, haya venido desarrollándose con persona distinta a su madre (pueden ser por diversas causas, por trabajo, reuniones sociales...), e incluso que el lugar del desarrollo del menor, no se haya realizado en la residencia habitual de la madre, lo que implica una gran responsabilidad para las autoridades judiciales en la determinación del régimen de visitas y la guarda del menor, situación que se ejemplifica con lo siguiente:

El intérprete -para la atribución de la guarda- analizará el papel que represente el sujeto concreto más que un hecho de la realidad genética. Por

ejemplo, si es el padre quien se encuentra todo el día en el hogar y atiende las necesidades corrientes de un pequeño de menos de cinco años, mientras que la madre -por compromisos laborales o de otra índole-permanece gran parte del tiempo fuera de la casa, la función maternal la cumpliría aquél y no ésta. En tal hipótesis, por lo tanto, al progenitor masculino se le deberá conceder la guarda del hijo -si sobreviene una separación- sin que la madre de nacimiento pueda invocar la preferencia legal.¹⁶¹

Así, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, garantiza la exteriorización de los sentimientos y decisiones del menor sobre cualquier asunto que afecte al menor, sometiéndose los Estados parte a garantizar este derecho a favor del menor. Sin embargo resultan invaluable las observaciones de Mauricio Mizarhi, las cuales van dirigidas a entender realmente lo que el menor quiere, lo que el menor expresa, a lo que él le llama “decodificar” el discurso del niño y así se llegue a lo que realmente desea el menor protegiendo en consecuencia el interés y estabilidad del menor, quien sin duda puede ser manipulado por su o sus progenitores.¹⁶²

Cabe señalar, que el tratado en referencia es parte de nuestro sistema jurídico mexicano, pues es un tratado internacional al que nuestro Estado se adhirió, y conforme al art. 133 Constitucional forma parte de las normatividades mexicanas.

La decodificación del lenguaje del menor es una invaluable herramienta para la correcta determinación de las situaciones jurídicas en las que él se vea inmiscuido, empero, debe tomarse en cuenta circunstancias muy especiales, como los factores psicológicos; por ejemplo, que la opinión que vierta el menor, sea ante la presencia exclusiva del Juez, lo que evidentemente creará la inmediatez por parte del juzgador y por otra parte no le causará el conflicto psicológico del que ya he hablado. Por consiguiente, esta aportación que realiza el Derecho Internacional, es de suma importancia, y puede resultar muy útil, si se toma en cuenta las precauciones debidas, pues de no ser así, sin

¹⁶¹ MIZRAHI, Mauricio Luis. Op, cit, pág.:402.

¹⁶² Idem. pág.: 433.

duda, lejos de ayudar y proteger el desarrollo del menor, provocaría en él daños irreversibles como lo ha quedado establecido.

La manipulación de que puede ser objeto el menor por parte de sus padres, puede ser sumamente perjudicial tanto para su desarrollo personal, como con la relación de convivencia con el otro progenitor, en el aspecto interno o psicológico, crea conflictos internos entre el menor y el progenitor, desvío de cariño, conflictos de creencias religiosas..., desde el aspecto físico o de carácter material, no permitir la realización del derecho de visitas al esconder al menor, o a través de argumentos de que esta muy nervioso, por ejemplo, y aunque los progenitores tienen en todo tiempo la vía judicial para dirimir estas situaciones, la realidad es que la solución es poco satisfactoria.¹⁶³

Sobre el particular, se han buscado diversos mecanismos para asegurar la protección del menor, así como su correcto desarrollo, por ejemplo en la doctrina argentina, señala Mizrahi, se hace un análisis sobre la eficacia de la guarda alternada, sobre la que algunos autores señalan que la tenencia alternada, no se observa el principio de estabilidad, se provoca una dispersión en el proceso de formación del niño; quien sufriría una lesión a su seguridad al no tener un punto de referencia estable y pasar frecuentemente de mano en mano.¹⁶⁴

En contraposición, señala que se logra con la guarda alternada, una mejor interacción del menor con cada uno de sus progenitores, pues se deja de lado la tenencia unipersonal, minorando así los efectos de la ruptura familiar. Para el autor citado, la custodia del menor no permite el disfrute de las convivencias con su menor hijo, pues según él, el padre tenedor de la custodia se dedica a sus cuestiones laborales y el menor a sus actividades laborales.¹⁶⁵

Al respecto, considero que tomar el criterio expresado por Mizrahi, equivaldría a que el padre que no tiene la guarda, jamás podría ver al menor o

¹⁶³ Cfr. CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. Op, cit, pág.: 119.

¹⁶⁴ Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis. Op, cit, págs.: 421-422.

¹⁶⁵ Ibidem. pág.: 397. 422.

en el mejor de los casos, lo vería muy de vez en cuando, lo que evidentemente rompería con el objetivo del régimen de visitas y mas aún con las finalidades de la patria potestad, pues se trata de lograr una efectiva convivencia y educación del menor. Puesto que el derecho de visita, no esta dirigido a una mascota que se tiene para disfrutar de él al visitarlo.

Por último, es preciso señalar, la existencia del derecho de vigilancia el cual ostentan los tenedores de la patria potestad, y por lo tanto abarca tanto el progenitor que tiene la guarda del menor, así como el que ostenta el derecho de visita. Ese derecho de vigilancia, señala Chávez Ascencio, consiste en participar y estar informado de todas las actividades y necesidades del menor, como educación, enfermedades, etc.¹⁶⁶

En ese sentido, considero que Despert realiza un atinado comentario salomónico para la solución de todos los mencionados conflictos, el perfecto deber ser:

Cuando tanto la madre como el padre comprenden que el niño tiene necesidad de una relación continua y estable con su padre, se sienten menos impedidos a utilizar el calendario y el reloj como arma con las cuales atacase mutuamente. El tiempo que pasa el padre con el niño se convierte no ya en una irrupción angélica o diabólica, sino simplemente en una visita.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Cfr. CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. Op, cit, pág.: 112.

¹⁶⁸ DESPERT, Louise J. Op, cit, pág.: 78-79.

CAPÍTULO III ANÁLISIS DE LOS TIPOS DELICTIVOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL 366 *quáter* Y EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL 173

I.- Concepto de sustracción y retención de los menores

El manejo de los términos indicados, es de suma importancia, pues en ellos se centra el estudio del tema en desarrollo. Para empezar a definir los términos de retención y sustracción de menores, considero importante hacer la siguiente reflexión: primeramente, que tanto la retención como la sustracción se refieren a una acción, la cual recae en los sujetos que son los menores, por otra parte, al menos en una cuestión práctica, es evidente que la realización de las dos acciones referidas, generalmente, sucede en la siguiente prelación lógica, primeramente, surge la sustracción del menor del núcleo familiar, y consecuentemente tiene lugar la retención del menor, prolongándose a través del tiempo.

Se puede observar que ambos conceptos se encuentran estrechamente relacionados, pero su aplicación se da de manera paulatina, debido a su propia y especial naturaleza. Por otra parte, antes de analizar estos términos, se debe tener una idea precisa de lo que se entiende por menor, ya que la determinación o ubicación de los sujetos pasivos es de suma importancia para ubicar la tipicidad del delito.

El término menor, a través del transcurso del tiempo, ha sufrido diversas variantes en su concepción, principalmente en cuanto a la temporalidad que comprende esta etapa del desarrollo humano, así como los diversos tratamientos de los que son objeto dentro del desarrollo de las diversas culturas, verbigracia, los hijos menores de edad, eran considerados como cosas de las que podía disponer el *pater famili* en la cultura romana. En cuanto a los grados de responsabilidad que los menores ostentan también ha sufrido variantes, destacando de entre ellas, la concepción que aporta el derecho

canónico: “El derecho canónico declaró irresponsable al menor de siete años por considerarlo incapaz de dolo y a los mayores de siete y menores de catorce (doce en las mujeres) se les atenuaba la pena.”¹⁶⁹ Concepción, que da un marco de referencia respecto al grado de entendimiento y aceptación de la realización de la conducta de los menores, cuestiones de suma importancia para el Derecho.

Como es de observarse, la variabilidad del término menor es muy amplia, y desde la perspectiva del Derecho las concepciones o puntos de vista aumentan su diversificación. Sin embargo, no se debe olvidar, que el tema en estudio, tiene una estrecha relación con el Derecho Familiar, el cual hasta nuestros días forma parte del Derecho Civil, por lo que para la determinación del término cronológico de la minoría de edad deberá considerarse las disposiciones de la referida rama del Derecho. Al respecto el maestro Iván Lagunes, vierte su opinión en el diccionario de Álvarez de Lara y explica:

Del latín *minor natus*, referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no necesariamente huérfano, sino digno de protección; ..., y desde el punto de vista jurídico, es la persona que con experiencia de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta el momento de cumplir la mayoría de edad, la ley restringe su capacidad, lo que da lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan.¹⁷⁰

En cuanto al fundamento legal, se encuentra plasmado en los artículos 646 y 647 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, artículos de los que se desprende que hasta la mayoría de edad las personas pueden disponer libremente de sus personas y bienes, y la edad para alcanzar la mayoría de edad es hasta los dieciocho años.

Más adelante, el citado maestro en la misma obra de Álvarez de Lara, remarca la importancia de establecer jurídicamente la temporalidad que abarca

¹⁶⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal (analítico-sistemático)*. Edición Segunda, Editorial Porrúa. México 1999. Pág.: 694.

¹⁷⁰ ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María y otros. *Diccionario de Derecho Civil y de Familia*. Porrúa, UNAM 2004. Pág.: 249.

la etapa del desarrollo conocida como menor de edad, que abarca desde el nacimiento viable hasta los dieciocho años cumplidos, determinación temporal no menos importante para el Derecho penal, en donde se parte del principio de que los menores son completamente inimputables hasta cumplir los 18 años de edad¹⁷¹. Situación que reafirma, el autor Pavón Vasconcelos al señalar:

Menores. La expresión refiérase a lo concerniente a personas estimadas inmaduras intelectualmente por su corta edad, el no haber cumplido la mayoría señalada en la ley para considerarlas plenamente capaces y por ello sujetos imputables penalmente.¹⁷²

Cabe señalar que las causas que originan la extinción de la minoría de edad son las siguientes: “La minoridad se extingue por la llegada ordinaria de la mayoría de edad; por la habilitación eventual que produce la emancipación a causa del matrimonio, y obviamente por la muerte del pupilo.”¹⁷³

Por lo anterior, se concluye, que el término “menor” de edad, se refiere a las personas menores de 18 años, iniciando el término o temporalidad con el nacimiento viable (salvo las excepción señalada), las cuales gozan y deben tener la protección del Estado, a través del Derecho, debido a que la etapa en desarrollo en que se encuentran estas personas, a causa de su desarrollo físico y psicológico, no son capaces de comprender la magnitud de sus actos, sobre todo en los períodos de infancia y adolescencia.

En lo concerniente al término sustracción, es de señalar que para la lengua española se considera como sinónimo de substracción, de acuerdo con lo expresado en el Diccionario de la Real Academia Española:” substracción. f sustracción”¹⁷⁴, y por sustracción señala: “sustracción f. acción y efecto de sustraer o sustraerse”¹⁷⁵ en cuanto a “sustraer tr. Apartar, separar, extraer”¹⁷⁶

¹⁷¹ ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María y otros. Op, cit, pág.: 250.

¹⁷² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal (analítico-sistemático)*. Op, cit, pág.: 693.

¹⁷³ ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María y otros. *Diccionario de Derecho Civil y de Familia*. Op, cit, pág.: 251

¹⁷⁴ ENCICLOPEDIA MICROSOFT® Encarta® 2002. © 1993-2001 Microsoft Corporation.

¹⁷⁵ Ibidem.

Cabe señalar que los términos aludidos, se refieren a acciones que se encaminan generalmente hacia cosas, es decir, sobre bienes muebles. Por ejemplo:

Substracción de documentos. I. Concepto. La substracción de documentos, consiste en el apoderamiento ilegítimo de un instrumento público o privado. Jurisprudencialmente se ha establecido que actúa ilícitamente, quien así procede, si quiera momentáneamente, sacándola de su esfera de vigilancia.¹⁷⁷

De igual forma, De Pina Vara hace referencia a la sustracción como: “Sustracción.- hurto, robo, apoderamiento ilegítimo de un bien ajeno.”¹⁷⁸

Por su parte, la maestra Griselda Amuchategui toma como sinónimo del término en estudio a la aprehensión: “consiste en que el sujeto activo, con movimientos físicos, se dirija a tomar a la persona (pasivo) y trasladarla a un lugar donde quede bajo su poder. (Esto es como el robo por sustracción)”¹⁷⁹ Es de hacer notar que la excelsa autora ya no exclusivamente hace referencia a que la acción queda encaminada hacia objetos o bienes muebles, sino que introduce a la persona como el “objeto” a que puede estar encaminada la acción.

Y por último, en cuanto al término retención, gramaticalmente, se refiere a retener a conservar, guardar.¹⁸⁰ Desde el punto de vista del Derecho penal, se puede entender como la prolongación en el tiempo de la disposición que el juez tenga sobre la persona que se encuentre bajo una pena privativa de la

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ OMEBA. *Enciclopedia Jurídica*. Tomo XXIV. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires Argentina 1986. Pág.: 865-866

¹⁷⁸ DE PINA, Rafael y De Pina Vara Rafael. *Diccionario de Derecho* Vigésima Primera. Editorial Porrúa S.A. Edición México 1995. Pág.: 421.

¹⁷⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 407.

¹⁸⁰ Cfr. OMEBA. *Enciclopedia Jurídica*. Tomo XXV. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires Argentina 1986. Pág.: 988.

libertad por ejemplo.¹⁸¹ Desde el punto de vista del Derecho civil se refiere a la conservación y rehúse de la entrega de una cosa perteneciente al deudor.¹⁸²

Trasladando el contenido de los conceptos señalados al tema en estudio, la maestra Amuchategui Requena, refiere a la retención como la disposición del sujeto pasivo por parte del activo, aprovechando las circunstancias abordadas para la realización de la conducta delictiva.¹⁸³

En consecuencia, la sustracción, necesariamente debe darse como presupuesto necesario, para la retención del menor, pues es evidente, que la sustracción implica un apoderamiento una extracción, mientras que la retención implica que la conducta de apoderamiento, disposición, sometimiento o manipulación se prolongue a través del tiempo, conservándolos bajo su dominio y dirección, conductas que pueden recaer sobre bienes muebles o cosas, así como también en las personas, como en el caso en comento.

No obstante, tomando como referencia el criterio sustentado por la maestra Amuchategui, se debe reconocer que puede haber casos de excepción, tomando en cuenta la autonomía del término retención, en donde ciertamente se puede configurar la retención del menor en el núcleo familiar, sin que necesariamente exista la sustracción del menor, por ejemplo, en donde el menor permanezca con uno de sus progenitores en su hogar o núcleo familiar, e impida la convivencia del menor con su otro progenitor.

¹⁸¹ Cfr. *Nuevo Diccionario de Derecho Penal*, Edición segunda. Editorial, Librería MALEJ S. A. de C. V. Bogotá Colombia, 2004. Págs.: 893-894.

¹⁸² Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano P-Z*. Editorial Porrúa Universidad Nacional Autónoma de México. México 1988. Págs.: 2815.

¹⁸³ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 407.

II.- Naturaleza jurídica

Es importante tomar en consideración algunos antecedentes legislativos de esta figura delictiva, ya que ha variado desde su denominación, descripción, así como ubicación dentro de las diversas agrupaciones de los delitos en particular, que conforman los Códigos punitivos, integrantes de nuestro sistema jurídico.

Además, de las variantes en referencia, los criterios sustentados por nuestro Máximo Tribunal, no han sido la excepción, ya que lo hoy conocemos como la retención y sustracción del menor, anteriormente se conocía como robo, plagio o secuestro de infante.

En ese sentido, la tesis jurisprudencial contenida en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXX segunda parte (Véase anexo 2), considera al robo de infante como un delito continuo ya que se prolonga la conducta a través del tiempo, agregando, que lo que se protege o salvaguarda son los derechos de familia. Por otra parte, es de señalar que dentro de los elementos utilizados para la explicación de la conducta delictiva, el citado Tribunal hace mención de los elementos de sustracción y retención del menor, así como la realización lógica-práctica de las conductas mencionadas. En este sentido, la naturaleza jurídica de este delito, siguiendo este criterio, pertenece también a los delitos que tienen por bien jurídico tutelado la libertad, equiparándolo con plagio o secuestro, es más, añade las características especiales a este tipo, como son la corta edad del sujeto pasivo, constituyéndose de esta manera un tipo específico de privación ilegal de la libertad.

Por otra parte, no se debe olvidar que las definiciones de sustracción y retención, principalmente la primera, hace referencia a una acción que puede recaer sobre cosas, o bienes muebles, a diferencia de, robo, término desde el punto de vista jurídico que recae siempre sobre bienes muebles o cosas, como se desprende del criterio contenido en el Semanario Judicial de la Federación,

Tomo: CXXV (véase anexo 3), donde se refiere como característica del tipo de robo de infante a la privación ilegal de la libertad, a diferencia del robo simple que tutela el patrimonio de las personas, la semejanza o justificación de la utilización de los términos de robo simple y robo de infante, radica en el apoderamiento, tratándose de tipos penales que tutelan bienes jurídicos distintos, en concreto el robo de infante se refiere al acto mediante el cual el sujeto activo sustrae al menor de la custodia de los padres, de los tutores o curadores, desplazándolo a la suya, cabe agregar que el término cronológico de menor para este criterio es de doce años.

El criterio del Poder Judicial Federal parte de la protección real del menor, pero se ha robustecido a través del tiempo, como se observa en la siguiente tesis jurisprudencial de 39 años después, contenida en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIII, (Véase anexo 4), en donde ya introduce los términos de delito de sustracción de menores, conservando el término cronológico de doce años para determinar quién podrá ser considerado como menor de edad para este tipo delictivo, mientras que el verbo núcleo del tipo sigue siendo el apoderamiento del menor, pero añade, que dentro de las consecuencias del delito se encuentra la restitución del menor.

Con todo, considero que el término robo no es el adecuado para la denominación del tipo penal en estudio, puesto que tal figura delictiva tiene características delimitadas, y encaminadas sobre bienes muebles o cosas específicamente, y no sobre personas, teniendo este tipo delictivo una naturaleza jurídica estrictamente patrimonial, a diferencia de la sustracción y retención, términos que efectivamente pueden ser empleados para la denominación del tipo en análisis, de acuerdo a los bienes jurídicos que protege.

Por otra parte, se debe aclarar que el delito en estudio se encuentra delimitado a situaciones concretas, que surgen dentro del entorno familiar, es un delito diverso al secuestro, robo, o tráfico de infantes o menores, pues la configuración del delito requiere entre otras cosas calidad específica del sujeto activo del delito a diferencia de los delitos citados.

En consecuencia, en cuanto a la naturaleza jurídica del delito en estudio, se puede observar desde dos perspectivas, primeramente, surge de las relaciones familiares, de tal suerte que se busca proteger las relaciones del menor con sus progenitores a las que indudablemente tiene derecho y debe tener acceso, y por otra parte, sin duda alguna estos delitos tutelan la libertad del menor, como persona.

Esta problemática adquiere mayor magnitud, debido a la gran diversidad de criterios legislativos, tanto en la descripción realizada por el legislador, así como en su ubicación en los diversos ordenamientos represivos de nuestro país, pese a ello, se puede decir que en términos generales, son dos los criterios para la ubicación de estos tipos penales, algunos Códigos punitivos consideran que son integrantes de los delitos tendientes a proteger el bien jurídico tutelado de la libertad, mientras que para otros son delitos integrantes del grupo que protege a la familia.

Como ejemplos de los Códigos Punitivos que ubican al delito en estudio dentro de los delitos en particular, como Delitos contra la familia, puedo señalar al Código Penal para el Estado de Baja California, en su Libro segundo, Título primero. Delitos contra el orden de la familia. Capítulo II. Sustracción de menores o incapaces, conformado por el artículo 237, en donde se prevén dos hipótesis principalmente, la primera es cuando la sustracción o retención del menor o incapaz, sea realizada por cualquier persona que no tenga vínculo familiar o de parentesco alguno, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga la custodia del menor, el cual deberá ser menor de doce años, añadiendo que la finalidad deberá ser violar los derechos de familia; mientras que la siguiente hipótesis cambia en cuanto al sujeto activo el cual deberá tener un vínculo familiar con el sujeto pasivo, vínculo que no deberá ser derivado de patria potestad o tutela, en este último caso la sanción será menor. Cabe señalar que no menciona si su persecución será de oficio o de querrela, por lo que deberá perseguirse de oficio.

Debe aclararse que el delito antes mencionado se refiere al robo o sustracción o retención de infante o menores e incapaces, pero realizado por persona distinta a los padres, por lo que no abarca la problemática en estudio.

En ese mismo sentido, el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco, establece en su Libro segundo: De los delitos en particular. En su Título Décimo Segundo Delitos contra el Orden de la Familia. En su Capítulo IV. Substracción, robo y tráfico de menores. Integrado por los artículos 179 y 179 bis., en el artículo relativo al tema en estudio, establece como termino cronológico de la minoría de edad la de doce años, sin embargo este ordenamiento sí entra al estudio de la problemática planteada, pues se refiere a la sustracción de los menores de la guarda o custodia de quien legítimamente la tenga, dentro de los sujetos activos se encuentran tanto sujetos impersonales, como los ascendientes teniendo por supuesto sanciones distintas, dentro de las que destaca que en el segundo supuesto será perseguible mediante querrela, aunque existen dos excepciones, por cosa justificada o por orden de autoridad competente. Cabe señalar que se da tratamiento distinto de sanción para el caso del mismo delito cometido en contra de menores de doce a quince años prisión, siendo el sujeto activo impersonal y persiguiéndose de oficio, con una sanción mayor.

A su vez, en el Código de Defensa Social del Estado Libre y Soberano de Puebla, en su Libro Segundo. Delitos en particular. En su Capítulo Duodécimo. Delitos contra la Familia. En su sección Tercera, se refiere a: Sustracción y Tráfico de Menores, integrado por los artículos 283, 283 *Bis*, 283 *Ter*, y 284, siendo aplicables al tema en estudio, los siguientes tipos:

El artículo 283, parte del tipo básico, en donde toma como término cronológico para determinar la minoría de edad el de catorce años, en donde la sustracción del menor sea de la custodia o guarda de quien legítimamente lo tuviere, sin su consentimiento, debiendo ser el sujeto activo familiar del menor.

El artículo 283 *bis*, como complemento del artículo anterior, dispone como sujeto activo del delito a los ascendientes, colaterales e inclusive afines

hasta cuarto grado, cuando no tengan la patria potestad, o se encuentren suspendidos o limitados, así como los derechos que ella derivan o se exceda de ellos como en el régimen de convivencias.

Mientras que el artículo 283 *ter*, establece la misma sanción correspondiente a los tipos en estudio, además de establecer su persecución mediante querrela

Ahora bien, dentro de los Códigos represivos integrantes de nuestro sistema jurídico, que adoptan la postura de que el delito en estudio pertenece al grupo de los tipos delictivos correspondientes a los que tutelan la libertad, se encuentra el Código Penal Federal y el Código Penal para el Distrito Federal. El primero refiere en Libro Segundo. Título Vigésimo Primero. Privación Ilegal de la Libertad y de otras Garantías, Capítulo Único, integrado por los artículos 364 al 366 *quáter*, de entre los cuales el tipo penal referente al caso concreto de los menores es el artículo 366 *quáter*, el cual basándose en el artículo inmediato anterior referente al tráfico de menores, hace alusión a las problemáticas planteadas entre los padres, en donde uno de ellos impida la convivencia del menor con el otro progenitor, cabe señalar que una de las características del tráfico de menores es que éste sea trasladado fuera del territorio nacional, por otra parte como sujetos activos del delito exclusivamente pueden ser los progenitores, y toma como término cronológico la edad de dieciséis años para la determinación de la minoría de edad. Es de destacar que dentro de la sanción contenida en el tipo penal en referencia, se establece como parte de la punibilidad la privación de los derechos derivados de la patria potestad o de la tutela.

En cuanto al Código Penal para el Distrito Federal, en este ordenamiento se destina un Capítulo especial para el caso en comento, contenido en el Libro Segundo Parte Especial. Título Cuarto. Delitos contra la Libertad Personal. Capítulo Sexto Retención y Sustracción de Menores Incapaces, integrado por los artículos 171, 172 y 173.

El artículo 171 divide los supuestos de sustracción de la retención teniendo una mayor sanción el último caso, siendo el sujeto activo toda aquella persona que no tenga vínculo de parentesco con el sujeto pasivo, quien deberá ser menor de edad o incapaz, sin que se mencione término cronológico alguno.

Por lo que respecta al artículo 172, ya menciona el término cronológico de doce años, para determinar la minoría de edad del sujeto pasivo, pero basándose en las hipótesis del tipo anterior, aumentando las sanciones previstas.

En el artículo 173, ya hay un cambio importante y es referente al tema en estudio, pues el sujeto activo debe ser ascendiente, descendiente colateral o incluso afín, siempre y cuando no ejerzan sobre el menor la patria potestad o tutela, agregando otro supuesto, en donde no ejerza mediante resolución judicial la guarda y custodia, juntando además las dos conductas hipotéticas, es decir la sustracción o retención, de un menor o un incapaz, sin señalar término cronológico alguno.

Es importante señalar que en los tipos penales en estudio no se hace señalamiento alguno sobre la forma de persecución, por lo que deberá ser de oficio.

Considero importante señalar que en cuanto a la denominación realizada en este último Código represivo, “retención y sustracción de menores”, en mi opinión, están incorrectamente empleados los términos de retención y sustracción, pues como ya se ha apuntado, la realización de este tipo de conductas, requiere necesariamente un orden lógico en su realización o materialización, surgiendo primeramente la sustracción y como consecuencia necesaria la retención. Además que crea lagunas legislativas, pues en los primeros tipos penales al dividir las sanciones previstas para la sustracción y retención, daría como supuesto necesario que quien sustrae al menor deberá acumularse la sanción correspondiente a la retención, con todo, el tipo que se adecua a la problemática planteada es el artículo 173, el cual tiene varias inconsistencias como posteriormente señalaré.

En consecuencia, en cuanto a la naturaleza jurídica del delito en estudio, encuentra contenido en los tipos delictivos encaminados a la protección de la libertad, pues en mi opinión, el bien jurídico tutelado, es la libertad deambulatoria, y como consecuencia la convivencia efectiva del menor con cada uno de sus progenitores, por lo que también tutela la protección a la familia, recordando que esta relación jurídica es bipolar, es decir, el juego de derechos y obligaciones que recae tanto de progenitores a hijo como de hijo a progenitores.

Lo cual apunta a que la naturaleza del delito en estudio protege ambas esferas jurídicas, la libertad y el adecuado desarrollo del menor dentro de su entorno familiar, consecuentemente, es el menor como persona, el sujeto a proteger, por parte de los ordenamientos punitivos en su desarrollo físico, psicológico y social, ya que las relaciones familiares deben realizarse en un ambiente familiar sano, independientemente de las relaciones que guarden sus progenitores entre sí, puesto que de acuerdo al estudio realizado el Capítulo segundo del presente trabajo, la relación entre el hijo con sus padres, resulta sumamente indispensable e invaluable para el desarrollo de los menores.

Así las cosas, de la exposición de motivos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en la Tercera Legislatura, en sesión ordinaria de fecha 15 de abril del año 2004, se desprende la tendiente protección a los menores de los conflictos jurídicos y prácticos que protagonizan sus progenitores, siendo el desarrollo del menor prioridad de protección del espíritu del legislador:

“Por un lado, es inminente que en relación a este tema de todos los sectores que se ven involucrados debemos de priorizar el interés supremo de la vida de los menores y que en esta ruta los intereses a veces de los padres se enfrentan y utilizan como arma, como instrumento o como mercancía a los niños y a las niñas. Este factor provoca daños de diversa índole a los menores y que obviamente dañan su desarrollo como ser humano.”

De igual forma, la Suprema Corte, sostiene del estudio del delito en estudio que desde luego, la protección del bien jurídico tutelado, está

encaminado a garantizar el derecho y la libertad del menor de convivencia con sus progenitores, criterios sustentados por nuestro Máximo Tribunal, contenidos en el Semanario Judicial de la Federación Tomo XII. (Véase anexo 5). Se desprende de los criterios citados, que evidentemente que se está en presencia de un tipo *sui generis*, encaminado a proteger la libertad de los menores en los términos señalados, de ahí, que con el propósito de comprender mejor su naturaleza, considero indispensable el estudio primeramente, de los criterios jurisprudenciales referentes a la privación ilegal de la libertad, para posteriormente analizar el caso en concreto.

Así de los criterios contenidos en el Semanario Judicial de la Federación Tomo: XII, en relación del contenido de la misma fuente, Tomo: Segunda Parte, VIII, (Véase anexo 6), se desprende que la naturaleza del delito en análisis se basa en primera instancia a la libertad del menor como persona, su libertad externa, de poder estar en donde él quiera, en el caso en concreto, de poder convivir o estar con sus padres, por ejemplo. Delito que tiene características propias que lo diferencian de las demás figuras delictivas de privación ilegal de la libertad, tutelando también las relaciones familiares a diferencia de lo que sucede en el robo de infante o sustracción y retención del menor en donde el sujeto activo es impersonal, puesto que aquí se trata de personas que tengan vínculos de parentesco con el menor, atendándose en consecuencia a su forma de comisión e intereses por parte de los sujetos activos.

En cuanto a su ubicación dentro de la parte especial de los Códigos Represivos, considero que debe estar catalogado dentro de los delitos tendientes a proteger a la familia, puesto que este delito surge dentro de la familia, surge entre los miembros de la misma, y la relación que se busca proteger, también es una relación entre los integrantes de la familia, no obstante no se debe olvidar que el delito en estudio, protege de igual forma la libertad del menor.

Cabe señalar que resulta loable, que nuestro Máximo Tribunal, dentro de sus criterios sustentados sean tomados en cuenta cuestiones trascendentes para el desarrollo del menor, como las de carácter psicológico, lográndose con

ello desentrañar el espíritu del legislador, protegiendo y asegurando el correcto desarrollo, además de tomar circunstancias prácticas en la forma de realización de estos ilícitos.

Así en los criterios jurisprudenciales visibles en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo: C, y, Tomo: Segunda Parte XXV. (Véase anexo 7), deja de lado la situación jurídica del vínculo que guardan los progenitores, y se toma en cuenta las circunstancias en que acontecen los hechos delictivos, así como la situación que guarda el menor de acuerdo a su desarrollo físico y psicológico, en donde se vislumbra las cuestiones prácticas que acontecen en los conflictos de la sustracción y retención del menor, justificándose así la existencia del delito en estudio.

III.- Clasificación del delito

3.1.1. En función de su gravedad

Resulta necesario soslayar, que la particular clasificación ha tenido distintas perspectivas, como señala el maestro Castellanos Tena, siendo dos las posturas principales, la tripartita y la bipartita, la primera realiza la clasificación de las infracciones penales en crímenes, delitos y faltas o contravenciones, en donde se considera crimen los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno. En cuanto la división bipartita la distinción se clasifica en dos grupos, la de los delitos y el de las faltas.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho penal*. Op. cit, pág.: 135.

Criterio compartido por el maestro López Betancourt, e indica, que en cuanto a la teoría seguida por nuestro sistema jurídico es la teoría bipartita, pues la clasificación tripartita no funciona, por otra parte señala que los delitos son sancionados por la autoridad judicial, mientras las faltas, es decir, las contravenciones a los reglamentos de carácter administrativo, son sancionados por la autoridad administrativa.¹⁸⁵

Al respecto al maestro Fernando Castellanos, señala:

En México carecen de importancia estas distinciones, porque los Códigos Penales sólo se ocupan de los delitos en general, en donde se subsumen también los que en otras legislaciones se denominan crímenes; la represión de las faltas se abandona a disposiciones administrativas aplicadas por autoridades de ese carácter.¹⁸⁶

En consecuencia, las infracciones penales en estudio, sin lugar a dudas, pertenecen al grupo de los delitos, tendiendo en cuenta el criterio que prevalece en nuestro país, el criterio bipartita.

3.2.1. Según la conducta del agente

Bajo este rubro, el maestro Castellanos Tena, explica que: “los delitos pueden ser de acción y de omisión”¹⁸⁷.

Reafirma esta postura el maestro López Betancourt al explicar que en función de la conducta desplegada por el sujeto activo el delito puede ser de acción o de omisión.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en Particular I* Edición Cuarta Editorial Porrúa, S. A. México 1997. Pág.: 16.

¹⁸⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 135.

¹⁸⁷ Idem, pág.: 135-136.

¹⁸⁸ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, cit, pág.: 16.

En cuanto a los delitos de acción, se cometen mediante un comportamiento positivo, violando con ello una ley prohibitiva, mientras que en los delitos de omisión, infringen una ley dispositiva, no ejecutando algo ordenado por la ley, clasificándose estos a su vez en los delitos de simple omisión y los delitos de comisión por omisión, en los primeros, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, se sancionan por la omisión misma, infringiendo una ley dispositiva, mientras que los delitos de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material infringiéndose en consecuencia una ley dispositiva y una prohibitiva, razón por la cual a estos últimos, citando a Cuello Calón el maestro Fernando Castellanos, los considera como falsos delitos de omisión en la participación de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, fórmula que se caracteriza en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer.¹⁸⁹

En consecuencia, el delito de sustracción y retención de menores, respecto a la conducta que efectúa el agente, tomando en cuenta el estudio de los términos en referencia realizado al inicio del presente Capítulo, sin duda, pertenece a los delitos considerados de acción, puesto que ambos términos implican una actividad, es decir, la realización de conductas de carácter positivo, además, evidentemente se produce un resultado material, ya que el sometimiento del menor a la voluntad del sujeto activo del delito, es innegable.

3.3.1. Por su resultado

Sobre este epígrafe, el maestro Castellanos, señala que esta clasificación divide al delito en dos grupos: los delitos formales y materiales, indicando que a los primeros también se les denomina delitos de simple actividad o de acción, pues se sanciona la acción (u omisión) en sí misma, a

¹⁸⁹ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, págs.: 136-137.

diferencia de los segundos, en donde se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material.¹⁹⁰

López Betancourt agrega que esta clasificación atiende al efecto que producen, y efectivamente se clasifican en formales y materiales. En los primeros, para su configuración, no se requiere resultado material alguno, mientras que en los segundos sí, el resultado material originado por la conducta del agente.¹⁹¹

Para la comprensión de este apartado es menester, distinguir entre objeto material y objeto jurídico. Al respecto el maestro Castellanos explica que el objeto material del delito lo constituye la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa, sobre quien recae el daño o peligro, mientras que el objeto jurídico comprende al bien jurídico protegido por la ley, como la propiedad, la vida, la libertad...¹⁹²

Ahora bien, es importante saber en qué casos la persona física puede ser objeto del delito, para tal efecto el citado maestro señala:

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente en daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.¹⁹³

Consecuentemente, el delito en estudio, pertenece al conjunto de los delitos materiales, puesto que en la sustracción y retención de menores, el sujeto pasivo y el objeto material de delito, la víctima es el menor, y sin lugar a dudas, se produce el resultado material al someterlo al completo arbitrio del

¹⁹⁰ Cfr. Idem, pág.: 137.

¹⁹¹ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, cit, pág.: 17.

¹⁹² Cfr CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, págs.: 151-152.

¹⁹³ Idem. pág.: 151-152.

sujeto activo. Mientras que el ofendido será quien legalmente tenga la guarda y custodia del menor, debiéndose tomar como base la relación filial.

Más aún, se puede comparar al tipo delictivo en estudio con el delito de robo, pues se toma al menor como el objeto de apoderamiento del hecho delictivo, siendo el robo, un delito de resultado material, razones por las que inclusive en legislaciones anteriores así se le denominaba a esta figura delictiva, tomándose al menor como el objeto material en el delito de robo de infante, como se aprecia del criterio jurisprudencial visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, LXII (Véase anexo 8).

3.4.1. Por el daño que causan

El maestro Castellanos, explica que esta clasificación está encaminada a los delitos de daño y de peligro; los primeros, consumados, causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada; mientras que los segundos, no causan daño directo a los intereses protegidos, pero sí los pone en peligro, surgiendo la posibilidad de causación de un daño.¹⁹⁴

De igual forma López Betancourt refiere sobre esta división:

Los ilícitos comprendidos bajo este rubro, se dividen en delitos de lesión y de peligro:

1.-De Lesión.-Son aquellos en que el agente causa una disminución al bien jurídicamente tutelado por la norma

¹⁹⁴ Cfr. Idem. pág.: 137.

2.-De peligro.-La acción u omisión delictiva no causa un daño directo en el bien jurídico tutelado, pero sí lo coloca en peligro, es decir, en la posibilidad de que ocurra un resultado en la realización del mismo¹⁹⁵

Cabe señalar que la medida en que se determina la existencia de un daño o peligro al bien jurídicamente tutelado, va en función al aspecto material, parte del daño o posible daño generado al objeto material del delito, por ejemplo en el delito de lesiones, sin duda hay una afectación de la integridad física del objeto de delito, en este caso la víctima o sujeto pasivo.

Sin lugar a dudas, el grupo a que pertenece el delito en estudio es el de lesión, puesto que los bienes jurídicos tutelados, que son la libertad del menor en función a las relaciones familiares que guarda con sus progenitores, son menoscabadas con la realización de esta conducta delictiva, afectando por lo tanto su desarrollo psicológico como físico, produciéndose en consecuencia un daño directo y efectivo en la esfera jurídica del sujeto, en este caso del menor.

3.5.1. Por su duración

Sobre el particular, Castellanos Tena indica que en esta agrupación los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

En lo concerniente a los delitos instantáneos, señala que debe tomarse en cuenta la naturaleza del acción, puesto que la acción que lo consuma debe perfeccionarse en un solo momento, por lo que, el delito instantáneo, también puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos, siempre y cuando exista unidad en la acción, produciéndose de esta forma el evento consumativo típico en un solo instante, es decir, se agotan en un sólo momento los elementos constitutivos del delito.

¹⁹⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, cit, pág.: 17.

Respecto de los delitos instantáneos con efectos permanentes, explica que la conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en forma instantánea, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo, la consecuencia de la conducta perdura para siempre o al menos permanece por un tiempo determinado.

En cuanto al delito continuado, se integra de varias acciones pero encaminadas a una sola lesión jurídica, por lo que señala que es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución, por lo que debe existir: 1 unidad de resolución; 2 pluralidad acciones (discontinuidad en la ejecución); 3 unidad de lesión jurídica y; 4 unidad en el sujeto pasivo.

Por último, indica que el delito permanente, surge cuando la acción delictiva permite, por sus características, que se pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos. Permanece no el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que ocurre en los delitos instantáneos de efectos permanentes. En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia del propósito, no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución, en otras palabras, en los delitos permanentes la consumación se prolonga en el tiempo. Castellanos Tena insiste en señalar que el delito permanente requiere esencialmente, la facultad, por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta.¹⁹⁶

Al respecto el maestro López Betancourt indica que la clasificación del delito, bajo este aspecto, se agrupan en tres rubros, en instantáneos, permanentes y continuados.

Los delitos instantáneos se cometen mediante la realización de una sola acción única, de igual forma, señala que la acción puede estar compuesta por

¹⁹⁶ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 137-141.

diversos actos que entrelazados producen el resultado, es decir, debe existir unidad en la acción.

Cabe señalar que para el citado autor, la existencia de los delitos instantáneos con efectos permanentes, carece de justificación, señalando que los efectos nocivos de un delito guardan una relación directa con el sujeto pasivo, cuya situación se torna evidentemente subjetiva.

En los delitos permanentes la conducta del agente se prolonga a través del tiempo, existiendo continuidad en la conciencia y en la ejecución.

Por lo que respecta a los delitos continuados, se integra con diversas acciones discontinuas.¹⁹⁷

Naturalmente, que el delito en estudio entra en los delitos de carácter permanente, pues es evidente, el hecho de que con la retención del menor, se transgrede de manera continua, a través del tiempo, los bienes jurídicos tutelados, existiendo unidad en la conciencia y ejecución de los actos tendientes a menoscabar, la libertad y las relaciones familiares del menor, afectación ilícita que se prolonga a través del tiempo, quedando supeditada en su realización al arbitrio del sujeto activo. Aspectos que se refuerzan con base a lo expresado por Pavón Vasconcelos, al referir que en los delitos permanentes, la misma acción delictiva permite por sus características, que su realización se pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, resultando idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos, así pues, aun cuando el agente no hace más de lo que hizo al ejecutar la acción, no es de ningún modo cierto que no haga nada, pues continúa violando la ley, señalando como ejemplo precisamente el delito de secuestro, en donde una persona secuestrada no necesita ser secuestrada por segunda vez, puesto que al tenerla en estado de privación de la libertad personal, persiste

¹⁹⁷ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, cit, págs.: 18-19.

voluntariamente la acción inicial, la cual es una acción esencialmente positiva¹⁹⁸

No obstante, considero importante señalar que si bien es cierto que los delitos en estudio, se integran al grupo de delitos permanentes, no menos cierto es, que su configuración surge desde el momento del apoderamiento del menor, independientemente de la temporalidad en que persista la conducta delictiva, incluso cuando esa temporalidad haya sido determinada por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, como se desprende de la tesis jurisprudencial visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Febrero de 1998 (Véase anexo 9).

3.6.1. Por el elemento interno o culpabilidad

Esta clasificación se encuentra en función del elemento interno del sujeto activo, clasificándose en tres grupos el dolo, la culpa y la preterintencionalidad.

El maestro Fernando Castellanos explica que los delitos dolosos surgen cuando se dirige la voluntad hacia la realización del hecho típico y antijurídico, mientras que en los delitos culposos no se quiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común. En lo referente a los delitos preterintencionales, surgen cuando el resultado sobrepasa a la intención, dando un ejemplo muy ilustrativo: si el agente, proponiéndose golpear a otro sujeto, lo hace caer debido al empleo de la violencia y se produce la muerte, únicamente hubo dolo respecto a los golpes, pero no se quiso el resultado letal, por lo que el delito de homicidio se da a titulo culposo.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, págs.: 257-259.

¹⁹⁹ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 141.

López Betancourt, señala que la clasificación referida es desde el punto de vista doctrinal. En los delitos culposos el agente carece del ánimo o intención de delinquir, sin embargo actúa con imprudencia, negligencia, descuido o torpeza, mientras en que los delitos dolosos, por el contrario, se encuentra la conciencia, voluntad, e intención para delinquir, por lo que se representa y quiere el resultado delictivo, por otra parte, en los delitos preterintencionales el resultado que se produce rebasa lo pensado y deseado por el agente, tiene una iniciación dolosa y una terminación culposa.²⁰⁰

Cabe aclarar, que ambos maestros son acordes al señalar que los delitos preterintencionales, ya no tienen vigencia en nuestro sistema jurídico. A mayor abundamiento, tanto en el Código Penal Federal como en el Código Penal para el Distrito Federal, así como en demás Códigos punitivos estatales ya no existe la preterintención.

No existe ninguna duda, que la realización del delito en estudio exclusivamente puede realizarse a título de dolo, tomando en cuenta la naturaleza jurídica de este delito en cuanto a la sustracción y retención, sin embargo, la retención de manera autónoma, excepcionalmente bien podría darse a título culposo, como se analizará posteriormente.

3.7.1. En función de su estructura (delitos simples y complejos)

En este caso, los delitos se dividen en dos partes, en delitos simples y delitos complejos, los primeros tienen como característica tutelar a un bien jurídico, mientras que en los complejos o compuestos tutelan más de un bien jurídico, en otras palabras, en los delitos simples causan una sola lesión

²⁰⁰ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, cit, pág.: 19.

jurídica, mientras que los complejos o compuestos se provocan dos o más lesiones jurídicas.²⁰¹

El maestro Castellanos Tena, explica que efectivamente, en los delitos simples la lesión jurídica es única, trayendo como consecuencia una lesión jurídica irrevocable, mientras que en los delitos complejos son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen²⁰². Aclarando, que no es lo mismo un delito complejo, que concurso de delitos. “En el delito complejo la misma ley en un tipo crea el compuesto como delito único, pero en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden figurar por separado; en cambio, en el concurso, las infracciones no existe como una sola, sino separadamente, pero es un mismo sujeto quien las ejecuta”.²⁰³

Se infiere sobre este punto, que el delito en análisis corresponde al grupo de los delitos complejos, pues como se ha mencionado con anterioridad, la realización de las conductas de sustracción y retención de menores, se refieren a la realización de dos actos distintos pero encaminadas a un objetivo en común, contenidas dentro de un mismo tipo penal. En otras palabras, existe unidad en la acción, la cual está integrada por dos actos, la sustracción del menor del núcleo familiar, y en consecuencia la retención del mismo (aclarando que puede darse la retención en forma autónoma), pero ambas encaminadas a lesionar los dos bienes jurídicamente tutelados, que son la libertad la cual está encaminada a hacer efectiva las relaciones familiares del menor con sus progenitores, las que constituyen el segundo bien jurídico tutelado, puesto que en caso de configurarse el delito, queda el menor en un absoluto sometimiento al arbitrio del sujeto activo.

²⁰¹ Cfr. Idem. Op, cit, pág.: 21.

²⁰² Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, págs.: 141-142.

²⁰³ Idem. pág.: 142.

3.8.1. En relación con el número de actos integrantes de la acción típica (delitos unisubsistentes y plurisubsistentes)

Los bloques en que se dividen estos delitos son en unisubsistentes y plurisubsistentes, los primeros conformados por un solo acto, y los segundos están conformados por varios actos.

Respecto a los delitos unisubsistentes, el maestro Eduardo López, indica que requieren únicamente la realización de un acto para su tipificación, el agente para llevar a cabo su propósito ilícito no requiere más que la ejecución de un sólo movimiento.²⁰⁴

Por lo que respecta al delito plurisubsistente, se conforma a través de la unión de diversos actos que dan lugar a la conducta delictiva, actos que de manera autónoma no serían suficientes para su fusión o existencia de la referida conducta, siendo en consecuencia indispensable el concurso de ellos. Diferenciándose de los delitos complejos, los que se refieren a la fusión de delitos (encaminado hacia la afectación de bienes jurídicos tutelados), mientras que en el plurisubsistente se refiere a la fusión de actos integrantes de la conducta delictiva con la que se produce la afectación del bien jurídico tutelado.²⁰⁵

Agrega el maestro López Betancourt, que los delitos plurisubsistentes, necesariamente requieren la concurrencia de dos o más acciones en su realización, las cuales se pueden dividir en varios sucesos, que al fusionarse, producen la unidad delictiva, la cual es el fin mismo del agente, es decir, cada uno de los actos tiene autonomía, la que se pierde cuando se tiene presente que ellos forman parte del resultado final.²⁰⁶

²⁰⁴ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, cit, pág.: 21

²⁰⁵ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, págs.: 142- 143.

²⁰⁶ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, cit, pág.: 21.

Sobre el particular, Pavón Vasconcelos indica que en los delitos unisubsistentes la acción está integrada por un solo acto, es decir, la acción se agota mediante un solo movimiento corporal; mientras que en los delitos plurisubsistentes, la acción requiere para su agotamiento la realización de varios actos, o sea, si la acción permite su fraccionamiento el delito será plurisubsistente. Y realiza la siguiente acotación, sobre la conveniencia de distinguir el acto de la acción, puesto que un acto puede conformar a una acción, pero también, varios actos pueden ser constitutivos de una acción.²⁰⁷

Esto es, la estructura de la acción delictiva será el eje para la determinación de los delitos en la clasificación en estudio, entendiéndose por acción delictiva como el verbo núcleo del tipo, el cual se materializa mediante la realización de una acción, una actividad, un movimiento corporal, realizada al exterior por el ser humano (sea de acción u omisión).

Así, el delito de sustracción y/o retención de menores, tienen como verbo núcleo del tipo la sustracción y/o retención, acción delictiva que se lleva a cabo mediante el acto encaminado hacia el apoderamiento del menor. Es de aclarar, que aunque las conductas delictivas tienen existencia conjunta (a excepción de la retención que puede ser realizada en forma independiente, no así la sustracción), lo cierto es que ambas surgen con la realización de la acción delictiva integrada por un solo acto, el apoderamiento del menor, pues no puede el sujeto activo apoderarse primero de una mano, luego de una piernita..., siendo en consecuencia un delito unisubsistente.

Esto es así, pues se atiende a la forma de realización externa de la acción delictiva, al movimiento material o corporal necesario para la existencia de la acción.

²⁰⁷ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, págs.: 253-254.

3.9.1. En relación al número de sujetos que intervienen en el hecho típico (delitos unisubjetivos y plurisubjetivos)

En cuanto la clasificación de los delitos en función a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar la conducta o hecho descrito en el tipo, se dividen en unisubjetivos y plurisubjetivos, en el primero es suficiente para colmar el tipo la actuación de un solo sujeto para conformar la descripción de la ley, aunque pueden participar en su realización dos o más personas, a diferencia que en el segundo requiere necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos o más individuos para integrar las conductas descritas en el tipo.²⁰⁸

De igual forma sostiene el maestro López Betancourt, que en: los delitos “1. Unisubjetivos.- El tipo se colma con la participación de una sola persona. 2 Plurisubjetivos.- Cuando el tipo penal exige la participación obligada de dos o más individuos.”²⁰⁹

Aunado a lo anterior y del criterio sostenido por nuestro Máximo Tribunal en la tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VI, Diciembre de 1997, el delito en estudio es unisubjetivo, pues si bien es cierto que pueden participar en su comisión dos o más sujetos, no menos cierto es que las normatividades penales, no exigen la participación de dos o más sujetos en la comisión del delito, independientemente de la calidad que se exija de ellos (por ejemplo que se tenga una relación de parentesco), consecuentemente, basta para su integración la participación de un sujeto, lo cual no significa que esta condición sea limitativa.

²⁰⁸ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 143.

²⁰⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, cit, pág.: 22.

3.10.1. Por su forma de persecución

Sobre este punto, el maestro Castellanos indica que se forman dos grandes grupos: los llamados privados o de querrela necesaria, delitos en donde sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes, pues debe satisfacerse el requisito previo de la querrela de la parte ofendida, mas una vez formulada la querrela, la autoridad está obligada a su persecución. Los delitos perseguibles de denuncia, conocidos también como perseguibles de oficio, la denuncia puede ser formulada por cualquier persona, son todos aquellos delitos en los que la autoridad está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables con independencia de la voluntad de los ofendidos. Remarcando que en estos delitos no procede el perdón del ofendido, cuestión contraria a lo que sucede en los delitos de querrela necesaria.²¹⁰

Por su parte López Betancourt, señala que en los delitos de oficio, el Ministerio Público tienen obligación de perseguirlos, aun en contra de la voluntad del ofendido sin que opere el perdón de la víctima; mientras que los delitos de querrela, también llamados a petición de parte ofendida, el delito únicamente podrá ser perseguido por la autoridad, si el directamente afectado así lo solicita, siendo posible el perdón, es de tomar en cuenta que el tipo legal expresamente designará si es de querrela.²¹¹

Sobre el particular, el delito de sustracción y/o retención de menores realizado por parte de persona o personas que tengan vínculo de parentesco con el menor, contenidos en los Códigos punitivos citados en este trabajo, son en algunos casos delitos perseguibles por querrela mientras que en otros su forma de persecución son de oficio.

En lo que respecta a lo previsto en el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 173, tipo penal que contiene al delito en estudio, al no

²¹⁰ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 144.

²¹¹ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, cit, pág.: 22.

establecer su forma de persecución, será de oficio, en base a lo expresado en el Diccionario de Derecho Penal al definir la querrela, de donde se desprende que por lo menos en el Código Penal Federal así como en el local Vigente para el Distrito Federal, por exclusión los delitos que no son perseguibles por querrela son perseguibles de oficio, en consecuencia serán delitos de querrela los que así expresamente se encuentran previstos en los tipos penales correspondientes.²¹²

3.11.1. En función de su materia

Sobre este punto, los grupos de delitos que se conforman, obedecen a su forma de creación legislativa, consecuentemente será diversa la competencia de su jurisdicción, pudiendo ser los delitos, comunes, federales y militares.

Así el maestro Castellanos Tena explica que los delitos en cuanto a su origen legislativo, tienen las siguientes características: los comunes constituyen la regla general; son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales; en cambio, los federales se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión; mientras que en los delitos del orden militar, señala que son aquellos que afectan la disciplina del Ejército.²¹³

En cuanto al ámbito de competencia de los ordenamientos legislativos, el maestro López Betancourt, señala, que los delitos comunes tienen validez para una determinada circunscripción territorial; los federales, son delitos perseguibles en todo nuestro país, y están contenidos en las leyes federales; militares, son los concernientes al fuero militar y son únicamente aplicables a los miembros del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Mexicanos, jurisdicción que

²¹² Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda e Villasana Díaz, Ignacio. *Diccionario de Derecho Penal*. Segunda Edición. Editorial OXFORD., México 2006, pág.: 142

²¹³ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 145.

nunca se podrá extender en su aplicación a un civil, y se encuentran contenidos en la legislación militar.²¹⁴

No resulta óbice señalar, que dentro de la exposición de motivos realizada por el Senado de la República, de la LVII legislatura, de fecha 6 de abril del 2000, en concreto sobre el artículo 336 *Quáter* del Código Penal Federal, señala que su inclusión en el ordenamiento penal federal, obedece a la búsqueda de mecanismos de protección del desarrollo del menor, el cual no debería abarcar nada más el ámbito local, sino más allá, al ámbito de competencia federal, cabe señalar que en materia federal no se trata de un delito de retención y sustracción de menores sino de tráfico de menores, lo cual implica que dentro de los elementos del tipo se encuentra que el menor sea trasladado fuera del territorio nacional, por lo que abarca más allá del ámbito del territorial nacional, el internacional (Véase anexo 11).

Situación que fue robustecida en la Ley Orgánica de Poder Judicial de la Federación, al adicionarse en su artículo 50 fracción I, que hace referencia a los delitos del orden federal, en concreto en el inciso m, inciso agregado al ordenamiento en referencia con fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación, 12-06-2000, el cual establece como requisito imprescindible que el delito previsto por el artículo 366 *quáter*, tenga como propósito el traslado del menor fuera del territorio nacional.

En consecuencia, el delito contenido en el Código Penal Federal en el artículo 366 *quáter*, en cuanto a su creación legislativa, por supuesto que es un delito federal, puesto que es una disposición legal que emana del Poder Legislativo Federal, con fundamento en el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, fracción I, el inciso “a” en relación con el inciso “m” ya señalado, puesto que Código Penal Federal, es una Ley federal; por otra parte, en cuanto la aplicación o competencia de este delito, se estará atento precisamente a su forma de ejecución, pues de la exégesis del último precepto en cita se desprende, como lo sintetiza el inciso adicionado, que únicamente

²¹⁴ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. págs.: 22-23.

tendrá aplicación cuando el delito tenga el propósito de trasladar o entregar al menor fuera del territorio nacional, pues de otro modo, es evidente que en la realización de este tipo delictivo no puede resultar afectada la Federación, y por lo tanto no podrá tener competencia para la investigación y persecución del delito en estudio.

Sin embargo esto no sucede con el delito de retención y sustracción de menores, previsto en el artículo 173 del Código Penal del Distrito Federal, ya que se trata de un ordenamiento legislativo creado por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por lo que la competencia de su jurisdicción será únicamente local, en el Distrito Federal.

3.12.1. Clasificación legal

El maestro Fernando Castellanos realizando una pequeña reseña histórica refiere, que el legislador, desde 1931 pretendió hacer la clasificación o agrupación de los delitos tomando en cuenta los bienes jurídicos que protegen, aunque en algunas ocasiones se clasifiquen en razón de la calidad de los sujetos activos o con base a la característica de la acción delictiva. Es de señalar que ya hace alusión a un agrupamiento de delitos dirigidos a la protección de la familia.²¹⁵

López Betancourt expresa que la clasificación de los delitos obedece a la existencia de los diversos grupos de leyes que han sido promulgadas en nuestro país, lo cual implica que debe establecerse una organización y clasificación de los ordenamientos punitivos, e indica que efectivamente se clasifican los delitos, tomando en cuenta al bien jurídicamente tutelado.²¹⁶

²¹⁵ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 146.

²¹⁶ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op, cit, pág.: 23.

En efecto, la organización de los tipos delictivos en estudio dependerá naturalmente de la clasificación que contengan los ordenamientos punitivos en su parte especial de los grupos de los tipos penales que lo conforman, atendiendo al bien jurídico tutelado. Respecto al delito en estudio, contenido en los ordenamientos penales revisados, en su clasificación lo agrupan en dos posturas o grupos diferentes: los delitos contra la familia, y delitos contra la libertad de las personas.

En lo tocante tanto al Código Penal Federal como al local en el Distrito Federal, ambos ordenamientos, lo contienen en los delitos tendientes a la protección de la libertad de las personas.

IV.- Presupuestos del delito

El maestro Castellanos Tena, expone que diversos autores consideran a los presupuestos del delito, como las circunstancias jurídicas o de hecho, cuya existencia debe ser previa a la realización del delito, indicando que pueden ser generales y especiales.²¹⁷

Pavón Vasconcelos, citando a Riccio, indica que “el presupuesto de un fenómeno no sólo preexiste a éste, sino que hace posible su realización; es como elemento preexistente la composición química que, partiendo del mismo se desarrolla a través de las reacciones y combinaciones”²¹⁸ posteriormente define a los presupuestos del hecho y del delito como “los antecedentes necesarios al hecho y al delito, que hacen posible la realización de éste: se hayan fuera del nexo causal entre agente y acción, y, de las relaciones entre ellos surge el delito”²¹⁹

²¹⁷ Cfr. Idem. pág.: 134.

²¹⁸ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 193.

²¹⁹ Ibidem.

Posteriormente, Porte Petit, manifiesta la existencia de los presupuestos del delito así como los presupuestos de la conducta o del hecho, siendo los primeros los antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o del hecho descrito en el tipo, y de cuya existencia depende el título del delito respectivo, los cuales pueden ser generales o especiales, los primeros están encaminados en un carácter común a todos los delitos, lo conforman la norma penal, el sujeto activo y pasivo, la imputabilidad, y el bien tutelado; en cuanto a los presupuestos del delito especial señala que debe existir un elemento jurídico, preexistente o previo a la realización de la conducta o del hecho, necesario para la existencia del título del delito. En ese orden de ideas, llega a la siguiente conclusión: la ausencia de algún presupuesto del delito en su carácter general, acarrea su inexistencia, a diferencia de que la ausencia de alguno de los presupuestos del delito especial, se traduce únicamente en una variación del tipo delictivo.²²⁰

En cuanto a los presupuestos de la conducta o del hecho, basándose en las ideas de Porte Petit, señala que “son los antecedentes previos, jurídicos o materiales, necesarios para la existencia de la conducta o del hecho constitutivos del delito”²²¹. En cuanto a los presupuestos de la conducta son de naturaleza jurídica o material que la norma incriminadora presupone para la existencia del delito. Los presupuestos materiales, se refieren a las condiciones reales preexistentes para que se inicie y se cumpla con la ejecución del hecho, y posteriormente añade, que la ausencia de un presupuesto de la conducta o del hecho implica la imposibilidad de realización de la conducta o del hecho descrito en el tipo, pues estos elementos previos son necesarios para la existencia de la conducta o del hecho descrito por el tipo.²²²

Ahora bien, por lo que respecta a los presupuestos generales del delito en estudio, son: que la conducta se encuentre previamente descrita en el tipo penal (existencia de la norma penal) de la cual se desprende la existencia de un sujeto o sujetos activos que son las personas que sustraen y/o retienen al

²²⁰ Cfr. Idem. págs.: 193-194.

²²¹ Idem. pág.: 194.

²²² Cfr. Ibidem.

sujeto pasivo, siendo el bien jurídico tutelado, la libertad de la persona y la protección de las relaciones familiares, por otra parte, en cuanto al presupuesto especial del delito, se debe señalar que el sujeto activo debe tener un vínculo de parentesco con el sujeto pasivo, en cuanto a las características esenciales del sujeto pasivo, deberá de ser menor de edad o incapaz, de acuerdo a la descripción del tipo. En lo tocante a la minoría de edad, se deberá estar atento a la edad que cada Código punitivo establezca, en caso de no establecer temporalidad para determinar la minoría de edad, considero que deberá aplicarse de manera supletoria lo dispuesto por el Código Civil, por otra parte, debe considerarse la circunstancia de que la sustracción deberá de hacerse la custodia o guarda legítima de quien legalmente la ejerza, ya sea en un núcleo o entorno familiar, o lugar donde habita el menor con quien legalmente ejerza la tutela y/o patria potestad del menor.

Por otra parte, en cuanto a los presupuestos generales de la conducta o hecho, en cuanto a la naturaleza material sería la existencia del menor, mientras que lo concerniente a los de naturaleza jurídica se enfoca a la tenencia y ejercicio de la patria potestad que debe ostentar el ofendido, considero que estos presupuestos van encaminados a la naturaleza jurídica del tipo, es decir a la afectación de la libertad y del correcto desarrollo del menor, impidiendo su convivencia armoniosa con cada uno de sus progenitores, pues en el caso en que la realización de la conducta no tenga el propósito de menoscabar o impedir esa convivencia, no se configurará el delito. Partiendo de lo señalado en el segundo Capítulo, ambos progenitores tienen el deber y el derecho de convivencia con su menor hijo, en esa relación recíproca entre padre e hijo, y precisamente su importancia, es lo que justifica la existencia de éstos tipos delictivos.

V.- Elementos del delito (aspectos positivos y negativos)

5.1.1. Conducta o Hecho (Actividad)

De inicio, debe señalarse que este elemento objetivo del delito, se considera en una prelación lógica como el primero de sus elementos constitutivos, inclusive para algunos autores representa el más importante de sus elementos esenciales, tal y como hace mención Pavón Vasconcelos quien señala categóricamente: “Negamos desde luego la existencia de delitos sin conducta pues, como hemos afirmado con anterioridad, la conducta o el hecho según la descripción típica, es un elemento esencial del delito”²²³. Criterio que es compartido por la maestra Amuchategui al señalar: “La conducta es el primero de los elementos que el delito requiere para existir. Algunos estudiosos le llaman acción, hecho, acto o actividad.”²²⁴

Al abordar el problema de la terminología de este elemento objetivo del delito, Porte Petit, citado por Pavón Vasconcelos, refiere:

Pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo constituye una conducta o un hecho humano. Y dentro de la prelación lógica ocupan el primer lugar, lo cual les da una relevancia especial dentro de la teoría del delito²²⁵

Se advierte de las citas anteriores, las distintas denominaciones con que se hace referencia a este primer elemento objetivo del delito, terminología que considero muy importante a efecto de comprender el alcance de este elemento esencial del delito. Cabe señalar, que el criterio de la mayoría de la doctrina jurídica mexicana, se enmarca en tres grupos, uno de ellos le denomina,

²²³ Idem. pág.: 251.

²²⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 53.

²²⁵ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 197.

conducta; el segundo le denomina hecho; y por último, hay autores que le denominan conducta o hecho.

El maestro Fernando Castellanos afirma que: “La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado un propósito.”²²⁶

En cuanto al hecho, sin lugar a dudas, requiere para su producción de la conducta, transformándose en elemento integrante del hecho, elemento *sine qua non*. Respecto a la relación existente entre estos términos, Pavón Vasconcelos señala:

Desde el punto de vista lógico, antes de un resultado concreto se da un proceder humano, sea éste positivo o negativo. A tal proceder se suma, en algunos casos, un resultado que en nexo causal viene a configurar el hecho, el cual, al encuadrar en la hipótesis legal, se dice resulta típico.²²⁷

En consecuencia el maestro Castellanos Tena, determina que el delito es ante todo una conducta humana, pues con esa denominación se incluye correctamente tanto el hacer positivo como negativo, en actuar y el abstenerse de obrar, es decir la acción y la omisión. Al continuar con su explicación, basándose en las ideas de Porte Petit, realiza el análisis del término hecho, admitiendo, en cuanto la denominación del elemento objetivo en estudio, que no es la conducta únicamente, sino también el hecho el elemento objetivo del delito, lo cual dependerá de acuerdo a la descripción del tipo en concreto, coincidiendo de esta forma con el criterio de Pavón Vasconcelos y Porte Petit en cuanto a la denominación del elemento esencial del delito en estudio, argumentando que la denominación de este elemento objetivo del delito dependerá del tipo en concreto, pues a veces el elemento objetivo del delito se colma con la mera realización de la conducta (delitos formales) y en otros casos se requerirá además de la realización de la conducta, la producción de un resultado material, elementos que se encuentran estrechamente ligados a

²²⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 149.

²²⁷ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 196.

través del nexo causal, caso en donde la conducta se considera como un elemento del hecho (delitos de resultado material).²²⁸

En consecuencia, considero que la denominación idónea para el elemento objetivo del delito en estudio, es el de conducta o hecho, término que naturalmente se empleará de acuerdo al caso concreto, tomando como base al tipo delictivo que se analice, de tal suerte, que se referirá a conducta cuando el tipo delictivo en análisis, solamente exija la realización de una conducta (delitos de resultado formal), no así, cuando el tipo delictivo además de la realización de la conducta exija un cambio en el mundo exterior, una materialización como consecuencia de la conducta, la producción un resultado material (delitos de resultado material), en donde la conducta y el resultado material se encuentran unidos a través del nexo causal, resultando la conducta ya no el elemento objetivo del delito, sino el elemento del hecho, de ahí que en los delitos de resultado material, la denominación correcta del elemento objetivo del delito sea hecho.

Por otra parte, la conducta como elemento objetivo del delito, es una forma de proceder humano, dicha actuación tiene dos vertientes, esto es, puede configurarse en dos formas, tanto en una actividad, como en una inactividad, en una acción u omisión, al respecto Pavón Vasconcelos expone:

la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien en una inactividad, una abstención, un no hacer; tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntariedad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada²²⁹

No se debe pasar por alto, la observación atinada que realiza el profesor Castellanos Tena, quien afirma que la conducta desde del punto de vista del Derecho Penal, exclusivamente puede ser realizada por las personas físicas,

²²⁸ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 147-148.

²²⁹ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 200.

no así por las personas morales, puesto que el ser humano es el único ser capaz de voluntariedad, lo que no sucede con las personas morales.²³⁰

Criterio compartido por Pavón Vasconcelos, quien manifiesta que para la integración de la conducta, presupone la existencia de dos elementos, los que sin duda alguna solamente pueden ser realizados por la persona física, y nunca por persona moral alguna; el primero de ellos, implica un elemento físico, el cual consiste en el movimiento corporal (en el caso de los delitos de acción), o en la inactividad del sujeto frente a la acción esperada por el Derecho (en los delitos de omisión); el segundo elemento es de carácter psíquico el cual consiste en la voluntad de realizar la acción o la omisión, o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad, por lo que los mencionados elementos integrantes de la conducta, exclusivamente pueden ser realizados por personas físicas.²³¹

Ahora bien, la conducta como forma de comportamiento humano puede presentarse o exteriorizarse a través de una acción, omisión o una comisión por omisión.

En lo tocante a la acción, el maestro Pavón Vasconcelos, manifiesta que se refiere a una conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, (factor físico), un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva (factor psíquico). En consecuencia la acción como manifestación de la conducta, está conformada siempre por un factor físico manifestado mediante una actividad, en un movimiento corporal, al que se suma uno de naturaleza psíquica, identificado con la voluntad del sujeto que realiza dicha actividad.²³²

²³⁰ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, págs.: 149-150.

²³¹ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, págs.: 209-210.

²³² Cfr. Idem, pág.: 201

El maestro Fernando Castellanos, concibe a la acción como todo acto humano voluntario, el cual modifica el mundo exterior o al menos lo pone en peligro, se realiza lo prohibido, infringiéndose con ello una ley prohibitiva.²³³

En consecuencia, la acción como forma de manifestación de la conducta positiva –afirma la maestra Amuchategui Requena-, se encuentra integrada por los siguientes elementos: la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad, llamado también nexo causal.²³⁴

La unidad entre la voluntad y la actividad, son los elementos imprescindibles para la acción, los cuales se encuentran estrechamente entrelazados, como lo explica el maestro Francisco Pavón, en donde para poder manifestarse la actividad o movimiento corporal de la persona en el mundo exterior, en la mente del sujeto atraviesa una serie de procesos tendientes a llevarse a cabo o no la actividad, iniciando por la concepción de la idea, posteriormente su deliberación en la conciencia del sujeto, para en caso de que ésta saliera triunfante pasar a la siguiente etapa que es la decisión la cual va aparejada a la ejecución, lo que da como resultado a la voluntad como complemento psíquico de actividad realizada por el sujeto.²³⁵

Respecto a los dos elementos restantes, el resultado material y el nexo causal que une a la conducta con el resultado material, o relación de causalidad como lo llama la maestra Griselda Amuchategui, quedan comprendidas en el hecho, con base a la denominación que considero adecuada para el elemento objetivo del delito en estudio. Cabe aclarar, que los delitos de acción pueden ser formales o materiales, en los primeros el elemento objetivo del delito será la conducta mientras que en los segundos será hecho.

Por consiguiente, en los delitos de resultado formal o jurídico, los elementos integrantes de la conducta, *lato sensu*, son un elemento físico (movimiento corporal), y uno psíquico (consistente en la concepción y

²³³ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 152-153.

²³⁴ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 53.

²³⁵ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 213.

aceptación en la realización de la conducta, que en una prelación lógica, se presupone a la realización del físico), por lo que efectivamente, en este supuesto, con la mera actividad se cubrirá la existencia del elemento objetivo del delito en estudio, a diferencia de los elementos del hecho, en donde además de la realización de estos elementos de la conducta se requerirá de la existencia de un resultado material, así como de un nexo causal entre estos dos elementos.

Sobre el particular, Pavón Vasconcelos, determina que el hecho como elemento objetivo del delito tiene aplicabilidad cuando se trata de delitos que requieren con relación al tipo de un resultado material, por lo que los elementos integrantes del hecho son la conducta y un resultado material elementos que se encuentran unidos mediante un nexo causal, así, cuando se trata de la conducta como elemento objetivo del delito, la conducta como genero, en *lato sensu*, cuando por sí misma integra al elemento objetivo del delito, resulta innecesaria la existencia de un resultado material y consecuentemente del nexo causal.²³⁶

Se advierte que la conducta, en *stricto sensu*, se encuentra contenida entre los elementos integrantes del hecho, no obstante, los elementos constitutivos de la conducta son los mismos tanto en *stricto sensu*, como en *lato sensu*, ya analizados en líneas anteriores, pero además se requiere la existencia de un resultado material y un nexo causal entre estos dos, por lo que se prosigue al estudio de los dos elementos restantes.

Entonces, por lo que respecta al resultado, se le considera como el conjunto de efectos que acontecen en mundo naturalístico o exterior, a causa de un acontecimiento o suceso, es decir son las modificaciones al mundo exterior producto de la conducta realizada, pese al estrecho vínculo entre la conducta y el resultado, debe precisarse que son dos elementos distintos, integrantes del hecho.

²³⁶ Cfr. Idem, pág.: 199.

Con todo, en la producción del resultado, no basta el cambio en el mundo fenomenológico, debe ser producto de la realización de la conducta, trascendente para el mundo jurídico, consecuentemente la producción del resultado trae consigo consecuencias jurídicas, además que el resultado material se encuentra contenido dentro de los elementos constitutivos del tipo.

Ahora bien, en el resultado, como consecuencia de la conducta realizada por la persona, es de tomarse en cuenta la existencia de dos ordenes en función al resultado, una concepción jurídica o formal y otro naturalística o material, en ese sentido, se debe reconocer que todos los delitos tienen un resultado, sin embargo, retomando el termino de este elemento objetivo del delito, conducta o hecho, el resultado material será sin duda, el elemento imprescindible exigible en los tipos penales, que hará posible la correcta denominación del elemento objetivo en estudio, hecho, en donde además de la afectación jurídica se requerirá la existencia de un resultado material, pues a diferencia de los delitos de resultado formal, habrá lesión o peligro de un bien o interés jurídicamente tutelado, sin que esto implique la existencia de una mutación en el mundo exterior.²³⁷

El siguiente elemento indispensable para la integración del hecho, como elemento esencial del delito, es el nexo de causalidad, que es la relación existente entre la conducta y el resultado, el cual naturalmente es de tipo material, lo cual no implica que los demás elementos mencionados carezcan de importancia o que uno lo sea más que otro, pues todos y cada uno de ellos es indispensable para la existencia del elemento objetivo del delito en estudio.

Así el nexo causal o relación de causalidad, será la relación existente entre la conducta y el resultado, lo que hará posible la atribución material del resultado a la conducta como su causa.

En ese sentido Fernando Castellanos, afirma que la relación causal que existe entre la conducta y el resultado, el resultado debe tener como causa el hacer del agente, además, el nexo causal únicamente puede tener cabida en

²³⁷ Cfr. Idem. pág.: 223.

los delitos de resultado material o hecho, pues esta relación de causalidad entre conducta y resultado, se analiza en los delitos en donde el tipo exige una mutación en el mundo externo. El estudio del nexos causal, ha generado la creación de diversas teorías agrupándose en dos corrientes, una generalizadora en donde todas las condiciones productoras del resultado se consideran causa del mismo; mientras que en la doctrina individualizadora, toma en cuenta entre todas las condiciones una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad.²³⁸

- La corriente totalizadora, tiene su base en la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Sobre el particular, el maestro Francisco Pavón refiere que se trata de la suma de todas las condiciones, tanto positivas como negativas que deben considerarse como causa del resultado, por lo que cada una de ellas es equivalente entre sí, teniendo el mismo valor causal. Para el citado maestro esta teoría es la más acertada, pues todas las condiciones causa del resultado, deben tomarse en cuenta para su producción, pues con la supresión hipotética de cualquiera de ellas el resultado no se produciría ²³⁹

Castellanos Tena afirma que esta teoría es atribuida a Von Buri, también conocida como *conditio sine qua non*, en donde todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todas son su causa, el resultado se produce gracias a la suma de todas y cada una de ellas, no obstante destaca la crítica que hace Biding sobre esta teoría desde el punto de vista estrictamente jurídico, al señalar que de aplicarse esta teoría, en el caso del delito del adulterio debería castigarse como autores del delito del adulterio, no únicamente a la mujer casada que cohabita con varón que no es su marido y a quien yace con ella, sino al carpintero constructor de la cama²⁴⁰.

Razones por las cuales, Pavón Vasconcelos, aclara lo siguiente:

²³⁸ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 156-157.

²³⁹ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, págs.: 231-232.

²⁴⁰ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 157.

Advirtamos que, dentro de un concepto puramente lógico-causal, toda condición tiene la naturaleza de causa, pero ya no admitimos que se pretenda dar a la equivalencia de las condiciones un alcance indebido extendiéndola al ámbito de la culpabilidad. Por ello tiene razón Jiménez de Asúa cuando sostiene que la teoría de la *conditio sine qua non* es exacta como concepto teórico-causal, pero ya no resulta así cuando se pretende con ella solucionar el problema de la responsabilidad.²⁴¹

En efecto, el objeto del nexo causal, es relacionar estrictamente la conducta con el resultado, pues para acreditar la responsabilidad del sujeto activo del delito, no basta la sola comprobación del elemento objetivo del delito en análisis, se requiere la concurrencia de otros elementos, tal y como lo indica Jiménez de Asúa, al referirse a la culpabilidad para acreditar la responsabilidad del sujeto activo del delito, por lo que el nexo de causalidad, se refiere exclusivamente a la relación existente entre la conducta y el resultado.

Consecuentemente, se reafirma lo que ya ha quedado señalado en líneas anteriores, el estudio del nexo causal, será exclusivamente cuando se haga referencia al hecho como elemento objetivo del delito, por lo que se resuelve únicamente el problema de la causalidad material, esto es, el objeto del nexo de causalidad es comprobar la relación naturalística entre la misma conducta y el resultado (consecuencia a efecto). Lo que implica no abordar otros temas correspondientes a los demás elementos del delito, aunque se necesaria la existencia de cada uno de ellos para su existencia, de manera que cada uno de ellos tendrá sus propias peculiaridades, sin que uno predomine o inmiscuya sobre otro, de modo que al final de la integración de cada uno de ellos, se complementan o integran en conjunto, para determinar o no la existencia del delito.

En el mismo sentido se pronuncia Castellanos Tena, señalando que efectivamente, el nexo de causalidad tiene como fin el comprobar la relación entre conducta y resultado (siendo aplicable exclusivamente a los delitos de resultado material), enfocándose en una relación estrictamente naturalística.

²⁴¹ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 233.

Luego, al realizar el análisis, del hecho como elemento objetivo del delito deberá estudiarse el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta (la voluntad de realizar la conducta), y el nexo naturalístico entre la misma conducta y resultado (consecuencia a efecto), no siendo suficientes los elementos mencionados para atribuir la responsabilidad del sujeto, pues para ello no basta el nexo naturalístico, sino además, comprobar la relación psicológica entre el sujeto y el resultado, siendo esta función de la culpabilidad, quien constituye otro elemento objetivo del delito, por lo que para establecer responsabilidad a un sujeto es indispensable comprobar los demás elementos del delito²⁴², por lo que afirma acertadamente: “basta tener presente que la sola aparición de un resultado típico no es delito; se requieren los demás elementos esenciales integradores del ilícito penal”.²⁴³ Es de señalar que el autor citado, considera al igual que Pavón Vasconcelos, como la teoría más acertada para entender el nexo causal, teoría a la cual también me adhiero.

La corriente individualizadora como ha señalado Castellanos Tena, está comprendida por diversas teorías, las cuales tienen como base criterios distintos, como el tiempo, calidad o cualidad, destacando entre estas, las siguientes:

- Teoría de la última condición, creada por Ortmann, también conocida como la de la causa próxima o de la causa inmediata.

Esta teoría, expresa Fernando Castellanos, se basa en un criterio temporal, en donde entre las causas productoras del resultado, exclusivamente es relevante la última, es decir, la más cercana al resultado.²⁴⁴

De igual forma Francisco Pavón, señala que esta teoría tiene como base un criterio temporal, otorgándole únicamente valor causal entre todas las condiciones a la última de ellas, la más próxima al resultado, desechando consecuentemente a las demás condiciones mediatas.²⁴⁵

²⁴² Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, págs.: 157-158.

²⁴³ Idem.: 158

²⁴⁴ Cfr. Idem. pág.: 158-159.

²⁴⁵ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 234.

- Teoría de la condición más eficaz, creada por Birkmeyer.

Al respecto Castellanos Tena refiere que: “para esta teoría únicamente es causa del resultado aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia preponderante (criterio cuantitativo)”²⁴⁶

En efecto, como puntualiza Pavón Vasconcelos, esta teoría se basa en un criterio cuantitativo, teniendo valor causal aquella condición que despliegue eficacia preponderante, y cita el criterio de Porte Petit: “debe considerarse causa más eficaz, aquella condición que en la producción del resultado ha contribuido más”.²⁴⁷ Esta teoría trata de reducir el valor de la causa, que es cualitativa, a una expresión cuantitativa, por otra parte se señala la dificultad existente en la práctica, en la determinación de un verdadero valor a cada una de las condiciones, que positivamente aportan la producción del resultado, por lo que no existe una razón suficiente para considerar causa únicamente a la condición que más ha contribuido en la realización del efecto.²⁴⁸

- Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada. Teoría creada por V. Bar.

El maestro Castellanos Tena refiere que considera como causa del resultado a la condición normalmente adecuada para producirlo (criterio cualitativo), así, si el resultado se aparta de lo común y corriente de la vida, no hay relación de causalidad entre él y la conducta.²⁴⁹

Francisco Pavón Vasconcelos, apunta que esta teoría enfoca la condición de la causa al ámbito jurídico, por lo que se torna en una postura cualitativa, siendo únicamente trascendente aquella condición apropiada para la producción del resultado²⁵⁰

²⁴⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 159.

²⁴⁷ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 235.

²⁴⁸ Cfr. Idem. pág.: 236.

²⁴⁹ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 159

²⁵⁰ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 236.

La maestra Amuchategui, considera a esta teoría como la más aceptable para la explicación del nexo de causalidad, señalando, que “atiende a la idoneidad de la causa, la cual, en última instancia, debe prevalecer.”²⁵¹

Lo interesante, es saber qué criterios se toman en cuenta para determinar, la idoneidad en la producción de la causa del resultado, cuestión abordada por Pavón Vasconcelos quien expresa que esta teoría se funda en un criterio cualitativo, la cual pretende elaborar un concepto de causalidad exclusiva de lo jurídico, siendo una teoría individualizadora, pues señala que es causa y por lo tanto condición apropiada la que produce regularmente el resultado, la idónea para determinarlo, en base, a la regularidad estadística, es decir, de acuerdo a la probabilidad estadística.²⁵²

Por otra parte, no se debe olvidar la existencia de la omisión como forma de conducta, de la que se puede decir, que es la forma contrastante frente a la acción, pues en su realización se requiere un factor físico que consiste en la inactividad física del agente, pero esa inactividad deberá ser voluntaria, dejando de hacer en consecuencia un actuar esperado y exigido por el Derecho.

En lo que respecta al estudio de la omisión, es de señalar que se divide en dos grupos: los delitos de simple omisión, omisión simple o propia, así como los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, resaltando que en estos delitos de inactividad, deben tener como fundamento la acción esperada y exigida, pues sin este elemento no es posible hablar de omisión en sentido jurídico.

Es por ello que Amuchategui Requena, tan respetable maestra, afirma que para determinar el tipo de conducta de omisión deberá estarse a lo dispuesto en el tipo, diferenciándose la omisión simple o la omisión propia, en que a semejanza de los delitos formales antes estudiados, consiste en un no

²⁵¹ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 55.

²⁵² Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, págs.: 236-237.

hacer, respecto a lo que se debe hacer, ya sea voluntario o culposamente, esto es, se comete un delito con la mera realización de la conducta, sin que haya un resultado, infringiéndose de esta forma una norma preceptiva, mientras que en los delitos de comisión por omisión o omisión impropia, no basta la sola abstención de realización de la conducta, se requiere además la producción de un resultado material, producto de la inactividad, infringiéndose con ello una norma preceptiva y otra prohibitiva.²⁵³

En ese mismo tenor de ideas, Castellanos Tena, citando a Porte Petit, establece como elementos de la omisión simple donde se transgrede la norma preceptiva: la voluntad, la inactividad y el deber jurídico de obrar; mientras que en los delitos y comisión por omisión u omisión impropia se transgrede además de una norma preceptiva, otra prohibitiva, en donde se produce un resultado típico y material, se infringe la norma dispositiva la cual impone el deber de obrar, y en cuanto a la norma prohibitiva, se transgrede porque sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado, produciéndose con ello dos resultados: un resultado jurídico y otro material.²⁵⁴

Por consiguiente, en ambas conductas de omisión, es requisito *sine qua non*, la preexistencia de un deber jurídico previamente establecido por la norma. En cuanto a los elementos integrantes de la omisión simple, se requiere la existencia de una inactividad, la cual va dirigida por la voluntad al no efectuar la acción ordenada por el Derecho, empero, tratándose de la omisión impropia, emergen otros dos factores que son un resultado material típico y una relación de causalidad o nexo causal, entre dicho resultado y la abstención.

Asimismo, en lo que respecta a los elementos de la omisión, la maestra Amuchategui, indica que son la voluntad, la inactividad, el resultado y el nexo causal, aclarando que en los delitos de simple omisión no cabe hablar de nexo causal, pues no se produce ningún resultado (material), no así en los delitos de

²⁵³ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, págs.: 55-56.

²⁵⁴ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 152-156.

comisión por omisión en donde el resultado se produce a causa de la inactividad, por lo que se debe dar y comprobar el nexo causal.²⁵⁵

Referente al nexo de causalidad, la cual únicamente puede surgir en los delitos de comisión por omisión, o en la omisión impropia, se observa que debido a la inactividad, se produce una transformación de índole material en el mundo externo del sujeto, por lo que debe determinarse cuándo la inactividad del agente, es decir, su omisión, está en relación causal con el evento producido. Al respecto Francisco Pavón, señala:

la solución al problema de causalidad en los delitos de comisión por omisión está en la propia omisión. Hemos de admitir con Mezger que sólo en virtud de la acción esperada adquiere relevancia jurídica la omisión pues ésta no consiste en no hacer nada sino en dejar de hacer algo que la norma espera²⁵⁶

Empero, se debe de tener en cuenta dos factores trascendentes al estudiar el nexo causal en los delitos de omisión impropia, la acción esperada y la conducta omisiva, así, desde el punto de vista naturalístico la relación de causalidad estará en función entre la ausencia de conducta y el resultado, pues al igual que en las conductas de acción con resultado material, el nexo causal se refiere al nexo naturalístico que une a la conducta (ya sea de acción o de omisión impropia) con el resultado por ella producido, de tal manera que el resultado en los delitos de comisión por omisión, tienen una causalidad en la omisión misma, siendo la conducta omisiva causa del resultado. Y por lo que respecta a la conducta esperada, será la parte que otorgue relevancia jurídica tanto a la conducta como al resultado, es decir, la falta de realización de la conducta esperada creará o acarreará consecuencias jurídicas, así lo expresa Pavón Vasconcelos:

²⁵⁵ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 56.

²⁵⁶ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 243.

la causalidad en la omisión impropia debe construirse necesariamente con referencia a la propia omisión y no en la acción esperada que convierte en el no hacer en relevante para el Derecho.²⁵⁷

Es importante precisar que en lo tocante a la conducta esperada o exigida, presupone precisamente la existencia de la descripción típica, de ahí parte la trascendencia de la conducta omitida en razón de las consecuencias jurídicas producidas.

En lo que respecta a los delitos materiales o de hecho, conforme a la denominación del elemento objetivo de estudio, la diferencia estriba en el resultado, puesto que aparte del resultado formal que se produce con la realización de la acción, se tiene como consecuencia un cambio en el mundo externo, un resultado material, tanto en la acción (con resultado material), como en la comisión por omisión, de tal suerte, que en ambos existe el nexo causal, el cual se refiere a la relación naturalística existente entre la conducta en estricto sensu y el resultado.

Finalmente, otra cuestión de suma importancia que señala la maestra Griselda Amuchategui, es el problema de la temporalidad y el espacio de la realización del delito. En cuanto al lugar, indica que generalmente, el lugar donde se comete un delito coincide tanto en la conducta como en el resultado que produce, no obstante, indica que puede acontecer que la conducta pueda realizarse en un lugar y el resultado en otro, surgiendo el problema de las jurisdicciones en cuanto a la competencia para conocer del asunto, así como la aplicación de la ley, al respecto, tan gregaria maestra explica que la solución aparentemente correcta, debido a la diversidad de criterios doctrinales, es considerar aplicable la ley más favorable al sujeto activo, con independencia de la ley del lugar donde se produjo la conducta o el resultado, tomando como fundamento la interpretación de todo el ordenamiento penal, por lo que deberá estarse a la ley más favorable al reo.²⁵⁸

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 56.

Situación similar acontece en cuanto al tiempo de realización de la conducta, pues por regla general el delito produce el daño o peligro en el momento de llevarse a cabo la conducta, pero cuando varía el tiempo en su realización, puede dar cabida a que en ese lapso de tiempo la ley haya sufrido reformas, en tal caso, la maestra Amuchategui Requena sostiene que la norma aplicable será la correspondiente al momento de producirse el resultado y no antes, haciendo una importante salvedad, cuando la conducta se lleva a cabo cuando el sujeto es menor de edad, pues debe estimarse la imputabilidad (falta de capacidad de entender y querer) del menor en el momento de realizar la conducta y no al ocurrir el resultado.²⁵⁹

Para Pavón Vasconcelos, la importancia de precisar tanto en el ámbito espacial como en el temporal de la comisión del delito es relevante para la solución de diversas cuestiones relacionadas con aplicación de la ley penal, dando con ello competencia a los tribunales que conozcan del caso, por lo que resulta importante determinar cuándo y dónde ha tenido verificativo el hecho delictuoso. En cuanto a la temporalidad, indica que es de suma importancia para la determinación de imputabilidad y de la culpabilidad, pues de acuerdo al tiempo en que se materializa la actividad, momento en el cual el agente ha verificado el movimiento corporal, podrá determinarse la capacidad existente en el sujeto al realizar la acción²⁶⁰. Más adelante explica sinópticamente, las razones en que basa la importancia de ubicar el lugar y el tiempo de comisión del delito:

1. El lugar.

- a) Para saber con certeza si el hecho es o no punible en el territorio en el cual tiene obligatoriedad la ley penal, y
- b) Para precisar la competencia de los tribunales locales

2. El tiempo.

- a) Para dilucidar si es o no aplicable la ley vigente;
- b) Para fundamentar, en su caso, la antijuridicidad, la imputabilidad o la culpabilidad de la conducta o hecho realizados, y

²⁵⁹ Cfr. Idem. pág.: 57.

²⁶⁰ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, págs.: 267-268.

- c) Para esclarecer si ha operado o no la prescripción de la acción penal.²⁶¹

Al respecto, el maestro Fernando Castellanos, confirma que efectivamente el lugar y tiempo de la comisión del delito en la mayoría de los casos, la actividad o la omisión se realizan en el mismo lugar en donde se produce el resultado, pero cuando la conducta y resultado no coinciden respecto al lugar y tiempo surge problema de la aplicación de la ley penal, lo que ha dado lugar al surgimiento de diversas teorías, de las cuales el maestro Castellanos refiere que generalmente se sigue la teoría del resultado la que de acuerdo con ella, el delito se realiza en el lugar y el tiempo de producción del resultado.²⁶²

Respecto a la teoría del resultado Pavón Vasconcelos dice que son lugar y tiempo de ejecución del delito, aquellos en los cuales se produce el resultado material exigido por el tipo legal, explica que esta teoría es inobjetable tratándose de los delitos materiales, no así en los delitos de simple conducta o de resultado puramente jurídico, al igual que la tentativa y la no realización del evento por causas ajenas a la voluntad del sujeto, de igual forma en los delitos que producen varios resultados, y los casos en que al tiempo de ejecutarse la conducta el hecho no era delictuoso pero sí al producirse el resultado.²⁶³

Para Pavón Vasconcelos, la teoría acertada es la teoría unitaria o de la ubicuidad, aclarando que no es posible adoptar una posición general uniforme para todos los casos. Basándose en las ideas de Mezger, señala que esta teoría pretende resolver la cuestión, afirmando que el delito se comete tanto en el lugar y tiempo en los cuales ha tenido verificativo la actividad, sea forma total o parcial, como en los que se produce el resultado.²⁶⁴

En cuanto los delitos de omisión, indica que debe estimarse cometido el delito, en el lugar y tiempo en que dicho deber es exigible legalmente,

²⁶¹ Idem. págs.:268-269.

²⁶² Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 161-162.

²⁶³ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 270.

²⁶⁴ Cfr. Idem. págs.: 170-171.

agregando que en el caso de la existencia de una obligación donde se requiera un actuar continuado, el delito se comete en todo tiempo y en todo lugar en los cuales existía dicho deber de obrar, agregando, que en caso de los delitos de omisión impropia, se entiende cometidos en el lugar donde se produce el resultado típico.²⁶⁵

En lo que toca al delito en estudio, tomando en cuenta que se trata de un delito permanente, Pavón Vasconcelos, se pronuncia, que en cuanto al lugar y tiempo de la comisión de los delitos permanentes, cuya naturaleza ha menester de un periodo de consumación, “habrán de tomarse en consideración a todos los lugares y momentos en que se verifique la acción típica constitutiva”²⁶⁶

Por lo tanto, del estudio realizado sobre la conducta o hecho, señalo sin temor a equivocarme, que el delito en estudio pertenece a los delitos que tienen además de un resultado formal, un resultado material, consecuentemente tiene como elemento esencial del delito al hecho, puesto que existe una acción con un resultado material, en donde el menor, es el sujeto pasivo y el objeto material sobre quien recae la realización de la conducta descrita en el ordenamiento punitivo en estudio.

Por tales razones afirmo, que el resultado del delito en estudio, no sólo es de carácter formal, sino que se produce un resultado material, puesto que el apoderamiento y sometimiento del menor a la voluntad del sujeto activo del delito, trae como consecuencia la producción de un resultado material, es decir, un cambio en el mundo exterior, puesto que no se le permite la libertad y el derecho de convivencia que el menor tiene con cada uno de sus progenitores, bienes jurídicamente tutelados por los ordenamientos penales en estudio.

En consecuencia, tomando en cuenta que aunque ambas conductas tienen una amplia relación, lo cual implica que en la sustracción trae aparejada en una prelación lógica la retención, se debe reconocer como lo he expresado en su oportunidad, que la retención, sí puede darse de manera autónoma,

²⁶⁵ Idem. pág.: 271-272.

²⁶⁶ Idem. pág.: 273.

razones por las cuales llego a la afirmación, que en lo referente a la sustracción, conducta que trae como consecuencia necesaria la retención, únicamente puede tener cabida mediante una conducta realizada en forma de acción (naturalmente, con resultado material); por lo que toca a la retención, como conducta realizada de manera independientemente de la sustracción, considero que es realizada en forma de acción (verbigracia: el menor acude o es llevado por su otro progenitor en forma voluntaria a visitar a su otro progenitor, quien con posterioridad cierra la puerta sin permitirle salir al menor, situación en la que evidentemente no ha existido la sustracción), sin embargo, pudiera existir aunque remotamente, la posibilidad de la realización de la conducta, mediante la comisión por omisión (en el ejemplo en cita, el progenitor visitado, hace caso omiso al llamado de la puerta al término de la visita, a sabiendas que el otro progenitor acude por el menor para su guarda).

Por otra parte es de destacar que en cuanto al tiempo y lugar de la comisión del delito, primeramente se debe partir que se trata de un delito permanente de acuerdo a la clasificación del delito en cuanto a su duración, por lo que la consumación del hecho se realiza en la prolongación del tiempo, tiene un período de consumación, como lo expresa el maestro Francisco Pavón, y efectivamente habrán de tomarse en consideración a todos los lugares y momentos en que se verifique la acción típica constitutiva para la integración del delito.

5.1.2. Ausencia de conducta o hecho. Falta de acción

Con el propósito de dar mayor claridad al estudio realizado de cada uno de los elementos del delito, considero importante ir abordando paulatinamente su aspecto negativo, de tal manera que se pueda tener un mayor entendimiento de la integración del delito.

Así el fundamento legal del aspecto negativo del delito conducta o hecho, se ubica en el Código Penal Federal, en el artículo 15, de las causas de exclusión del delito, concretamente en la fracción I, y por lo que respecta al Código Penal para el Distrito Federal, se encuentra previsto en el artículo 29 en su fracción I, el cual considero se encuentra contenido en una mejor redacción que en el primer Código represivo citado.

El aspecto negativo de la conducta o hecho como elementos del delito, sería su ausencia, y por lo tanto sin la existencia de una conducta o un hecho, no se integrará el delito.

El maestro Fernando Castellanos, comienza por afirmar que con la ausencia de alguno de los elementos esenciales del delito, hará imposible su existencia, más aún, la ausencia de conducta la considera como un aspecto impeditivo para la conformación de la figura delictiva, ya que es la base indispensable del delito al ser el soporte naturalístico del ilícito penal.²⁶⁷

En ese sentido el maestro Pavón Vasconcelos enuncia dentro de los elementos necesarios para determinar la ausencia de conducta o hecho:

La ausencia del hecho y por ello del delito, surge al faltar cualquiera de sus elementos que lo componen, a saber: a) ausencia de conducta; b) inexistencia del resultado, y c) falta de relación causal entre la acción u omisión, integrantes de la conducta, y el resultado material considerado.²⁶⁸

En lo tocante al primer inciso, ausencia de conducta, retomando lo expuesto en líneas anteriores en su parte relativa, la conducta se encuentra integrada por dos factores uno físico y otro psíquico, de modo que no todo movimiento humano o actividad es necesariamente una conducta, como lo establece el maestro Francisco Pavón, pues es *requisito sine qua non*, que esa actividad o inactividad humana vaya acompañada del elemento volitivo, el elemento psíquico indispensable para la integración de la conducta, lo cual

²⁶⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 162.

²⁶⁸ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 275.

demuestra que el movimiento corporal sin voluntad, no puede ser considerado como conducta, desde el punto de vista del Derecho, pues ese movimiento corporal estaría carente del coeficiente necesario para atribuir la conducta realizada al sujeto, es decir que la acción o la omisión involuntaria implicaría la ausencia de conducta y por consiguiente la imposibilidad de la integración del delito.²⁶⁹

Con todo, el factor físico no es menos importante, esto es, ambos factores se complementan como elementos integrantes de la conducta, en cuanto al elemento físico, se puede decir que sin su presencia, tampoco se integrará la conducta, pues la existencia exclusiva del elemento volitivo sin su exteriorización, o sin ejecución, será una mera intención del sujeto, la cual quedará solamente en la mente del agente, circunstancia que naturalmente queda fuera del alcance de la Ley. El complemento de estos dos elementos, sucede de la siguiente forma: la voluntad de realizar la conducta ya sea de acción o de omisión, es lo que hace que sea la conducta atribuible al sujeto que la realice como “suya”.

Por otra parte, debe aclararse que la ausencia de la conducta (tanto en *stricto sensu* como en *lato sensu*) impide la integración de este elemento esencial del delito, y por lo tanto del delito mismo, pues aún tratándose del hecho como elemento esencial del delito, la ausencia de la conducta (en *stricto sensu*), impedirá la integración del hecho, pues en una prelación lógica es el antecedente causal del resultado material exigido para la conformación del hecho, el cual se encuentra unido a la primera a través del nexo causal, de modo que la ausencia del factor físico y/o volitivo del sujeto se impedirá la existencia de la conducta o hecho.

La *vis absoluta* o fuerza absoluta, es una causa de ausencia de conducta o hecho, y se refiere a la fuerza humana exterior e irresistible que controla la voluntad del sujeto que en apariencia realiza la conducta delictiva²⁷⁰. Esto es así, pues sin duda en este supuesto hay ausencia del elemento volitivo

²⁶⁹ Cfr. Idem. pág.: 276.

²⁷⁰ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 57

de sujeto que realiza el movimiento corporal, pues en ese sentido el sujeto que realiza dicho movimiento se convierte en el instrumento de una voluntad ajena quien lo maneja a través de una fuerza física a la que aquel no ha podido oponerse.

De manera que para Fernando Castellanos la *vis absoluta*, la refiere como la aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, carente de voluntad por parte de sujeto que la realiza, puntualizando que esa fuerza debe ser material, de hecho, (no psicológico), realizando una semejanza con el siguiente ejemplo gráfico: quien comete la conducta en la situación descrita, no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera.²⁷¹

Se advierte la ausencia de la conducta como consecuencia de la ausencia del factor volitivo del sujeto, incluso existiendo el resultado y el nexo de causalidad, en el caso del hecho, pues aunque los demás elementos del hecho existan desde un punto de vista naturalístico, en el proceso material de la causalidad, la falta de voluntad, consecuencia de la fuerza física exterior e irresistible que interviene en el sujeto que realiza el movimiento corporal o inactividad, es manifiesto, por lo que sin duda no se integra la conducta, en consecuencia tampoco podrá existir el delito.

El segundo supuesto es la *vis maior* o fuerza mayor, que se refiere a la fuerza proveniente de la naturaleza, a diferencia de la fuerza absoluta que proviene del ser humano, la cual ineludiblemente provoca el movimiento corporal realizado por el agente, de manera que sin duda en este supuesto hay una ausencia de voluntad por parte del sujeto que realiza la actividad física y en consecuencia una ausencia de conducta.

Así pues, realizando una comparación entre la fuerza mayor con la fuerza absoluta, el profesor Francisco Pavón dice que en ambos casos la realización del movimiento corporal integrante de la conducta hay ausencia de

²⁷¹ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 163.

voluntad, siendo ambas fuerzas exteriores e irresistibles, diferenciándose en el tipo de fuerza productora del movimiento corporal, ya que la fuerza mayor tiene su origen en la naturaleza o en seres irracionales integrantes de la misma, mientras que en la absoluta se refiere a la proveniente exclusivamente del hombre.²⁷²

Es importante recordar que el movimiento corporal que puede originar tanto la *vis absoluta* así como la *vis maior*, puede manifestarse tanto en sentido positivo como en un negativo, es decir, en acción u omisión. En ambas hay ausencia del elemento volitivo de la conducta, y por lo tanto la ausencia de ésta, en donde necesariamente la fuerza que actúa sobre el agente, en ambos casos debe ser superior e irresistible, diferenciándose entre éstas dos vertientes, causales de ausencia de conducta, en que la primera, la fuerza proviene del ser humano, mientras que en la segunda de la naturaleza o por energía no humana.

Por otra parte, se indican a los movimientos reflejos, sueño, sonambulismo y el hipnotismo, como causas generadoras de ausencia de conducta o hecho, situaciones en las cuales deben reunirse las siguientes características:

Respecto los movimientos reflejos, Castellanos Tena indica que son factores eliminatorios de la conducta, pues en este supuesto hay ausencia del elemento volitivo, aunque no todos los movimientos corporales reflejos son excluyentes de la conducta o hecho, pues el prestigiado maestro aclara, que si estos movimientos pueden ser controlados o retardados, entonces ya no funcionarán como factores negativos del delito.²⁷³

Por su parte Francisco Pavón lo concibe de la siguiente manera: los movimientos reflejos son los movimientos corporales a causa de la excitación de los nervios motores, producto de un estímulo fisiológico corporal, en el cual no debe existir intervención de la conciencia, por lo que en esta situación se da

²⁷² PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 281.

²⁷³ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 164.

vida al movimiento corporal, no así a la voluntad elemento necesario para integrar la conducta.²⁷⁴

Se advierte que en este supuesto al igual que los dos anteriores, debe existir como condición *sine qua non*, una ausencia de voluntad, la ausencia del elemento volitivo del sujeto, pues dichos movimientos corporales deben quedar fuera del alcance del sujeto, pues si estos movimientos son controlados por el agente, por supuesto que se estará hablando de la integración de la conducta o hecho.

Por otra parte el sueño, ha sido considerado como una forma de ausencia de la conducta o del hecho, Pavón Vasconcelos al abordar el tema, comienza a definir al sueño como el estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y mente, sin embargo, durante el sueño pueden originarse movimientos corporales involuntarios con resultados dañosos, los cuales no podrán ser delictuosos, graficándolo de la siguiente manera:

sí una mujer del citado sueño, al moverse en su lecho sofoca y mata con sus cuerpo a su hijo recién nacido, colocado y por el padre sin conocimiento de aquella, habrá realizado un movimiento corporal y por ello expresado físicamente una actividad, una hacer, más faltará el coeficiente psíquico necesario (voluntad) para que tal actuación sea relevante en el campo del Derecho.²⁷⁵

De igual forma que en los supuestos anteriores la ausencia de voluntad del sujeto se encuentra presente, ya que el movimiento corporal debe encontrarse fuera del control del agente, por lo que no debe ser previsible por el agente, así se estará en presencia de la ausencia de conducta y consecuentemente del delito.

Otro caso es el del sonambulismo, o estado sonambúlico, distinguiéndose del sueño, en que el sujeto deambula dormido, siendo estos movimientos corporales inconscientes e involuntarios, pues en caso de que el

²⁷⁴ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 285.

²⁷⁵ Idem. pág.: 281.

sujeto prevea la realización de la conducta a causa de conocer su estado, entonces si podrá imputarse el resultado, existirá la responsabilidad del sujeto, encontrando aplicabilidad la culpa como elemento esencial del delito.²⁷⁶

Finalmente, se considera también al hipnotismo como causa de ausencia de conducta o hecho, Pavón Vasconcelos al estudiar el hipnotismo, parte de su origen en el sistema nervioso por una causa artificial, que puede manifestarse desde un estado de somnolencia, hasta la supresión artificial de la conciencia o cuando menos su disminución a través de la sugestión que manipula los movimientos corporales, que surge de la relación psicológica entre el paciente (hipnotizado) y el hipnotizador, en donde los movimientos corporales realizados por el hipnotizado son realizados sin conciencia alguna, ya que es utilizado como mero instrumento del hipnotizador, a través de la sugestión hipnótica.²⁷⁷

Sobre el particular, hay una diversidad de teorías que debaten hasta qué grado puede ser considerado el hipnotismo como causa de ausencia del elemento objetivo en estudio, sin embargo, coinciden en que éste grado de inconsciencia, es causado en forma artificial, o sea, por otro ser humano. Aunque para que sea considerado dentro de los supuestos de ausencia del elemento volitivo y consecuentemente de la conducta como elemento integrante del delito, el sujeto efectivamente no debe tener control o dominio del elemento volitivo de la conducta, la cual se encuentra dirigida por quien ejerce el hipnotismo, de tal suerte, que efectivamente el sujeto hipnotizado se convierta en un mero instrumento del hipnotizador, además, el estado no debe ser previsible o provocado, por parte del sujeto hipnotizado.

Como se puede observar, en todos los supuestos de ausencia de conducta o hecho, encuentra como elemento toral la ausencia de voluntad, la falta del elemento volitivo del sujeto, y en consecuencia la falta de integración de la conducta o hecho y por lo tanto del delito mismo, no resulta óbice remarcar, que tal estado de inconsciencia o ausencia de voluntad, debe ser

²⁷⁶ Cfr. Idem. págs.: 282-283.

²⁷⁷ Cfr. Idem. pág.: 284.

insuperable y no debe ser previsible o procurado, además que la manifestación de la conducta puede ser tanto omisiva como de acción.

En el caso del delito en estudio, puede existir la ausencia de conducta o hecho, cuando exista en el progenitor como sujeto activo del delito, ausencia del elemento volitivo a realizar la conducta, verbigracia, que por causa de un terremoto se haya producido una enorme grieta enfrente de la casa del progenitor visitado, lo que lo imposibilita trasladar al menor con su otro progenitor.

5.2.1. Tipicidad

Partiendo del estudio realizado de la conducta o hecho, como elemento objetivo del delito, se advirtió la existencia necesaria de un deber exigido o esperado, de tal forma que la realización y las consecuencias de la conducta sean relevantes para el Derecho. En ese orden de ideas, el deber exigido o esperado se encuentra contenido en las normas, preceptivas y prohibitivas, lo que lleva a abordar el estudio de la tipicidad, elemento objetivo del delito, sin el cual no podría integrarse.

Antes de entrar al estudio de la tipicidad, resulta necesario hacer algunas precisiones, principalmente en establecer la diferencia entre tipo y tipicidad, pues ambos términos aunque tienen una estrecha relación no son sinónimos.

El tipo penal, explica la maestra Amuchategui, “es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de una figura delictiva”.²⁷⁸

²⁷⁸ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 61.

El tipo penal o legal, es la descripción de una conducta a la que en ocasiones se suma un resultado, y se encuentra plasmada en la ley, es la descripción típica de la conducta o hecho.

La importancia del tipo penal, radica desde su creación, pues precisamente el legislador, al observar la realización de conductas o hechos que afectan el correcto desarrollo de la sociedad, se ve en la necesidad de proteger los bienes jurídicos y materiales que sufren daño o peligro mediante la realización de las conductas referidas, las cuales al ser tipificadas en las normatividades penales o especiales, constituyen los tipos delictivos, siendo esta la única forma de considerar la realización de la conducta o hecho como delitos, pues en caso contrario, independientemente del daño o menoscabo que cause su realización, no serán delitos.

Por otra parte, al igual que la clasificación de los delitos comprendido en líneas anteriores, existe la clasificación y elementos del tipo, por lo que cada tipo penal será *sui generis*, frente a los demás tipos delictivos. Elementos que son de suma importancia, ya que cada uno de ellos es imprescindible para la exacta adecuación de la conducta o hecho a la descrita en el tipo penal. Siendo elementos constitutivos del tipo los elementos objetivos los elementos normativos y subjetivos, sobre el particular, el maestro Pavón Vasconcelos señala:

I. Elementos objetivos. Por tales debemos entender aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple reconocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal.²⁷⁹

Esto es, por elementos objetivos del tipo se entiende como aquellos elementos integrantes en la descripción de la conducta o hecho, ya sea desde el verbo núcleo del tipo o algún sustantivo como son los elementos materiales del delito, todos ellos deben ser trascendentes para el Derecho, los cuales se encuentran estrechamente conectadas con la realización de la conducta o

²⁷⁹ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 299.

hecho, elementos que tiene una característica en común, que los diferencian de los elementos subjetivos y normativos: no quedan sujetos a valoración o interpretación, pueden ser apreciados del simple reconocimiento, sin necesidad de valoración especial alguna.

Tomando en cuenta a la composición de los tipos penales, es decir observando sus elementos integrantes objetivos, subjetivos o normativos - explica Amuchategui-, surge la siguiente clasificación:

NORMAL. La descripción legal sólo contiene elementos objetivos.²⁸⁰

ANORMAL. Se integra de elementos objetivos, subjetivos o normativos.²⁸¹

En efecto los tipos delictivos anormales, además de los elementos objetivos ya analizados, requieren la existencia de elementos subjetivos y normativos los que sin duda requieren de un juicio valorativo por parte del los órganos de autoridad encargados de los procedimientos penales.

En otras palabras, los tipos normales, se encuentran integrados únicamente por elementos objetivos, en donde la descripción delictiva se encuentra contenida por palabras cuyo significado es apreciable por los sentidos, sin necesidad de interpretación alguna, mientras que en los tipos anormales, además de los elementos objetivos, encuentran contenido los elementos subjetivos y normativos, los primeros se encuentran en la mente del sujeto en cuanto su intención, mientras que los segundos requieren una valoración ya sea cultural o jurídica para poder determinar la existencia o no de la conducta típica.

Así, para Pavón Vasconcelos, los elementos normativos, requieren en efecto una valoración especial de los elementos integrantes del tipo por parte del aplicador de la ley, valoración que resulta indispensable para poder

²⁸⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 68.

²⁸¹ Ibidem.

desentrañar el verdadero sentido legislativo, siendo esta interpretación cultural o jurídica:

II Elementos normativos. Al decir de Mezger son presupuestos del “injusto típico” que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. Para nosotros forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido *iuris* del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico.²⁸²

Sin duda alguna el tipo en estudio, también contiene elementos normativos, pues precisamente la sustracción y/o retención, debe realizarse sin causa legítima, lo cual implica naturalmente una valoración respecto a sí es legítima o no la mencionada sustracción y/o retención, por otra parte el término cronológico para determinar la minoría de edad, es un factor aún indeterminado como se verá posteriormente.

III. Elementos subjetivos. Los tipos contienen muy diferentes elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita.²⁸³

La valoración de estos elementos integrantes del tipo, dependerá de cada tipo en estudio, el elemento subjetivo del delito, es el elemento que contribuirá a determinar lo lícito y lo ilícito la cual puede ir en dirección hacia el propósito del agente productor de la conducta, es decir se refiere a la intensión del agente al producir su conducta.

El elemento subjetivo del delito, en lo tocante al delito en estudio, encuentra contenido en el actuar del sujeto activo del delito, consistente en impedir la relación filial, la relación familiar, a que tiene derecho tanto el menor así como su otro progenitor.

²⁸² PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 302.

²⁸³ Idem. pág.: 303.

Como es de apreciarse, el estudio de los elementos integrantes del tipo, es un elemento imprescindible para poder determinar si existe tipicidad o no, esto es, si hay adecuación de la conducta o hecho, a lo descrito en el tipo delictivo, pues efectivamente, se debe partir del estudio de los elementos del tipo los que posteriormente dé una confronta con la conducta o hecho realizado, dará como consecuencia la existencia o no de la tipicidad.

En efecto, son dos cosas distintas el tipo de la tipicidad, el primero es la creación legislativa la cual puede estar integrada por los elementos estudiados, mientras que la tipicidad ya es la adecuación de la conducta o hecho realizado a la descripción legal o tipo.

Se advierte que para el estudio efectivo de la tipicidad, se requiere necesariamente el estudio del tipo, el cual además de los elementos integrantes ya estudiados, encuentra clasificaciones, las cuales se justifican, para facilitar la identificación de sus rasgos característicos.

Así por su ordenación metódica del tipo puede ser básico o fundamental, especial, y complementado:

El maestro Castellanos Tena refiere:

- a) *Fundamentales o básicos.* Basándose en las ideas de Mariano Jiménez Huerta, explica que los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código, el tipo tiene plena independencia.²⁸⁴

Efectivamente, son estos tipos los que por su independencia servirán a otros de esencia o fundamento, tipos penales que deberán tutelar el mismo bien jurídico tutelado que el básico.

²⁸⁴ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 171.

- b) *Especiales*. “Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, dice Jiménez de Asúa, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir a los hechos bajo el tipo especial”²⁸⁵

De modo que los tipos especiales, parten de los tipos fundamentales o básicos, ya que tienen nuevas características, por lo que adquiere vida propia, pues aun cuando parte del tipo básico, no se encuentra subordinado, y efectivamente pueden ser en relación al básico calificados o agravados y atenuados o privilegiados.

- c) *Complementados*. “Estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación, alevosía, etc.). Según Jiménez Huerta, se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad. Los especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad.”²⁸⁶

En lo tocante a estos tipos legales, desde luego integrados con el tipo básico o fundamental, carece de vida propia o independiente, pues queda subordinado al básico, ya que únicamente viene a sumar nuevos elementos en función al fundamental.

Sobre el particular, se puede señalar que el tipo penal en estudio pertenece a los tipos especiales, pues deriva del delito básico de privación de la libertad, pero que reúne características y requisitos propios para su existencia conformando un nuevo tipo delictivo con vida propia,

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ Ibidem.

constituyéndose de esta manera en un tipo penal especial. En el mismo supuesto se estaría, en el caso de los preceptos contenidos en Códigos represivos que consideran a los tipos en estudio pertenecientes a los que tutelan las relaciones familiares, como bien jurídico tutelado, pues con el delito en estudio, se busca proteger las relaciones familiares entre el menor con sus progenitores. Considero, como ya se ha expresado oportunamente, que el delito en estudio, preserva en su contenido a los dos bienes jurídicos tutelados.

Otra clasificación de los tipos penales, es en función a su autonomía, se dividen en autónomos o dependientes, siguiendo esta clasificación, el maestro Fernando Castellanos refiere que los tipos legales son:

- d) *Autónomos o independientes.* Son los que tienen vida propia, sin depender de otro (robo simple).²⁸⁷

Sin duda serán autónomos los tipos penales que tengan vida por sí mismos, no requieren la existencia de tipo penal alguno para tener vida propia.

- e) *Subordinados.* Dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan sino se subordinan (homicidio en riña).²⁸⁸

Los tipos penales dependientes o subordinados, dependen para su existencia, la existencia de otro tipo penal, es decir, estos tipos penales adquieren vida en función al básico al cual no sólo complementan, sino también quedan subordinados.

En este caso, se está en presencia de un delito autónomo o independiente, puesto que no necesita de la presencia de tipo penal alguno para su existencia.

²⁸⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 172.

²⁸⁸ Ibidem.

Por su formulación, se refiere a la forma de descripción del tipo, el cual puede ser casuístico o amplio:

- f) *Casuístico*. El tipo plantea diversas hipótesis o posibilidades para integrarse el delito, el cual puede ser:
Alternativo cuando basta que ocurra una de las alternativas que plantea la norma; por ejemplo, el despojo.
Acumulativo para la integración del delito se requiere que concurren todas las hipótesis planteadas; por ejemplo, estupro.
- g) *Amplio*. El tipo no precisa un medio específico de comisión, por lo que puede serlo cualquiera, por ejemplo, homicidio.²⁸⁹

De modo que los tipos casuísticos, además de la definición de la conducta o hecho, en el tipo delictivo se incluyen detalles en la forma de su realización, dicho de otra forma, en estos tipos el legislador describe varias formas de ejecutar la conducta delictiva, de ahí que surja a su vez una nueva clasificación de los tipos casuísticos en alternativos y acumulativos, los primeros de todas las formas previstas en el tipo para la conformación del ilícito, basta la realización de una de ellas para la adecuación al tipo, a diferencia de los acumulativos, en donde deben cumplirse con todas y cada una de las formas previstas en el tipo para arribar a la tipicidad de la conducta.

En lo tocante a los delitos de formulación libre o amplia, los tipos describen en forma genérica, la conducta o hechos delictivos, de tal manera que en su amplia fórmula pueden comprender cualquier actividad que produzca determinado resultado, se describe una hipótesis única en donde caben indeterminadas formas de ejecución.

En el caso del delito en estudio, pertenece a los de tipos delictivos de formulación amplia, ya que la descripción típica, hace referencia a la realización de la conducta ya sea sustracción y/o retención, sin que se especifique la forma de la realización de la conducta.

²⁸⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 68.

En cuanto a la clasificación de los tipos en función al daño que producen se dividen en los tipos de daño y peligro, el maestro Fernando Castellanos señala:

- h) *De daño y de peligro.* Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se califica como de daño (homicidio, fraude); de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (omisión de auxilio).²⁹⁰

En el tipo de daño hay afectación a los bienes, mientras que en los de peligro únicamente hay una amenaza.

Sobre el particular, se puede señalar que se trata de delitos de daño, en cuanto al menoscabo que resiente el menor en cuanto a la afectación que resiente en la esfera de sus bienes jurídicos tutelados, además de su desarrollo psicológico, así como de peligro, ante la posibilidad de que éste pueda ser dañado físicamente por sus o alguno de sus progenitores, como ya ha quedado sustentado al realizar el estudio del Capítulo que precede.

Antes de concluir con el desarrollo de este tema, considero de suma importancia tomar en cuenta el comentario realizado por la maestra Amuchategui Requena, quien explica de manera práctica el funcionamiento del sistema jurídico penal:

La ley penal y diversas leyes especiales contemplan abstractamente la descripción de los tipos, y éstos cobran “vida real” cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos, agotando todos los medios previstos en la norma.²⁹¹

En efecto, se puede considerar a los tipos penales, como algo estático, los cuales adquieren vida en el momento en que una determinada persona,

²⁹⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, págs.: 172-173.

²⁹¹ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 61.

realiza la conducta o hecho típico descrito en el tipo, y precisamente esta adecuación de la conducta o hecho es lo que da origen a la tipicidad, elemento esencial del delito.

Empero, aunque el tipo penal y la tipicidad, son conceptos que se encuentran estrechamente vinculados, cada uno tiene características y funciones propias, el tipo penal establece la hipótesis normativa, en una forma general y abstracta, mientras que la tipicidad es la adecuación de la conducta o hecho realizada por el sujeto activo a la hipótesis normativa, siendo en consecuencia el tipo, antecedente necesario o presupuesto del delito, mientras que la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos.

En ese sentido, para la existencia de la tipicidad como elemento esencial del delito, el encuadramiento de la conducta o hecho a la hipótesis normativa deberá ser exactamente a lo previsto en el tipo penal.

Sin duda la tipicidad, es uno de los elementos esenciales y pilares, no sólo del Derecho Penal sino inclusive para nuestro sistema jurídico, pues desde luego que este elemento esencial del delito, limita los actos de autoridad en la afectación de la esfera jurídica de los gobernados, teniendo base y naturaleza constitucional, en el artículo 14 de nuestro Máximo Ordenamiento, como manifiesta el maestro Castellanos Tena:

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”, lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.²⁹²

La maestra Amuchategui, por su parte indica que la tipicidad constituye ciertamente una garantía de legalidad, más aún, de la tipicidad surgen los siguientes “principios:

²⁹² CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 167.

- a) *Nullum crimen sine lege*. No hay delito sin ley.
- b) *Nullum crimen sine tipo*. No hay delito sin tipo.
- c) *Nulla poena sine tipo*. No hay pena sin tipo.
- d) *Nulla poena sine crimen*. No hay pena sin delito.
- e) *Nulla poena sine lege*. No hay penas sin ley.²⁹³

Cabe señalar que no únicamente la conducta deberá versar sobre la hipótesis legislativa, de igual forma deberá acontecer con los demás elementos del delito, como es el caso de la antijuridicidad y la culpabilidad.²⁹⁴

En otros términos, la antijuridicidad, en una prelación lógica, antecede a la formulación del tipo delictivo, pues recordando que el tipo penal creado por el legislador, surge en virtud de una conducta que éste considera que daña, menoscaba o pone en peligro, bienes jurídicos tutelados que el propio legislador considera deben ser objeto de protección por los ordenamientos penales, y en consecuencia crea al tipo penal, antecedente necesario para el surgimiento de una tipicidad.

Finalmente, en cuanto a las características exigidas por el tipo en estudio, realizo las siguientes precisiones.

En cuanto al sujeto activo, se parte de lo señalado por el maestro Pavón Vasconcelos:

- a) Calidades referidas al sujeto activo. A veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo a la cual queda subordinada, por así decirlo, la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo. Ello excluye la posibilidad de ejecución de la conducta (acción u omisión) por cualquier sujeto y por tal razón se les ha denominado delitos propios, particulares o exclusivos, para diferenciarlos de los delitos de sujeto común o indiferente.²⁹⁵

²⁹³ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 62.

²⁹⁴ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.:295.

²⁹⁵ Idem. Pág.: 300.

Como es el caso de los tipos en estudio, quienes refieren como sujeto activo, a un ascendiente del menor, ya sea en los distintos grados que cada tipo en particular refiera, por lo que sin lugar a dudas éstos tipos delictivos, pertenecen a este grupo denominado como propios, particulares o exclusivos, pues de no reunir las características descritas en los tipos penales, referentes al sujeto activo, se estará probablemente en presencia de tipo penal diverso, pero no del tipo en estudio.

b) Calidades referidas al sujeto pasivo. En otras ocasiones la ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo, operándose el fenómeno de la ausencia del elemento típico cuando el sujeto no la reúne y por ende la impunidad de la conducta o del hecho en el especial ámbito del tipo concreto.²⁹⁶

De la misma forma, que la modalidad anterior, el tipo delictivo en estudio, exige características especiales del sujeto pasivo, el cual señala que sea menor de edad, así como en algunos casos que se trate de algún incapaz, pese a que la temporalidad que abarca la minoría de edad, es variable de acuerdo a cada tipo penal en estudio, como ya se ha abordado en líneas anteriores. Por lo que al igual que en el inciso anterior, en caso de que la conducta delictiva recayera sobre sujeto distinto a un menor de edad, se estaría en presencia de delito diverso.

c) Referencias temporales y espaciales. La punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia de inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión.²⁹⁷

Este inciso tiene aplicabilidad, en lo referente a la sustracción, en relación al ámbito espacial que se refiere, pues precisamente la sustracción del menor, será del núcleo familiar, es decir, del lugar donde se encuentre el asiento del mencionado núcleo, o que el menor quede fuera de vínculo de control de quien ejerza legalmente la patria potestad.

²⁹⁶ Idem. pág.: 301.

²⁹⁷ Ibidem.

d) Referencias a los medios de comisión. Aun cuando por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena.²⁹⁸

Para el tipo delictivo en estudio el medio comisivo resulta indiferente, pues basta que se realice la sustracción y/o retención del menor, para integrar los elementos del tipo.

e) Referencias al objeto material. Hecha la distinción entre objeto jurídico y el material debe pensarse que en este inciso se hace referencia al segundo, sobre el cual recae la conducta, es decir, al objeto material o corporal de la acción.²⁹⁹

Debe recordarse que el delito en estudio, tiene como sujeto pasivo, al menor, sobre el cual recae directamente del daño o afectación a su libertad, así como su libre desarrollo familiar, siendo por tanto, también el objeto material del delito y por lo que debe reunir el sujeto pasivo las características señaladas con antelación.

En una exégesis de los elementos objetivos del tipo delictivo, puedo decir, que en cuanto al verbo como realización de la conducta, se refiere a la sustracción y/o retención del menor, teniendo como modalidades, el sujeto activo reúna las características de parentesco que el mismo tipo determina, así como que el sujeto pasivo se encuentre dentro de la minoría de edad o incapaz, también determinado por el tipo, siendo a su vez características esenciales del objeto material del tipo.

En consecuencia, los tipos en estudio pertenecen naturalmente a la clasificación de los delitos anormales, pues además de los elementos objetivos referidos, incluye dentro de su cuerpo normativo los elementos subjetivos abordados.

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ Ibidem.

5.2.2. Atipicidad y ausencia de tipo

El aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad, concepto que no debe confundirse con la ausencia de tipo, para la comprensión del tema es indispensable partir de la relación existente entre el tipo y la tipicidad, en donde se debe recordar, que el tipo define en forma general y abstracta un comportamiento humano, mientras que la tipicidad es la adecuación de la conducta o hecho a la hipótesis legislativa.

Por éstas razones, el maestro Fernando Castellanos señala:

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos.³⁰⁰

En otras palabras, la conducta realizada, no plasmada por el legislador en los Códigos represivos, no son delictivas, aun cuando puedan ser perjudiciales al correcto desarrollo de la sociedad, pues por sí solas no reúnen las características de tipo penal, cuestión distinta acontece en la atipicidad:

En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.³⁰¹

Sobre éste aspecto, la maestra Amuchategui Requena señala:

La atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo penal, lo cual da lugar a la no existencia del delito.³⁰²

³⁰⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 174.

³⁰¹ Idem. pág.: 174-175.

³⁰² AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. *Derecho Penal*. Op, cit, pág.: 69.

La ausencia del tipo es la carencia del mismo. Significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada.³⁰³

Consecuentemente, la no adecuación de la conducta a la descripción del tipo, provocaría la falta de tipicidad y por ende la falta del elemento esencial del delito, razón por la cual no podría existir; en este orden de ideas, si se toma en cuenta que tipo es el antecedente necesario para la configuración de la tipicidad, se llegará a la conclusión, en que a falta de tipo legislativo, la conducta realizada esta legalmente permitida, teniendo aplicabilidad el principio que reza: “para el gobernado, lo no prohibido de está permitido”. Razones por las cuales Castellanos Tena expresa:

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.³⁰⁴

Sobre este aspecto Pavón Vasconcelos considera que la atipicidad o ausencia de tipicidad, implica necesariamente la ausencia de un elemento esencial del delito, sin embargo, difiere del maestro Castellanos al señalar que si hay diferencia entre ausencia de tipo y ausencia de tipicidad, en el primer caso, hay una ausencia total de previsión de la ley de la conducta o hecho realizado, mientras que en el segundo la conducta o hecho realizado sí ha sido previsto pero no encuentra una perfecta adecuación por estar ausente alguno de los elementos constitutivos del tipo.³⁰⁵

Así, la atipicidad es uno de los elementos negativos del delito, en donde su presencia provocará que esa conducta o hecho jamás pueda considerarse delictuosa, dentro de las causas en que podrá surgir la atipicidad el maestro Castellanos Tena indica: la ausencia de la calidad y cantidad de los sujetos tanto pasivos como activos; falta de objeto material o jurídico; falta de referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo; que la realización de la conducta o hecho sea halla realizado por diversos medios comisivos a los

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 175.

³⁰⁵ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 313.

exigidos por el tipo; falta de los elementos subjetivos exigidos por el tipo; y finalmente, en su caso, a falta de la antijuridicidad especial.³⁰⁶

En consecuencia, cuando se habla de atipicidad, se hace referencia a la falta de adecuación de la conducta o hecho a la hipótesis legislativa, por faltar la integración de alguno o de algunos de los elementos integrantes del tipo, ya estudiados en el apartado anterior, supuesto en el cual se estará ante la falta de un elemento esencial del delito, y en consecuencia ante la imposibilidad de la configuración de éste.

En cuanto a la ausencia del tipo, está encaminado a la falta de un presupuesto del delito, y no a la falta de un elemento esencial de éste, como es el caso de la atipicidad. En este supuesto, afirmo que la conducta realizada es legalmente permisible. De modo que en el caso del delito en estudio, no hay ausencia del tipo, y la falta de los elementos integrantes del tipo, provocaría la atipicidad y con ello la imposibilidad de la integración del delito, o en su caso la integración de un delito diverso, debido a la falta de integración del elemento esencial en estudio.

5.3.1. Antijuridicidad

La antijuridicidad, es un elemento imprescindible para hablar de la conformación del delito y significa lo contrario a Derecho. Así se ha pronunciado el maestro Castellanos Tena al señalar: “Definición. Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un *anti*, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho.”³⁰⁷

Ahora bien, la antijuridicidad, en la doctrina mexicana, ha sido clasificada en dos grupos, entendida en un sentido estricto y en un sentido amplio.

³⁰⁶ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 174-175.

³⁰⁷ Idem. pág.: 177.

El maestro Francisco Pavón entiende a la antijuridicidad, en sentido *lato*, como a las conductas o hechos, que transgreden al Derecho como institución. “Se ha afirmado de antiguo que la antijuridicidad es un concepto negativo, desaprobador del hecho humano frente al Derecho.”³⁰⁸

Por otra parte, en cuanto la antijuridicidad en *stricto sensu*, considero que se refiere a la contradicción de las normas del Derecho, pues recordando, el Derecho como institución no está comprendido exclusivamente por normas legislativas:

La ley no crea lo antijurídico sino simplemente lo delimita y no en forma exhaustiva, de donde se hace necesario precisar la esencia de aquello que hace surgir la oposición del hecho con el Derecho.³⁰⁹

Estas dos vertientes de clasificación de la antijuridicidad surgida en la doctrina, también se le ha denominado como material y formal, la primera sería en sentido amplio mientras que la segunda la comprende el sentido estricto.

Así, la maestra Amuchategui afirma que la antijuridicidad material, es propiamente lo contrario a derecho, se realiza una afectación genérica hacia la colectividad; mientras que en la formal es la violación concreta a una norma emanada del Estado³¹⁰

La división de la antijuridicidad ha provocado diversas posturas y conflictos entre la doctrina mexicana, predominando dos grupos los que niegan la división de la antijuridicidad y los que afirman su existencia.

Para el maestro Pavón Vasconcelos, al ser lo antijurídico un juicio valorativo de naturaleza objetiva, en donde la conducta o hecho típico transgreden lo establecido por el Derecho ya que se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado, rechaza la tendencia dualista de la

³⁰⁸ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 318.

³⁰⁹ Idem. pág.: 330.

³¹⁰ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 74.

antijuridicidad, pues afirma que no puede existir la contrariedad formal sin que haya transgresión a la contrariedad material, dicho de otra forma, al transgredirse las disposiciones legales penales, se transgreden de igual forma las normas de cultura y el Derecho vigentes para el Estado, consecuentemente, la antijuridicidad formal se encuentra contenida en la antijuridicidad material.³¹¹

Mientras que para el maestro Castellanos Tena, lo antijurídico, en principio, implica un juicio unitario, lo cual no significa dejar de percibir los dos aspectos, pues la contrariedad formal se produce con la afectación a lo establecido por el orden jurídico, sin embargo para la contrariedad material, además de esa contrariedad al orden jurídico, implica la afectación a los valores sociales sustanciales que son la razón del ser, que nutren y dan contenido al orden jurídico.³¹²

En mi opinión, coincidiendo con el criterio del maestro Castellanos, considero que ambos tipos o clases de antijuridicidad, se complementan, no se excluyen, puesto a la existencia del antijuridicidad formal, tiene como presupuesto necesario e imprescindible el presupuesto material, pues recordando a la existencia del propio Derecho, éste surge precisamente para proteger y preservar el orden social, el cual tiene su origen en las necesidades de una colectividad, las cuales van cambiando y consecuentemente las normatividades se formarán a partir de los cambios producidos en el Derecho, creándose así las normatividades penales.

En el caso del delito en estudio, se trata en principio de una antijuridicidad formal, debido a la existencia de los tipos penales en estudio, de tal suerte que al momento de llevarse a cabo la conducta y al configurarse con ello la tipicidad, se estará en presencia de una conducta antijurídica, debiendo matizar que deben estar ausentes las causas de justificación, que son precisamente el aspecto negativo del elemento del delito en estudio. Con todo,

³¹¹ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 327.

³¹² Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 180.

sin duda alguna se transgrede al surgir la antijuridicidad formal la antijuridicidad material.

La diferencia existente entre antijuridicidad en sentido *lato* y en sentido *estricto*, ha llevado a la creación de distintos términos; en el primer sentido refiriéndose exclusivamente a la antijuridicidad, como toda aquella contradicción al Derecho; mientras que en el sentido *estricto*, se denomina, del injusto, extendiéndose por ello la contradicción que se produce con la realización de la conducta o hecho, contrario a lo establecido por las normas legislativas.³¹³

De la antijuridicidad en *stricto sensu*, se desprende la normatividad penal, la cual sin lugar a dudas forma parte del Derecho, concretamente el tipo penal, quien tiene como finalidad esencial proteger al bien jurídico tutelado del daño o peligro que pueda sufrir. Con todo, la antijuridicidad no es el objeto del delito, sino más bien su característica, ya que protege a los bienes jurídicos tutelados, por considerarlos como indispensables en su protección por parte del Estado.

En efecto la antijuridicidad, es un juicio de valor, como lo explica el maestro Fernando Castellanos, ya que es puramente objetiva y en consecuencia toma en cuenta la conducta desplegada por el sujeto en su fase externa y no en su proceso psicológico causal, pues lo que se toma en cuenta para emitir el juicio de valor es la fase material de la conducta desplegada confrontada con los valores vigentes para el Estado, siendo en consecuencia una conducta antijurídica cuando se trata de una conducta típica y que no se encuentre protegida por una causa de justificación, es decir, es antijurídica una conducta cuando se vulneran los valores que protegen los tipos penales.³¹⁴

Entonces, en el estudio de la antijuridicidad, no se entrará al estudio del elemento interno de la conducta o hecho, pues esto le corresponde al campo de la culpabilidad.

³¹³ Cfr. Idem. pág.: 319.

³¹⁴ Cfr. Idem. pág.: 178.

La causa de que la antijuridicidad sea tomada por una parte de la doctrina como elemento esencial del delito, radica en que no obstante la existencia de los demás elementos integrantes del delito, sí se da la existencia de alguna causa de justificación o licitud, aun produciéndose peligro o incluso daño al bien jurídico tutelado, no habrá concurrido la antijuridicidad, y en consecuencia no estará hablando de la existencia del delito. De ahí que el maestro Porte Petit, citado por el profesor Pavón Vasconcelos afirme que para que una conducta sea considerada antijurídica deberá existir una violación a la norma penal y la ausencia de una causa de justificación.³¹⁵

5.3.2. Causas de justificación

Las causa de justificación o licitud, son precisamente el elemento negativo de la antijuridicidad, así lo expresa el profesor Castellanos Tena al explicarlas como aquellas condiciones que tienen poder para excluir la antijuridicidad de una conducta típica, en consecuencia producen la ausencia de uno de los elementos esenciales del delito, por lo que esa conducta desplegada, a pesar de su apariencia, resulta ser realizada conforme a Derecho.³¹⁶

Agrega la maestra Griselda Amuchategui, que estas causas de justificación, son las razones que el legislador consideró como indispensables para que se considerara una conducta típica como lícita, jurídica o justificativa. Por otra parte, afirma que las causas de justificación son de carácter estrictamente objetivos, es decir, externos, no se adentran al aspecto interno del sujeto que realiza la conducta, en consecuencia estas causas de justificación anulan el delito pero no la culpabilidad.³¹⁷

³¹⁵ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 318.

³¹⁶ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 183.

³¹⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 74-75.

Ahora bien, las causas de justificación son: la legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio del derecho, consentimiento del interesado, cumplimiento del deber, obediencia debida e impedimento legítimo.

La legítima defensa para Castellanos Tena es:

Legítima defensa: repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.³¹⁸

Para el profesor Pavón la legítima defensa es:

La legítima defensa es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho.³¹⁹

Se advierte de las citas anteriores, que la legítima defensa es una repulsa o rechazo de una agresión, la cual deberá ser inmediata, agresión actual e injusta, que va dirigida hacia un bien jurídico tutelado, situándolo en circunstancias de peligro real. Así el maestro Castellanos Tena entiende por agresión debe entenderse como la tendiente amenaza a lesionar los intereses jurídicamente protegidos, la cual debe ser real, no así hipotética o imaginaria; actual o inminente de lo contrario no existiría defensa legítima sino una venganza privada; sin derecho, es decir contrario a las normatividades jurídicas; el objeto de la mencionada agresión recaerá sobre bienes jurídicos propios o ajenos; el modo de repeler la agresión, deberá de ser mediante la racionalidad de los medios empleados y la no provocación dolosa causante de la agresión.³²⁰

Es de reafirmar que la legítima defensa abarca en su protección a todas clases de bienes jurídicos tutelados, los cuales pueden pertenecer al sujeto

³¹⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 191-192.

³¹⁹ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 339.

³²⁰ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 194-195.

agredido o inclusive a terceras personas, como certeramente señala la maestra Griselda Amuchategui.³²¹

Se debe destacar, que la repulsa de la agresión, no debe ser mediante una acción irracional, es decir, no debe excederse de los medios y condiciones necesarias para repeler la agresión (verbigracia, no puede operar la legítima defensa: si el sujeto A, dirige su agresión sobre el sujeto B, utilizando una resorte, el sujeto B, no puede repeler la agresión, con una metralleta):

Quien ejerce la legítima defensa, obra *con derecho* y no como un aturdido o un irresponsable, ni como un pobre hombre a quien benévolamente se pueda excusar.³²²

De esta última cita, se infiere que la legítima defensa no se refiere al perdón que pudiera otorgarle el Estado por la comisión de una conducta ilícita, sino más bien como atinadamente lo señala el maestro Castellanos, se trata de un derecho, y precisamente por ello conforma una causa de justificación o licitud, lo cual implica que en el momento mismo de iniciar la repulsa de la agresión, el sujeto agredido obra lícitamente. Debiendo señalar que precisamente para que el sujeto agredido obre con derecho, no debe haber mediado provocación dolosa por parte quien recibe la agresión.

Añade la maestra Griselda Amuchategui a la justificante la necesidad de la defensa, es decir que la repulsa realizada debe ser necesaria, al igual que proporcional, de ahí la racionalidad de los medios empleados; coincidiendo en que no debe mediar una provocación suficiente, dolosa, agregando la inmediatez también de este tipo de provocación por parte del agredido.³²³

Tomando en cuenta lo anterior, Pavón Vasconcelos puntualiza los lineamientos en los cuales no se estaría al amparo de la legítima defensa:

³²¹ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 76.

³²² CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 193.

³²³ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. *Derecho Penal*. Op, cit, pág.: 77.

La legítima defensa es inexistente:

- a) Cuando *la agresión no reúna los requisitos legales* señalados;
- b) Cuando de la *agresión no haga surgir un peligro inminente para los bienes* protegidos;
- c) Cuando el agredido *haya provocado dolosamente la agresión, dando causa inmediata y suficiente* para ella.³²⁴

La siguiente causa de justificación es el estado de necesidad, situación donde se encuentran en conflicto intereses o bienes jurídicos pertenecientes a distintos titulares ya que ambos se encuentran en una situación de peligro cierto y grave, cuya superación hace imprescindible el sacrificio del ajeno para la salvaguarda del otro.

Añade el maestro Fernando Castellanos, que en el estado de necesidad la situación de peligro debe ser actual o inmediato.³²⁵

A su vez la maestra Amuchategui Requena expresa que esa situación de peligro, no debe ser ocasionado dolosamente por el agente, además que esa situación de peligro no sea evitable por otros medios y que el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.³²⁶

En el derecho punitivo a través de la creación de los tipos penales determina los bienes jurídicos dignos de tutela, y la transgresión, menoscabo o extinción de estos, adquiere el sello de lo antijurídico, sin embargo, el estado de necesidad, surge a consecuencia de la existencia del conflicto entre los bienes jurídicos tutelados, los cuales pueden ser propios o ajenos, lo que hace necesaria la valuación de los bienes en conflicto en donde puede presentarse dos situaciones, la primera en donde el bien salvado representa mayor valor respecto al sacrificado, mientras que en el segundo el bien salvado es igual valor al lesionado.

³²⁴ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 344.

³²⁵ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 203.

³²⁶ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 80.

La importancia de dicha valuación es trascendente para determinar la operancia del estado de necesidad como causa de justificación o de inculpabilidad, la primera se presenta cuando el bien sacrificado es de menor valor al bien salvado, en el segundo caso se estará cuando el conflicto sea realizado por bienes jurídicos de igual valor, pues en caso de que el bien sacrificado sea mayor la salvaguardado no operará esta causa de justificación.³²⁷

De manera que del estudio de la valuación de los bienes, podrá determinarse cuándo opera o no esta causa de justificación, en donde el Derecho permitirá inclusive el exterminio de un bien jurídico tutelado, partiendo del interés preponderante que tiene cabida cuando se presenta un conflicto entre dos bienes jurídicos tutelados, situación en la que forzosamente debe surgir el daño o el exterminio de uno de ellos para preservar preferentemente el de mayor valía; esto es así, pues en caso de que exista solución diversa para la preservación del bien jurídico tutelado, no se estará al amparo de esta causa de justificación.

En cuando los elementos del estado de necesidad, Castellanos Tena apunta:

- a) una situación de peligro, real, actual o inminente;
- b) que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente;
- c) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno);
- d) un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y,
- e) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.³²⁸

El profesor Pavón comienza por desarrollar cada uno de sus elementos:

³²⁷ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 357-358.

³²⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 206.

- a) La existencia de un peligro real, actual o inminente. El peligro o situación de hecho que entraña amenaza de un mal, debe ser real, lo cual descarta la posibilidad de esgrimir la justificante tratándose de males imaginarios o que el sujeto haya creído posibles, además la ley exige actualidad o inminencia en el peligro, circunstancias igualmente objetivas al implicar contemporaneidad entre la necesidad y el peligro.³²⁹

Este elemento es de carácter objetivo, lo cual implica que la situación de peligro sea actual y no imaginaria.

- b) Que ese peligro recaiga en bienes jurídicos. El dispositivo de la ley exige la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno.³³⁰

Al igual que el caso de la legítima defensa, debe entenderse que se protege a cualquier tipo de bien jurídico tutelado, el que como se ha señalado puede ser propio o ajeno.

- c) Que el peligro no haya sido provocado dolosamente por el agente. Se excluirá el funcionamiento de la justificante cuando el propio sujeto ha determinado la situación de peligro mediante una acción consciente y voluntaria, es decir en forma dolosa, no así sucede, cuando el estado de necesidad se origina culposamente³³¹

Para que opere la causa de justificación es indispensable, que la situación de peligro no sea causado a título doloso, sin embargo, considero que también debería ser tomado en cuenta para el surgimiento de esta causa de justificación cuando la situación de peligro haya sido originada a título de culpa, difiriendo en este sentido con el maestro Francisco Pavón, pues considero que

³²⁹ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 358-359.

³³⁰ Cfr. Idem. pág.: 359.

³³¹ Cfr. Idem. pág.: 359-360.

en este supuesto, a pesar de que no se haya querido el resultado, sí es previsible o pudo haber sido previsible por el sujeto, además que el estudio de estos factores corresponden al campo de estudio de otro elemento del delito, la culpabilidad.

- d) Que se lesione otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado. La consecuencia lógica del conflicto o colisión de bienes se traduce en la salvación del bien en peligro a expensas del sacrificio de otro de menor o igual valor al salvado, siendo evidente que la superación del peligro sólo puede obtenerse lesionado un bien jurídico ajeno.³³²

Cabe hacer la aclaración, que para que se presente la causa de justificación, el bien transgredido debe de ser de menor que el salvaguardado, en caso de que sea igual, operaría una causa de inculpabilidad; en ambas situaciones se estará en presencia de la exclusión del delito, pero por causas diversas, la primera por la falta del elemento objetivo del delito, la antijuridicidad, y la segunda por ausencia de culpabilidad o inculpabilidad como elemento esencial del delito; y el supuesto de que se lesione el bien jurídico mayor para la salvaguarda del menor, la conducta o hecho no se encontrará amparada por causa de justificación alguna.

- e) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para superar el peligro. La exigencia legal hace inevitable el uso del medio y la lesión del interés ajeno lo cual significa imposibilidad de superar el peligro de manera diversa.³³³

Efectivamente, no debe existir otro medio idóneo para la salvaguarda del bien jurídico propio o ajeno, pues de existir este último no se estará al amparo de la causa de justificación en estudio.

³³² Idem. pág.: 361.

³³³ Ibidem.

Entre legítima defensa y el estado de necesidad, como causas de justificación tienen semejanzas, pero la diferencia esencial radica en que en la primera se trata de una reacción, una repulsa a una acción que recae sobre sujeto (la agresión injusta), mientras que el estado de necesidad es una conducta (un ataque) encaminada a la transgresión del bien.

Las siguientes causas de justificación son: el cumplimiento del deber y el ejercicio del derecho. Aunque cada una tiene sus peculiaridades, el ordenamiento punitivo los agrupa en una misma fracción (Art. 29 VI del Código Penal para el Distrito Federal), sin embargo a veces ambas situaciones se encuentran unidas o una se desprende de la otra, siendo ambas, causas de justificación, suscitándose las siguientes peculiaridades:

Toda conducta o hecho tipificado en la ley constituyen, de ordinario, situaciones prohibidas, por contenerse en ellas mandatos de no hacer (de abstención), más cuando se realizan en el *cumplimiento del deber* o en el *ejercicio de un derecho* adquieren carácter de licitud, excluyendo la integración del delito y eliminando toda clase de responsabilidad penal, según se ha venido reconociendo desde el Derecho romano hasta nuestros días.³³⁴

En efecto el cumplimiento de un deber además de permitir la transgresión de bienes jurídicos, impone además el deber de afrontar sus actuaciones, es decir de causar daño obrando de forma legítima, siempre que exista racionalidad en los medios empleados.³³⁵

Para la existencia del cumplimiento de un deber, debe derivar de una norma jurídica, la cual puede ser de un ordenamiento legislativo o de un reglamento; de una orden de la autoridad, debiendo entenderse por tal, la manifestación de la voluntad del titular de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual se exige al subordinado un cumplimiento determinado, estableciéndose una vinculación entre ambos, originada en la orden, la cual debe ser formal y sustancialmente legítima,

³³⁴ Idem. pág.: 367.

³³⁵ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 83.

refiriéndose este primer aspecto a la competencia del superior al dictarla, así como del subordinado a cumplirla, además la ejecución deberá realizarse en la forma prescrita por la ley; mientras que el segundo aspecto, lo substancial le exige el concurso de los presupuestos establecidos en la ley para dictarla.³³⁶

Por lo que respecta al ejercicio de un derecho como causa de justificación, el profesor Pavón Vasconcelos, opina que se origina:

- a) En el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado. La problemática surge respecto si el ejercicio de hecho debe supeditarse a los procedimientos legales o si queda amparado en la causa de justificación mediante el empleo de las vías de hecho, la opinión mayoritaria versa en que éste debe encauzarse por las vías legales, es decir debe ser legítimamente ejercido, por la vía autorizada por la ley.³³⁷
- b) De una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. La autorización concedida legalmente y excluye la antijuridicidad de la conducta o del hecho, pero la autorización *extra* o *contra legem* no tiene la virtud de hacer dicha conducta o hecho conformes con el Derecho.

La facultad o autorización concedida requiere:

- 1° Que derive de una autoridad;
- 2° Que ésta actúe dentro del marco de su competencia, y
- 3° Que la autorización reúna los requisitos legales.³³⁸

No se debe pasar por alto, que la forma de realización de la conducta y medios utilizados, los que deben de ser idóneos, proporcionales y adecuados, ya sea que se encuentren previstos en la ley, o sea conforme a la razón.

³³⁶ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.:368-369.

³³⁷ Cfr. Idem. pág.: 370-371.

³³⁸ Idem. pág.: 371-372.

Así las cosas, en el ejercicio de un derecho, se puede causar un daño en forma legítima, explica la maestra Amuchategui Requena, siempre que exista racionalidad de los medios empleados, dicho ejercicio debe derivar de una norma jurídica o de otra situación como en el caso de los deportes, en donde se presume que hay una autorización oficial por parte del Estado.³³⁹

Se podría pensar, que esta causa de justificación tendría aplicabilidad en el caso del delito en estudio, sin embargo, se debe aclarar que en base a lo estudiado en el Capítulo segundo de este trabajo, efectivamente el régimen de visitas tiene su naturaleza en el ejercicio de un derecho, el cual se encuentra plasmada la ley (Código Civil), no obstante, en la hipótesis típica, ya no se está en presencia del ejercicio de un derecho, pues el progenitor, sujeto activo, ha abusado o se ha extralimitado en el ejercicio de ese derecho conferido, infringiéndose de esta manera las disposiciones normativas tanto de naturaleza familiar como penal.

La siguiente causal de justificación, es el impedimento legítimo, sobre el particular Pavón Vasconcelos explica que en este supuesto, el sujeto no ejecuta aquello que la ley le ordena, porque le impide otra disposición superior y más apremiante que la misma ley, por lo que lo exime de responsabilidad la legitimidad misma que motivó su inacción, por lo tanto no comete delito.³⁴⁰

Por su parte el maestro Castellanos Tena aclara:

En cuanto al impedimento legítimo nos indica que con las reformas de 1993 que entraron en vigor en 1994, quedaron suprimidas, y “operaba cuando el sujeto, teniendo la obligación de ejecutar un acto, se abstenía de obrar, colmándose, en consecuencia un tipo penal. Adviértase que el comportamiento era siempre omisivo. Emergía otra vez, el principio del interés preponderante; impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción.”³⁴¹

³³⁹ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, págs.: 82-83.

³⁴⁰ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 381-382.

³⁴¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 215.

Causa de justificación que no puede tener aplicabilidad debido a la naturaleza jurídica del tipo, pues como ya ha quedado asentado, los bienes jurídicos tutelados derivan de la Constitución Política de nuestro país, ordenamiento jurídico máximo.

Por lo que respecta a la obediencia jerárquica, Pavón Vasconcelos manifiesta que ordinariamente constituye una causa de inculpabilidad, por lo que hace referencia a la obediencia debida, como causa de justificación, la cual surge con la obligación del acatamiento del mandato, con independencia del conocimiento de su ilicitud, derivada de la propia ley. Comienza así el análisis de diversas hipótesis en que puede surgir la obediencia debida:

- a) La orden es lícita. En esta hipótesis o sea obedecer a un superior con relación a un mandato legítimo, no existe ningún aspecto negativo del delito por ser la orden lícita.
- b) La orden es ilícita, conociéndola el inferior y sin obligación de acatarla, es decir, teniendo poder de inspección. Cuando se cumple tal orden el sujeto es responsable.
- c) La orden es ilícita, conociendo o no su ilicitud el inferior y con obligación de cumplirla, es decir, sin tener poder de inspección. En este caso se trata de una causa de justificación.
- d) La orden es ilícita, creyéndola lícita el inferior por error invencible. Estamos orden de una causa de inculpabilidad.
- e) La orden es ilícita pero no se puede exigir al sujeto una conducta distinta de la que realizó. Existe una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.³⁴²

Siendo por lo tanto, solamente el inciso c), causa de justificación para el citado autor, por lo que en este sentido, considero que esta causa de justificación no puede tener aplicabilidad al caso del delito en estudio.

³⁴²Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 383.

La siguiente causa de justificación es el consentimiento del interesado. Para el surgimiento de esta figura es indispensable: en el sujeto que consienta, sea titular del derecho violado o puesto en peligro, lo que presupone tanto la existencia de un derecho, así como del poder de disposición, además de la capacidad de hacer valer su consentimiento; un acto de consentimiento, en donde se manifieste la voluntad del titular del derecho, el cual puede ser acorde a las formas reconocidas por la Ley o por la costumbre, así como el simple silencio, es decir puede ser expreso o tácito; un derecho violado o puesto en peligro como objeto de consentimiento, el cual debe ser disponible, de acuerdo al ordenamiento jurídico, es decir, que sean bienes jurídicos disponibles; en cuanto a la temporalidad, ese consentimiento debe otorgarse antes de ejecutarse la conducta o bien simultáneamente a ella. El efecto del consentimiento traerá como consecuencia la imposibilidad de la integración del delito, sin que pueda originarse la ilicitud, o en su caso la tipicidad de la conducta o hecho, en el caso de que el consentimiento sea expresamente requerido como elemento específico de la figura legal.³⁴³

En efecto, tanto en esta causa de justificación o licitud, como en las demás abordadas, debe tomarse en cuenta la descripción delictiva, pues de estar contenidas en la descripción típica, se estará en presencia no de una causa de justificación sino de atipicidad, por consiguiente, cuando en el tipo no se exija la concurrencia de las circunstancias relativas como falta de consentimiento, sin permiso..., y demás circunstancias antijurídicas, entonces efectivamente se estará en presencia de causas de justificación y no de atipicidad.³⁴⁴

Sin lugar a dudas, esta causa de justificación no tiene aplicabilidad en el caso en estudio, por tratarse de bienes jurídicos no disponibles.

De la diversidad de causas de justificación o licitud, la maestra Griselda Amuchategui enmarca las directrices que rigen las causas de justificación: “los

³⁴³ Cfr. Idem. pág.: 385-389.

³⁴⁴ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 187, 216.

criterios que fundamentan las causas de justificación son el consentimiento y el interés preponderante”.³⁴⁵

Por otra parte, la realización de las conductas mediante las causas de justificación amparan, a todos los sujetos participantes en la realización de la conducta, en el entendido en que todos y cada uno de ellos se ubica en el supuesto señalado por alguna causal justificante:

Las causas de justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho.³⁴⁶

Finalmente, con el propósito de englobar una idea concreta de la antijuridicidad y de las causas de justificación, considero importante partir, de la idea aportada por la insigne profesora Amuchategui:

La antijuridicidad es lo contrario a derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Éstas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, se anula el delito por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.³⁴⁷

La existencia de las causas de justificación, anula el elemento objetivo del delito antijuridicidad, lo cual no significa que la conducta ilícita se vuelva lícita, más bien, jamás se puede considerar a la conducta realizada mediante una causa de justificación, como ilícita, pues como atinadamente lo expresa el maestro Fernando Castellanos esa conducta desplegada, desde su nacimiento estuvo siempre acorde a Derecho: “No se torna lícito lo que nunca fue contrario al orden jurídico”.³⁴⁸

³⁴⁵ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 75.

³⁴⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 185.

³⁴⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 74.

³⁴⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, págs.: 169-170.

5.4.1. Imputabilidad

Para el estudio del tema, se debe contar con una idea precisa del significado de imputabilidad, para posteriormente poder determinar si constituye o no, un elemento esencial del delito, o por el contrario, es presupuesto de algún otro elemento esencial del delito. Sobre el primer aspecto, el maestro Castellanos Tena sienta que:

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.³⁴⁹

En efecto, la imputabilidad se refiere a la capacidad de entender y de querer la conducta o hecho realizado, de modo que es el presupuesto necesario que el agente, cuente con las condiciones necesarias de salud, tanto de carácter físico como psíquico, y de esta forma pueda responder de sus actos, siendo en consecuencia presupuesto de la culpabilidad.

Razones por las cuales la maestra Griselda Amuchategui afirma que “el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; no puede haber culpabilidad si previamente no es imputable”.³⁵⁰

Se sigue que para que el sujeto conozca la ilicitud de su acto, es decir que reúna los elementos de la culpabilidad a saber, el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades y así poder determinarse en función de aquello que conoce, por lo que la imputabilidad debe considerarse como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como elemento del delito.³⁵¹

³⁴⁹ Idem. pág.: 218.

³⁵⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 87.

³⁵¹ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 217.

Finalmente, debo señalar que el agente que se ubica en las acciones *liberae in causa*, desde luego que al momento de realizar el acto se encontraba en estado de inimputabilidad, no obstante, antes de la ubicación de ese estado, el sujeto sí era imputable momento en el cual precisamente buscó y utilizó los medios necesarios para colocarse en la inimputabilidad al momento de realizar el acto.

Cabe señalar que el mencionado estado deliberado de inimputabilidad puede ser contraído de manera dolosa o inclusive culposa.³⁵²

Por consiguiente, el maestro Castellanos Tena afirma, que en estas situaciones donde el agente se procura la inimputabilidad ya sea de forma dolosa o culposa el resultado producido le es imputable, lo que da base para declararlo culpable y en consecuencia responsable de sus actos, es decir se da paso al estudio del elemento esencial de delito, la culpa.³⁵³

5.4.2. Causas de inimputabilidad

El aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad, referente a la falta de capacidad de tener conocimiento y entendimiento por parte del sujeto y por consecuencia, la falta de capacidad para la aceptación de la conducta o del hecho.

Dicho de otra forma, como lo concibe la maestra Griselda Amuchategui, la inimputabilidad es la ausencia de la capacidad de querer y entender el acto.

354

³⁵² Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 87.

³⁵³ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.:221-222.

³⁵⁴ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 87.

Interesante es saber, qué criterios o qué lineamientos deben tomarse en cuenta, para poder determinar a ciencia cierta el carácter imputable o inimputable de las personas.

Al respecto, el maestro Francisco Pavón indica que en nuestro sistema jurídico penal la determinación de las causas de inimputabilidad giran en tres criterios fundamentales: el biológico, psicológico y mixto.

El biológico, enfocado al desarrollo biológico u orgánico del sujeto, el cual gira en torno al fenómeno de la madurez mental, estableciéndose para tal efecto determinada edad cronológica que sería la línea divisoria entre sujetos imputables e inimputables.

El psicológico, criterio en donde engloba tanto circunstancias de carácter psiquiátrico y psicológico, los psiquiátricos encaminados hacia el trastorno mental ya sea transitorio o permanente; mientras que el psicológico se refiere cuando el sujeto no es capaz de entendimiento y autodeterminación a acusa de su inmadurez mental independientemente del factor cronológico, así como toda clase de alteraciones o traumas psíquicos que afecten al esfera intelectual de la persona, ya que sin duda afectan su esfera de entendimiento y actuación.

Y el mixto, que es la combinación de los dos factores anteriores.³⁵⁵

La profesora Griselda, sobre el particular asevera:

Concretamente, las causas de inimputabilidad son las siguientes: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad.³⁵⁶

En cuanto al trastorno mental considero que se encuentra contenido en el criterio psiquiátrico, señalado por el maestro Vasconcelos, y se refiere a cualquier perturbación de las facultades psíquicas, ya sea de manera

³⁵⁵ Idem. pág.: 407-408.

³⁵⁶ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 87.

permanente o transitoria, sin embargo, para que pueda operar como causa de inimputabilidad, asegura el maestro Castellanos, no basta la demostración del trastorno mental, sino debe ser de tal magnitud que le impida al agente tener la capacidad de comprender y querer la realización de sus actos, es decir que le impida conducirse de acuerdo a esa comprensión.³⁵⁷

Referente al desarrollo intelectual retardado, pertenece al grupo mixto compuesto por las esferas biológica-psiquiátrica del sujeto, el cual consiste en un proceso tardío de la inteligencia que provoca la incapacidad de entender y querer, la cual podrá consistir inclusive en la sordomudez si es causa suficiente para que el sujeto carezca de la capacidad de entender y querer.³⁵⁸

El siguiente aspecto es el miedo grave, que se engloba en la esfera de carácter psicológico, en donde el agente carece de la voluntad y entendimiento en la realización de la conducta, Pavón Vasconcelos refiere que se tratará como causa de inimputabilidad cuando el miedo grave sea causa de afectación suficiente para nulificar la capacidad de entendimiento y libre expresión de la voluntad, en cambio, será causa de inculpabilidad el miedo grave cuando no suprima dicha capacidad, pero dé causa a la realización de una conducta típica a causa de un peligro real grave e inminente.³⁵⁹ Es decir, el miedo grave será causa de inimputabilidad cuando por su causa el sujeto quede perturbado en sus facultades de juicio y decisión.³⁶⁰

En efecto, para poder hablar de una causa de inimputabilidad, es indispensable eliminar del sujeto la capacidad de entender y querer la conducta o hecho, diferenciándose de la causa de inculpabilidad en la cual el sujeto sí tiene la capacidad de entender y comprender el resultado (con lo que se cumpliría con la imputabilidad), en donde estando en presencia del temor fundado, no tiene más alternativa que la realización de su conducta. De ahí que el maestro Fernando Castellanos asegure, que el miedo grave constituye una causa de inimputabilidad; el temor fundado puede originar una inculpabilidad,

³⁵⁷ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 227.

³⁵⁸ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 88.

³⁵⁹ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 415.

³⁶⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 229.

pues mientras el temor fundado encuentra su origen en procesos materiales, el miedo grave tiene su base en factores psicológicos, lo que sin duda eliminaría la capacidad de entender y comprender del sujeto, y en consecuencia, surgiría el estado de inimputabilidad del sujeto.³⁶¹

Para terminar, debe abordarse el estudio de la minoría de edad como causa de inimputabilidad, perteneciente a la esfera biológica del sujeto, de acuerdo a la clasificación hecha por el maestro Francisco Pavón, referente a este inciso la maestra Griselda Amuchategui establece que esta causa de imputabilidad obedece a la falta de madurez, consecuentemente la falta de capacidad de entender y querer. Además hace notar la importancia y gravedad de la diversidad de términos cronológicos para establecer la imputabilidad del sujeto en función de su edad cronológica por parte de los diversos ordenamientos jurídicos, así como de los distintos ordenamientos penales vigentes en nuestro país.

Por estas razones, formula la siguiente reflexión: el establecimiento de un término cronológico, para que el sujeto pueda ser considerado capaz o imputable para realizar determinados actos jurídicos de suma importancia, debe ser el mismo parámetro cronológico considerado por los demás ordenamientos normativos integrantes del sistema jurídico mexicano, evitando de esta forma, conflictos de aplicabilidad de la ley penal así como entre los demás ordenamientos. En efecto, la capacidad para delinquir, para casarse, para trabajar o para ser ciudadano mexicano debe ser la misma, ya que resulta absurdo e incomprensible que una persona sea capaz de contraer matrimonio y no lo sea para delinquir, o que tenga capacidad para trabajar, pero carezca de ella para cometer un ilícito, criterio con el cual estoy plenamente de acuerdo.³⁶²

Así las cosas, el maestro Castellanos Tena, explica que al ser la imputabilidad presupuesto de la culpabilidad, al surgir la inimputabilidad se advierte que se estará en presencia de la falta de un elemento básico y esencialísimo de la culpabilidad, por lo que no podrá tener existencia, por

³⁶¹ Cfr. Idem. pág.: 230.

³⁶² AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 89.

consiguiente tampoco podrá configurarse el delito, desde un punto de vista estrictamente técnico. Es por ello que a manera de conclusión señala el insigne maestro: que por causa de inimputabilidad serán todas aquellas capaces de anular o neutralizar ya sea el desarrollo o salud de la mente en donde el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.³⁶³

En efecto, los sujetos que se encuentren bajo alguna causa de inimputabilidad, técnicamente deberían al margen de toda consecuencia represiva y asegurativa, por haber realizado el hecho sin capacidad de juicio y decisión. Sin embargo, explica, para fines de defensa social, la ley penal rompiendo con sus principios y postulados básicos admite la aparición de consecuencias formalmente penales, pues a pesar del surgimiento de la inimputabilidad y por lo tanto un aspecto negativo de un elemento esencial del delito, por cometerlo un sujeto incapaz para el Derecho Penal, se permite la aplicación por parte del Estado de determinadas medidas, las cuales no son propiamente penas, sino que se encuentran encaminadas para la atención de tales sujetos y así poder brindar una protección efectiva a la comunidad, cabe señalar a dichas medidas en ningún caso excederá de la duración correspondiente al máximo de la pena aplicable al delito, y en caso de que el sujeto inimputable continuara necesitando el tratamiento, se pondrá a disposición de las autoridades sanitarias correspondientes.³⁶⁴

Por lo que finaliza puntualizando:

Nótese que en la imputabilidad disminuida la Ley no excluye el delito, únicamente reduce la pena o, en su caso, la medida de seguridad, o ambas.³⁶⁵

Una vez abordado el tema de la imputabilidad y su aspecto negativo, retomo el tema de la minoría de edad, en razón de ser tema central de este trabajo. Por lo que respecta al criterio sustentado por nuestro Máximo Tribunal, es de mencionar que en principio, la minoría de edad no presupone

³⁶³ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 223.

³⁶⁴ Cfr. Idem. pág.: 228-229.

³⁶⁵ Idem. pág.: 227.

necesariamente irresponsabilidad por parte de los menores, sino por el contrario, si bien no es dable un castigo como tal por la conducta emitida, por otra parte resulta necesaria su readaptación, en un trabajo conjunto en los que sin duda no puede ni debe ser ajeno el Estado.

En ese sentido se pronuncia nuestro Máximo Tribunal, en el criterio jurisprudencial contenido en el Semanario Judicial de la Federación Tomo XV (Véase anexo 12) del cual se desprende que la elección de las medidas tendientes a la protección y readaptación del menor van encaminadas precisamente a la real y efectiva readaptación, lo cual no significa imponer a diestra y siniestra medidas que lo priven de su libertad, pues tomando las circunstancias particulares del caso, se impondrán estas medidas como último recurso, de ahí la instauración de un sistema integral de justicia para adolescentes previsto en el artículo 18 Constitucional en su párrafo cuarto, precepto en donde se encuentra previsto el establecimiento de la edad de 12 años a 18 años como sujetos que deberán tener un tratamiento especial, diverso al sistema penal aplicable a las personas mayores de 18 años, con el propósito de lograr su readaptación, surgiendo una garantía real para los adolescentes, pues a partir del 12 de marzo del 2006, en términos del artículo segundo transitorio de la propia reforma, las autoridades que conforman el sistema penal aplicable a los mayores de 18 años dejaron de tener facultades para investigar, perseguir, sancionar y ejecutar sanciones dirigidas a personas menores de dieciocho años y mayores de doce³⁶⁶.

³⁶⁶ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Medios y Publicaciones, México, D.F., a 23 de Agosto de 2006.

5.5.1. Culpabilidad

Continuando con el estudio de los elementos esenciales del delito, y en relación con el tema anterior referente a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, resulta invaluable la definición que proporciona la maestra Griselda Amuchategui: “La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.”³⁶⁷

En efecto, para hablar de la culpabilidad del agente, es requisito *sine qua non*, que sea imputable, en otras palabras, el sujeto debe tener la capacidad de comprender y entender el acto, es decir, la capacidad de dominación tanto física como psicológica del sujeto para la realización de la conducta. Mientras que la culpabilidad se refiere propiamente a la voluntad de realizar la conducta o hecho, interviniendo en este aspecto, una situación psicológica o emocional y volitiva del agente, así lo expresa el maestro Fernando Castellanos: “Consideramos a la culpabilidad como el *nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.*”³⁶⁸

El estudio de la culpabilidad, como elemento esencial del delito, ha desarrollado dos principales vertientes, que es la teoría psicologística y la teoría normativista.

En cuanto a la teoría psicologística o psicológica de la culpabilidad, Castellanos Tena apunta que esta postura se enfoca en un hecho de carácter psicológico, dejando de lado toda valoración jurídica para la antijuridicidad, es decir se adentra al estudio exclusivo del proceso intelectual-volitivo que se desarrolla en el autor y conocer así su actitud respecto al resultado producido.³⁶⁹

³⁶⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 91.

³⁶⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 234.

³⁶⁹ Cfr. Ibidem.

En la teoría normativa, la culpabilidad presupone la existencia de una conducta o hecho antijurídico, a diferencia de la antijuridicidad que es la relación entre la acción y el orden jurídico, es decir la divergencia objetiva en entre una y otra, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla, en otras palabras, la conducta o hecho debe ser reprochable y por lo tanto debe ser exigible al sujeto una conducta acorde con el Derecho.³⁷⁰

Considero que ambas teorías se complementan, pues la primera estudia el nexo psicológico entre el sujeto con la realización de su acto, partiendo del supuesto del sometimiento del agente a los ordenamientos jurídicos lo cual implica una valoración intelectual-volitiva del sujeto; en la segunda, se basa principalmente en la reprochabilidad en la conducta o hecho antijurídico realizado, enfocando su análisis sobre la relación entre la acción y el orden jurídico. Consecuentemente puedo afirmar que la culpabilidad se refiere al estudio del elemento volitivo (el conocer y querer realizar su conducta) del sujeto en la realización de su conducta, haciendo un juicio de reproche sobre la realización de la mencionada conducta contraria el orden jurídico.

Ahora bien, el elemento del delito, la culpabilidad, puede ser realizada en forma dolosa o culposa, debiendo señalar, la existencia de una tercera postura que es la preterintencionalidad, advirtiendo, que deja de tener aplicación en nuestro sistema jurídico penal a partir de las reformas del 10 de Enero de 1994.

En efecto, la forma de exteriorización de la conducta puede ser a título doloso o culposo, lo que dependerá sin duda de la voluntad que el agente tenga de realizar el acto, lo cual implica necesariamente el elemento interno del sujeto, partiendo en ambos casos del supuesto que se trata de un sujeto imputable (que posee la capacidad de entender y comprender el acto).

Así, en el dolo existe la intención del sujeto en la realización de la conducta o hecho típico, es un actuar consciente y voluntario, por tanto las

³⁷⁰ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, págs.: 395-397.

partes integrantes del dolo son el elemento ético y el elemento volitivo. El primero se refiere a la conciencia que esta encaminada a quebrantar el deber, mientras que el volitivo se refiere a la voluntad de realizar el acto, de ahí que la maestra Griselda Amuchategui refiera que el elemento “ético, que consiste en saber que se infringe la norma, y volitivo, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.”³⁷¹

Resulta oportuno el acotamiento que realiza Pavón Vasconcelos cuando al abordar el estudio del dolo como forma de exteriorización de la culpabilidad, considera que el dolo no se refiere únicamente a la forma de realización de la conducta, sino también encuentra contenido al resultado producto de la conducta realizada, pues es imprescindible el conocimiento de las circunstancias de la conducta o hecho y su significación, proporcionando los siguientes ejemplos:

En el homicidio, el consciente psíquico de la conducta consistirá en querer realizar la acción (disparar-movimiento corporal) o la omisión (no dar al enfermo el medicamento prescrito-inactividad), en tanto dicha voluntad en el dolo radicará en querer o aceptar producir la muerte que se sabe consecuencia de la propia acción u omisión.³⁷²

Lo que evidentemente implica la existencia, en la realización del dolo como forma de culpabilidad, la presencia de un elemento psíquico y uno volitivo, o sea el conocimiento y la voluntad del sujeto en la realización de la conducta la cual se encuentra encaminada hacia un objetivo, la producción del resultado, es decir, el agente más allá de la realización de la conducta o hecho, prevé y quiere el resultado, así como sus consecuencias.

Cabe señalar que la realización del resultado de la conducta o hecho, como elemento constitutivo del dolo tienen aplicabilidad tanto en los delitos de resultado material, así como en los delitos de resultado formal, ya que por supuesto, tanto en los delitos de acción como de omisión existen delitos

³⁷¹ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 92.

³⁷² PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 426.

formales, es decir, delitos en donde como resultado sólo se transgrede un bien jurídico tutelado, no se exige la producción de un resultado material.

Por tanto, se advierte que el delito en estudio, la forma de realización de la conducta será a título doloso, pues definitivamente el progenitor que realiza la sustracción y en consecuencia la retención del menor, sin duda, conoce, desea y quiere el resultado, aceptando las consecuencias de éste, transgrediéndose en forma directa y con todo desprecio lo impuesto por las normatividades tendientes a proteger el orden social. Aunque, pudiera acontecer, que en el caso de la retención realizada en forma autónoma, o sea, sin que se haya realizado la sustracción, esta pudiera acontecer en forma culposa, supuesto que analizare una vez abordado la siguiente forma de culpabilidad.

Por otra parte, se debe señalar la existencia de diversos criterios doctrinales en donde se clasifican diferentes clases de dolo, destacando entre ellas: el *dolo directo*, en donde el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere; en el *dolo indirecto*, o de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa, no obstante que se representa la certeza de la producción de otros resultados tipificados además del propuesto, los cuales no persigue directamente; el *dolo eventual*, el agente se representa como posible la producción de otros resultados delictuosos, además del querido, pero no renuncia a su propósito principal, no desiste de su conducta a pesar de tal representación, por lo que acepta las posibles consecuencias que con la ejecución del hecho se originen; *dolo indeterminado*, surge cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial (anarquista que arroja bombas sin pretender un resultado específico).³⁷³

De acuerdo a la clasificación realizada del dolo, la correspondiente a la forma de realización de los delitos en estudio, correspondería al dolo directo, pues el progenitor conoce y quiere la realización de la conducta y el resultado,

³⁷³ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 239-240.

la cual consiste en sustraer y retener al menor con el propósito de que éste no tenga convivencia con su otro progenitor.

En cuanto a la culpa, como la siguiente forma de manifestación de la culpabilidad, la maestra Amuchategui Requena explica qué ocurre cuando se causa el resultado típico, a causa de la conducta realizada pero sin que el agente tenga la intención de producirlo, pero se ocasiona por imprudencia o falta de cuidado o precaución, debiendo ser el resultado previsible y evitable, de ahí las denominaciones que ha recibido: delito culposo, imprudencial o no intencional.³⁷⁴

En efecto, en la culpa como forma de culpabilidad, la ausencia de voluntad se encuentra encaminada hacia la producción del resultado, pues a pesar de que en la conducta realizada sí hay voluntad de realizar la acción u omisión, en lo que toca al resultado típico y antijurídico producido, no es querido ni aceptado, pues este se produce por negligencia, imprudencia, impericia y demás ausencias de cautelas o precauciones legalmente y socialmente exigidas, pues en caso contrario no serían sancionables, pues esa falta de previsión carecería de importancia a no ser por la existencia de un deber.

De tal manera que en la culpa a diferencia del dolo, el resultado producto de la exteriorización de la conducta, no es querido, sin embargo, la producción del resultado sí pudo ser previsible o evitable, si se hubiera dado cumplimiento a lo prescrito en la norma jurídica o de haber tomado las cautelas o precauciones debidas, siendo las bases en las que descansa la razón de la punibilidad de tales actos.³⁷⁵

Ese deber de cuidado impuesto en la conformación del Estado, hace posible la vida gregaria de las personas integrantes de la sociedad, por lo que todos tenemos obligación de acatarlo, poniendo el debido cuidado a su

³⁷⁴ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 93.

³⁷⁵ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 251.

observancia, razones por las cuales se han considerado distintos grados de sanciones, de acuerdo al resultado dañoso producido

A su vez, la culpa se divide en dos grupos de la culpa consciente con previsión o con representación, la culpa inconsciente o sin previsión o sin representación.

En la culpa consciente, el agente prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere, más aún tiene la esperanza que no se producirá, mientras que en la culpa inconsciente, el agente ni siquiera prevé el resultado típico, aunque éste sea previsible o evitable.³⁷⁶

Dicho de otra forma, la culpa consciente o con representación, el sujeto sí tiene conocimiento de la posibilidad de los resultados que acarrea la realización de su conducta, no obstante esto, la realiza, con la esperanza de que no se produzca el resultado, pues el sujeto no quiere, ni desea su producción. Mientras que en la culpa inconsciente o sin representación, el sujeto no prevé la posibilidad de que acontezca el resultado típico aunque sea previsible, teniendo la obligación de preverlo, siendo además evitable, de modo que de acuerdo a la mayor o menor facilidad de prever el resultado surge la clasificación en lata, leve o levísima, dicho de otra forma, en la culpa inconsciente, el sujeto no previó lo previsible, o sea, que no tomó las medidas necesarias precautorias que hubieran evitado el resultado dañoso, ya sea por falta de pericia, falta de cuidado, imprudencia, o negligencia.

En el caso del delito en estudio, la retención como conducta autónoma, podría en casos muy especiales realizarse en forma culposa, verbigracia, el progenitor que disfruta del derecho de visitas teniendo en su casa al menor, al llegar su término y querer salir, la cerradura se atora a causa de falta de mantenimiento de las cerraduras de las puertas, e impiden que pueda regresar el menor a la casa de quien detenta la guarda y custodia imposibilitando de éste modo que el menor pueda convivir con su otro progenitor.

³⁷⁶ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 93.

Es importante aclarar, que no hay delitos de culpa, o delitos dolosos, o preterintencionales, sino delitos que se cometen en forma culposa, dolosa o preterintencional.

La preterintención, es una combinación entre una conducta iniciada en forma dolosa la cual desencadena un resultado culposo, esto es, el resultado va más allá de lo querido por el agente, es decir, el agente realiza dolosamente la conducta delictiva, pero produce un resultado más grave, el cual no se encontraba comprendido en su intención, resultado que el agente no previó siendo previsible.

Para el maestro Castellanos Tena la preterintención, surge cuando el resultado típico sobrepasa la intención del sujeto, sin embargo, señala, que no es dable hablar de dolo y culpa en la integración de la preterintención, ya que ambas formas se excluyen, pues el delito se comete mediante dolo, o por culpa, por esta razón, citando al maestro Ignacio Villalobos, reflexiona que más que delitos preterintencionales, se trata de delitos con resultado preterintencional, por sobrepasar su efecto el límite propuesto por el agente.³⁷⁷

En efecto, considero que la producción del resultado que va más allá de lo querido, el cual aparentemente puede englobarse dentro de la clasificación del dolo y de la culpa, por ejemplo el dolo eventual se prevé como posible la realización de un hecho delictuoso, siendo aceptado en caso de que se presente; el caso de la culpa consciente con representación de igual forma se conoce como posible la realización del evento a consecuencia de la conducta, sin embargo, la producción del resultado no es deseado ni aceptado. Con todo, recordando los elementos de la culpa, el factor volitivo e intelectual, se desprende que el primero sin duda deberá ser a título doloso, sin embargo en lo referente al factor intelectual encaminado hacia el resultado, resulta que es sobrepasado, por lo que refirmo la postura del eminente maestro Fernando Castellanos al determinar que la preterintención esta en función la resultado.

³⁷⁷ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, págs.: 254-255.

5.5.2 Causas de inculpabilidad

Las causas de inculpabilidad, se encuentran encaminadas a la falta o ausencia de los elementos volitivos y psíquicos de la realización de la conducta o hecho realizado, la ausencia de la voluntad. En otras palabras, se tiene por realizada la conducta con todos y cada uno de sus elementos integrantes, pero si no existen los elementos volitivos y psíquicos en cuanto a las consecuencias que genere, no se integrara la culpabilidad.

Es decir, que a diferencia de la inimputabilidad que se refiere a la falta de capacidad de conocer y de comprender el acto, en la inculpabilidad sí se posee la mencionada capacidad, pero existirá la ausencia de la voluntad, en cuanto a las consecuencias que acarrearía la realización de la conducta o sea el resultado. Por consiguiente la culpabilidad es un elemento interno o subjetivo por parte de quien realiza la conducta o hecho, siendo su elemento negativo la ausencia de ese elemento interno, la ausencia de la voluntad en cuanto a la realización de la conducta.

Es de señalar, que la ausencia de la culpabilidad, como elemento esencial del delito, provocaría su ausencia, consecuentemente la reprochabilidad de la conducta realizada

Dentro de los distintos supuestos de la causa de inculpabilidad, se encuentra el error, la ignorancia, y la coacción sobre la voluntad, como puede apreciarse en estos supuestos se afecta a los elementos de la voluntad el factor psíquico y el volitivo.

Antes de pasar al estudio de la primera forma de inculpabilidad y debido a la confusión que se suscita entre los términos de error e ignorancia, resulta necesario abordar el alcance de estos, puesto que tienen distintos significados, el profesor Francisco Pavón opina que por ignorancia debe entenderse como el

desconocimiento total, la carencia de toda noción sobre una cosa, mientras que por error, se entiende en una idea falsa o errónea respecto a una cosa.³⁷⁸

En otras palabras, en la ignorancia, hay una ausencia total del conocimiento, no se conoce nada, ni siquiera hay alguna noción o idea, o como dice el maestro Fernando Castellanos, es una laguna de nuestro entendimiento; mientras que en el error sí se tiene un conocimiento, pero es equivocado, es incorrecto, se basa en una falsa apreciación de la realidad.

Ahora bien, por lo que respecta al error, se divide a su vez en error de hecho y error de derecho, denominado también error de tipo y error de prohibición respectivamente.

Así el error de tipo, es aquel que recae sobre algún elemento constitutivo del tipo, mientras que el error de prohibición surge cuando el sujeto a sabiendas que actúa típicamente, cree estar actuando bajo una justificante.³⁷⁹

Cabe aclarar que la diferencia esencial entre error vencible y error invencible, radica en las circunstancias en que el sujeto tiene la posibilidad de conocer o prever resultado producido a consecuencia de la realización de su conducta, esto es, en el error esencial vencible el sujeto sí tiene acceso al conocimiento de las consecuencias que acarrearía la realización de la conducta; mientras que en el error esencial invencible el agente se encuentra alejado de toda posibilidad de acceso hacia el mencionado conocimiento.

La importancia de determinar si la conducta fue realizada bajo la influencia de un error esencial vencible o invencible, se encuentra a razón de las consecuencias que genera, pues depende de las circunstancias en que se haya realizado la conducta para saber si se deja subsistente o no la culpa como elemento esencial del delito.

³⁷⁸ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 467.

³⁷⁹ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 260.

Así, el Código Penal para el Distrito Federal contempla en su artículo 29 fracción VIII el error de tipo y el error de prohibición. Comprende el error de tipo en el inciso a) de la mencionada fracción, referente a la falta de alguno de los elementos objetivos del tipo; mientras que el error de prohibición se ubica en el inciso b) y surge cuando se realiza una conducta ilícita, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.

Como se puede apreciar, en lo tocante al error de prohibición, abarca dos grupos, por un lado lo correspondiente a la ignorancia de la ley o los alcances de ésta, error de prohibición directo, y por el otro el error de prohibición indirecto, relativo a la realización de una conducta típica en donde el agente cree erróneamente estar amparado ante una causa de justificación

De modo que el error de prohibición radica en que el sujeto, no obstante conocer el hecho que realiza, esta ignorante de la obligación de respetar o acatar de una norma penal determinada, ya sea por desconocimiento de la propia norma que le impone hacer algo o abstenerse de hacerlo o por qué el conocimiento de ella es imperfecto.

Con todo, se insiste, en que cualquiera de los dos supuestos de error de prohibición, se debe estar en presencia de un error esencial invencible o insuperable. De manera que el error derecho directo, consiste en que el sujeto esté imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción u omisión, lo cual significa que si con diligencia pudo tener información de la ley y de su sentido pero no se esforzó en hacerlo de su conocimiento, no puede alegar que por su error sea inculpable. Por otra parte, el mismo inciso contiene el llamado error por permisón, o error de prohibición indirecto, en donde el sujeto al realizar la acción u omisión, se encuentra en un error invencible, al creer que su conducta se encuentra justificada, circunstancia que en realidad no tiene esa eficacia, no se encuentra comprendido dentro de una auténtica causa de justificación.

En consecuencia, el error de prohibición o de derecho, ha desplazado aquel principio de Derecho que establecía “la ignorancia de la ley, no exime de

su cumplimiento”, pues naturalmente, partiendo de la premisa en donde uno de los elementos constitutivos de la culpabilidad es el psíquico, su esfera cognoscitiva, una acción o una omisión realizada bajo un error invencible sobre el alcance de la ley, cuyo conocimiento está lejos de ser adquirido aun siendo diligente, para nuestro Derecho positivo, de acuerdo al fundamento señalado es causa de exclusión del delito, a causa de la falta de la integración del elemento culpabilidad.

Por otra parte, el error de prohibición indirecto, en donde el sujeto cree erróneamente que realiza una conducta al amparo de una causa de justificación, es lo que se conoce como eximentes putativas

Cabe aquí hacer mención de la existencia de los delitos putativos, a efecto de no confundirlos con el error de derecho, por tales motivos Pavón Vasconcelos determina que la diferencia existente entre delito putativo y el error del derecho de prohibición, radica en que el primero el agente cree que la conducta o hechos realizados son delictuosos, existe en la mente el sujeto, sin embargo en la norma penal no tiene existencia; mientras que el segundo como ya se ha expresado la norma penal sí tiene existencia, y sin embargo por error el sujeto considera que no existe, no existe en la mente del mismo.³⁸⁰

En cuanto a las eximentes putativas, se refieren a los casos de justificación putativa, error de derecho indirecto, son las aparentes causas de justificación, pues en realidad no se actúa bajo el amparo de ellas, como el estado de necesidad putativo. En otras palabras, en las eximentes putativas, el sujeto estima que su conducta o hechos son jurídicos no por desconocimiento o inexacto conocimiento de la norma penal sino porque el sujeto cree encontrarse ante una causa de justificación como consecuencia de un error de hecho esencial e invencible, lo que de acuerdo a la doctrina alemana sería el error de prohibición indirecto.³⁸¹

³⁸⁰ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 476.

³⁸¹ Cfr. Idem. pág.: 476-477.

Así, en la legítima defensa putativa o imaginaria, por ejemplo, surge cuando sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin que en realidad exista agresión injusta alguna, por lo que la conducta realizada esta lejos de encontrarse amparada por esta justificante.

En cuanto al error de prohibición directo, en relación al caso en estudio, desde luego que podría encuadrar perfectamente el mencionado supuesto, pues en base a los preceptos señalados se podría alegar y con relativa razón, en que el progenitor sujeto activo sustrae al menor y lo retiene, en base a la ignorancia de las disposiciones analizadas en el desarrollo del presente trabajo (tanto de carácter familiar, como penal), o inclusive ubicarse en el error de prohibición indirecto, en donde el agente aun cuando considere que su conducta pudiera constituirse en ilícita, pero considera que obra amparado ante una causa de justificación, por ejemplo como el ejercicio de un derecho.

Por que lo que toca al error de hecho o de tipo, para ser causa de exclusión del delito a razón de la inculpabilidad de la conducta del agente, la conducta debe ser realizada bajo la influencia de un error esencial invencible, sobre uno o más elementos constitutivos del tipo, ya sea objetivo, subjetivo o normativo.

No obstante, además de los errores de tipo y de prohibición, plasmados en el Derecho positivo, la doctrina reconoce al error accidental, el cual acontece cuando el error recae sobre circunstancias accesorias o secundarias del hecho, y se clasifica en: *aberratio ictus*, *aberratio in persona* y *aberratio in delicti*.

No resulta óbice recordar, que el error esencial invencible es el que excluye la culpabilidad como elemento esencial del delito, sin embargo en el caso del error vencible, puede ser causa de exclusión del dolo, mas no de la culpa, inclusive, considero que tiene cabida en esta hipótesis la culpa consciente o con representación. Por lo que toca al error inesencial o accidental, no elimina la culpabilidad, puesto que con el resultado producido en

relación a la conducta realizada, se esta en presencia de la comisión de un delito.³⁸²

La diversidad de hipótesis que existen para determinar la inculpabilidad como elemento negativo del delito, llevó a que el maestro Fernando Castellanos afirmara:

En estricto rigor, las causas inculpabilidad serían el *error esencial del hecho* (afecta el elemento intelectual) y la *coacción sobre la voluntad* (afecta el elemento volitivo).³⁸³

El primer elemento ya ha sido abordado, mientras que en el segundo, en donde existe la coacción sobre la voluntad, se encuentran de igual forma una diversidad de hipótesis, destacando entre ellas la no exigibilidad de otra conducta.

La no exigibilidad de otra conducta, da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento. Encuentra contenido en el Código Penal para el Distrito Federal como causa de inculpabilidad en el artículo 29 fracción IX.

Dentro de los diferentes supuestos en que puede operar la no exigibilidad de otra conducta se encuentra el temor fundado y el encubrimiento de parientes, supuestos en donde sin lugar a dudas tiene su fundamento o surge a causa de la coacción que existe sobre la voluntad del agente.

Otro ejemplo de no exigibilidad otra conducta, surge con el estado de necesidad, en tratándose de bienes de la misma entidad. Si los intereses del conflicto son iguales no opera una justificante, sino una inculpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta.³⁸⁴

³⁸² Cfr. Idem. pág.: 474.

³⁸³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 258.

³⁸⁴ Cfr. Idem. pág.: 274.

En cuanto a la obediencia jerárquica puede surgir si el inferior posee el poder de inspección, pero desconoce la ilicitud del mandato siendo ese desconocimiento esencial e insuperable e invencible surge a favor del agente una causa de inculpabilidad. O, cuando aun teniendo el poder de inspección el inferior, conociendo la ilicitud del mandato, se ve obligado a obedecer la orden bajo la amenaza de sufrir graves consecuencias en caso de no acatar la orden dada, por lo que sin duda, en este supuesto existe una coacción sobre la voluntad, en consecuencia una causa de inculpabilidad. Apunta el maestro Fernando Castellanos que la obediencia jerárquica como causa de justificación y no como causa de inculpabilidad, surge cuando el subordinado no posee el poder de inspección de las órdenes recibidas, ni se percata de su ilicitud, por lo que se trata de una ciega obediencia.³⁸⁵

Como es de apreciarse, los supuestos en que puede surgir la inculpabilidad son diversos, debido a esta amplitud de hipótesis, sobre todo en referencia a la no exigibilidad de otra conducta, considero importante el señalamiento que hace Fernando Castellanos:

Pueden admitirse eximentes supra-legales (excepto las excluyentes de antijuridicidad); en consecuencia, existen sin duda causas inculpabilidad aún cuando no estén expresamente reglamentadas en la ley, si se desprenden dogmáticamente; esto es, si resulta dable extraerlas del Ordenamiento positivo.³⁸⁶

Esto es, surge la inculpabilidad siempre y cuando se vean afectados de manera esencial los elementos integrantes de la culpabilidad, el conocimiento y la voluntad, es decir, cuando en el sujeto autor de la conducta hay una ausencia de control sobre la conducta desplegada.

³⁸⁵ Cfr. Idem. pág.: 266.

³⁸⁶ Idem. pág.: 267.

5.6.1. Condicionalidad Objetiva

Respecto la condicionalidad objetiva, el maestro Castellanos Tena afirma que no se trata de un elemento esencial del delito, se trata parte de la descripción típica.³⁸⁷

Considero, en base a lo expresado por tan excelso maestro, que la condicionalidad objetiva forma parte de la integración del tipo penal, motivo por el cual no pueden ser parte de los elementos del delito, sino más bien forman parte de la descripción típica, y por lo tanto su observancia se ubica en la tipicidad, esta sí como elemento esencial del delito. Refuerza lo señalado la maestra Griselda Amuchategui, al apuntar que las condiciones objetivas de punibilidad “son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.”³⁸⁸ Criterio compartido por el maestro Fernando Castellanos quien señala: “La condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito.”³⁸⁹

Finalmente concluyo uniéndome al criterio de la maestra Amuchategui cuando refiere:

Al igual que la punibilidad, la condicionalidad objetiva no es propiamente parte integrante y necesaria del delito; éste puede existir sin aquélla.³⁹⁰

³⁸⁷ Cfr. Idem. pág.: 278.

³⁸⁸ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 105.

³⁸⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 278.

³⁹⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 105.

5.6.2 Falta de condicionalidad objetiva

En relación a lo señalado con antelación, se reafirma que la condicionalidad objetiva es parte integrante de los elementos de la figura típica descriptiva, razón por la cual considero que la falta de condicionalidad objetiva, ha sido abordada al realizar el estudio de la atipicidad como elemento esencial del delito, compartiendo este modo el criterio sustentado por la maestra Griselda Amuchategui:

La ausencia de condicionalidad objetiva es el aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad. La carencia de ellas hace que el delito no se castigue. De hecho, constituye una especie de atipicidad.³⁹¹

5.7.1. Punibilidad

Sobre este aspecto de la norma represiva, comenzaré por señalar que el manejo de este término es utilizado de manera indistinta para la denominación de la punición y pena, lo cual es un error, como con acierto lo hace notar la maestra Amuchategui, quien comienza por definir a la punibilidad que debe entenderse como la amenaza de la pena prevista en la ley, en consecuencia le corresponde determinarla al poder legislativo; por punición, explica tan autorizada maestra, debe entenderse como la determinación exacta de la pena al sujeto que ha resultado responsable de la comisión de un delito por parte del órgano jurisdiccional, estando en presencia de la fase judicial; finalmente la pena, la cual consiste en la ejecución de la punición, correspondiendo esta fase a etapa ejecutiva o administrativa.³⁹²

³⁹¹ Idem. pág.: 106.

³⁹² Cfr. Idem. pág.: 101.

Como se puede observar, la punibilidad de la norma se encuentra a cargo del poder legislativo, al momento de crear los ordenamientos legales, pues en nuestro sistema jurídico, este poder, es el encargado de legislar, luego, como manifiesta el maestro Vasconcelos:

Por punibilidad entendemos, en consecuencia, la amenaza de la pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.³⁹³

Sobre este punto, han surgido diversas discusiones, sobre todo en el caso de las normatividades que simplemente son declarativas, sin embargo, para la eficacia de la norma jurídica, y en concreto, en el caso de las normatividades penales, se considera necesaria la existencia de la amenaza de una pena en caso de que se transgredan, pues en caso contrario, la norma penal pierde su eficacia y se convierte en una norma puramente declarativa.³⁹⁴

Por consiguiente, la punibilidad no es un elemento esencial del delito, sino que se refiere a un elemento integrante de la norma, la cual incluso puede carecer de sanción, como es el caso de una norma declarativa, situación en la que no se podrá negar la existencia de dicha norma.

5.7.2. Excusas absolutorias

Retomando el análisis de algunos de los elementos del delito, el maestro Fernando Castellanos, resume: las causas de inculpabilidad como las que anulan la incriminación de quien fue capaz; las de inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla. En las causas de

³⁹³ PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 487.

³⁹⁴ Cfr. Idem. pág.: 491.

justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.³⁹⁵

En efecto las excusas absolutorias son, el aspecto negativo de la punibilidad, la cual se refiere propiamente a la no aplicación de la pena, no obstante la realización de una conducta delictuosa, una conducta o hecho que reúne los elementos esenciales del delito, siendo necesario aclarar, que las excusas absolutorias no eliminan la punibilidad, pues cuestión distinta es la punibilidad que la aplicación de la pena o punición, de tal suerte debido a la naturaleza de punibilidad señalada en líneas anteriores por la maestra Amuchategui, la punibilidad solo podría ser eliminada a través de un proceso legislativo.

En consecuencia, desde el punto de vista normativo los tipos penales no podrán prescindir de la punibilidad, es decir, de la pena como elemento integrante de los tipos penales, pues claro está que una cuestión es la normatividad penal y otro aspecto es su aplicación.

Así, la prestigiada maestra Amuchategui Requena concluye que las excusas absolutorias se refieren a aquellas razones que el legislador consideró como fundamento para que un delito carezca de punibilidad, es decir, que por disposición legal expresa, no es punible esa conducta típica.³⁹⁶

Se sigue que la ausencia de punibilidad, como lo afirma el profesor Pavón Vasconcelos, hace imposible la aplicación de la pena, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, de modo que el Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal, pues a pesar de que concurren los elementos del delito, la ausencia de punibilidad, únicamente excluye la posibilidad de punición.³⁹⁷

³⁹⁵ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, cit, pág.: 184.

³⁹⁶ Cfr. MUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 104.

³⁹⁷ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*. Op, cit, pág.: 278-279.

Como ejemplo se cita al robo famélico, en donde dentro de su propia descripción típica, se maneja la excusa absolutoria, y por lo tanto la ausencia de aplicación de pena alguna, para el caso de la concretización del delito. Cabe señalar que en el delito en estudio, no existe excusa absolutoria.

CAPÍTULO IV EFICACIA Y APLICACIÓN DE LOS TIPOS PUNITIVOS

I.- Momento y forma en que tienen aplicabilidad los tipos punitivos en estudio para la protección de los bienes jurídicos que tutelan

Una vez analizados desde un punto de vista humano y jurídico los tipos delictivos en referencia, cabe preguntarse el momento en que tienen aplicabilidad así como eficacia y alcance real sobre sus objetivos en el mundo fáctico.

Ante todo, recapitulando, debe establecerse que los bienes jurídicos tutelados son la libertad del menor y el derecho a la integración y convivencia familiar, derivado del artículo cuarto Constitucional, esto es, la libertad referida se encuentra enfocada a la efectiva relación familiar a la cual el menor debe tener acceso con cada uno de sus progenitores.

La importancia de la protección de estos bienes jurídicos radica en la situación real de sometimiento invencible en que se encuentra el menor frente a sus padres, los cuales inmersos en sus conflictos de pareja, no reparan en la búsqueda de hacer el mayor daño posible hacia su contrincante, su ex pareja, de tal suerte que los hijos quedan indefensos frente a la ejecución de tales actos, pues se convierten en simples objetos con los que juegan impunemente sus padres para arremeter sobre su contrincante, máxime si se trata de niños menores de 6 o 7 años, pues indudablemente el sometimiento y dependencia es mayor.

Se advierte de esta situación, la dificultad del conocimiento de estos hechos por parte del Estado, pues en muchas ocasiones para el menor el único mundo social que conoce son sus padres, de tal manera que las posibilidades de protección de los menores son casi nulas. Encima de estos acontecimientos, se añade el ambiente denso predominante en los recintos procuración de justicia y judiciales, además de los lineamientos técnicos

establecidos en nuestros ordenamientos jurídicos para la procedencia del proceso respectivo.

Por otra parte, antes de las recientes reformas al Código Penal para el Distrito Federal, la persecución del delito en análisis era por querrela, lo cual dificultaba aún más su conocimiento por parte de las autoridades debido a las circunstancias en que se materializa, pues los únicos que tienen conocimiento de tales actos son exclusivamente los integrantes del núcleo familiar primario, es decir los padres y los hijos, además, en la hipótesis planteada, si por fortuna llegare a tener conocimiento cualquier otra persona de la conducta delictiva, no podría cubrirse el requisito de procedibilidad, consecuentemente el menor se encontraría pese a las circunstancias descritas, en ese estado precario en el mejor de los casos hasta que tenga la mayoría de edad.

Por tales causas, se ha buscado a través de diferentes métodos e instituciones la protección de los menores sin que medie necesariamente la intervención de sus padres, pues no obstante como ya se ha advertido, que los tipos en estudio fueron considerados dentro de los delitos perseguibles por querrela, han surgido propuestas que propugnan porque la forma de persecución de estos delitos ya no sea a petición de parte sino de oficio, en donde deberá valorarse a través de la utilización de diversos métodos, el estado real del niño, más allá de su estado físico o biológico, también desde el punto de vista psicológico o emocional, todo ello con el propósito del poder acceder en lo mayormente posible a la verdad real o histórica de la vida del menor, receptor de la violencia y no constreñirse exclusivamente en la búsqueda de la verdad jurídica.

Con todo, no basta que la forma de persecución del delito sea de oficio, lo cual si bien es innegable que resulta un avance importante en cuanto a la protección del menor, ello no debe traducirse, a la aplicación ineludible de una pena privativa de la libertad para el sujeto activo, pues deberá tenerse presente siempre la naturaleza *sui generis* del delito, pues lo primordial es preservar la seguridad del menor en sus tres esferas fundamentales, de ahí que considere

que el delito deba tener un tratamiento más delicado: Sobre el particular destaca lo propuesto por Arruabarrena:

...considerando que el niño ha de ser objeto de protección, la primera tarea a llevar a cabo una vez confirmado que se ha producido el maltrato consiste en realizar una valoración acerca de si la salud y seguridad básicas del niño se encuentran en peligro. Dicha valoración ha de ser llevada a cabo de manera inmediata y urgente, y tiene como objetivo adoptar en caso necesario, las medidas requeridas para salvaguardar la integridad del niño y evitar que éste sufra una lesión irreversible o altamente dañina. Es importante clarificar y destacar que en este momento no se trata de realizar un examen detallado y en profundidad del estado físico, psicológico y cognitivo del niño. Eso constituye un tipo de valoración que se llevará a cabo posteriormente (en la evaluación diagnóstica), cuando haya tiempo suficiente. En este momento inicial, el único objetivo de valoración consiste determinar si el niño necesita ser protegido de manera urgente porque se encuentra en serio peligro.³⁹⁸

Como es de apreciarse, con este nuevo enfoque se trata de proteger por sobre todas las cosas, al menor, de la relación perjudicial de sus progenitores del que puede ser objeto, los beneficios se pueden conglomerar en tres puntos:

-Primeramente al proponer instituir esta clase de tipos penales en los perseguibles de oficio, implicaría que no necesariamente la acusación sería exclusiva de sujeto alguno específico, sino que la acusación o denuncia correspondiente puede realizarla cualquier persona.

Cosa distinta sucede en la actualidad en alguna parte de nuestro sistema jurídico, en donde los tipos penales contemplados en los Códigos represivos, contemplan como forma de persecución a la querrela o petición de parte, supuestos en los cuales la acusación de parte es condición *sine qua non* para su persecución, lo cual implica que en caso de no existir la mencionada acusación, estos actos quedarían impunes, no obstante las grandes afectaciones que el menor pueda resentir, en consecuencia se deja de nueva

³⁹⁸ ARRUBARRENA, Ma. Ignacia, De Paúl Joaquín. Op, cit, pág.: 70.

cuenta a los padres hacer uso a su libre albedrío en términos reales y prácticos la seguridad y bienestar de sus menores hijos, pues en el mundo fáctico sería sumamente difícil que un menor acuda a una Agencia del Ministerio Público a presentar la acusación correspondiente, esto sin tomar en cuenta el ambiente característico de las actuales instituciones de impartición de justicia, más aún, se trataría de un caso de realización humanamente imposible cuando la edad del menor no rebase la edad de 5 o 6 años y más aun debido a la naturaleza del tipo.

-Segundo, no se trata de realizar una intervención arbitraria por parte del Estado en las relaciones familiares, pero sí de proteger al menor, de las posibles consecuencias irreparables y dañinas de las que puede ser objeto, pues sin duda alguna los menores no son, ni deben ser objetos disponibles por parte de los padres, y como tales deben recibir una educación y protección efectiva por parte del Estado.

En el supuesto que el delito sea perseguible de querrela, considero que serían únicamente en razón del parentesco derivado de la filiación quienes podrían interponer este requisito de procedibilidad, sin embargo, cabría realizar el siguiente cuestionamiento, qué situación surgiría en los supuestos en donde por razones de trabajo o de cualquier otra índole, se tratara de un núcleo familiar en *stricto sensu* alejado de los demás miembros de la familia en *lato sensu*?, más aún, dentro de ese núcleo familiar en *estricto sensu*, se estuviera en el caso de un divorcio emocional y no jurídico o de separación física, qué sucedería en el caso en que el menor sea objeto de los daños físicos y psicológicos por parte de sus progenitores?, en estos escenarios se arriba a la conclusión de que simplemente el Estado no podría tener conocimiento ni competencia para la intervención y protección del menor, pues para que esta intervención pueda tener cabida, es requisito *sine qua non* la realización de la querrela por parte de alguno de los sujetos referidos por el tipo en estudio.

-Tercero, para la intervención del Estado en *pro* del menor, resulta indispensable realizarle una valoración, es decir, todo va girar en torno a él, lo tendiente a su bienestar tanto físico como psicológico, por lo que considero se

trata de un delito *sui generis*, en donde las sanciones girarían en torno al bienestar del menor, se trata de un derecho más humano en donde en todo momento se tenga como prioridad el bienestar del menor, inclusive para determinación de la punibilidad, en donde bien puede resultar que en lugar de que corresponda como sanción la pena privativa de la libertad, se decreten medidas tendientes a la reintegración familiar, a través de terapias psicológicas o procesos psiquiátricos, pues puede acontecer que las primeras resulten más perjudiciales para el adecuado desarrollo del menor, o que por el contrario sea indispensable la separación del menor de uno o de ambos progenitores, lo cual dependerá de un acertado juicio realizado por la autoridad correspondiente. No debe escapar a la apreciación, la dilación que los procesos judiciales guardan en nuestra actualidad, considero muy atinada la sugerencia aportada, al referir que urge un examen valorativo de carácter esencial de la situación que guarda el menor en ese momento, como parte inicial y esencial del proceso respectivo, a efecto de poder determinar las medidas cautelares correspondientes de inmediato, y no como desafortunadamente sucede en nuestro sistema judicial.

Como se ha venido señalando que el delito en estudio se encuentra previsto en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, ubicado en el numeral 173.

Por lo que concierne al encabezado del tipo citado, debo destacar la calidad que deben tener los sujetos activos y pasivos, es decir, los sujetos activos serán los ascendientes, inclusive los parientes colaterales hasta el cuarto grado, resulta poco afortunado el señalamiento del término afín, pues como ya se ha estudiado en el Capítulo segundo del presente trabajo, la afinidad, como forma de parentesco surge de instituciones jurídicas reconocidas por el Derecho, siendo la doctrina unánime al señalar al matrimonio y el concubinato como fuente, por excelencia del parentesco por afinidad, los cuales crean los vínculos de unión entre el marido y los parientes consanguíneos de su esposa y a su vez de ésta frente a los parientes consanguíneos de su consorte, así las cosas, resulta irrisorio que se haga mención de este término, pues sin duda uno de las condiciones *sine qua non* para que pueda tener existencia esta institución, es el consentimiento, más aún

deben cumplirse ciertos requisitos tales como la edad para que pueda surgir la emancipación.

Por otra parte debe recordarse que la base del parentesco que une al hijo con los parientes de sus progenitores y con los progenitores mismos deriva exclusivamente de la filiación, que es el reconocimiento que estos últimos realizan respecto a sus descendientes en primer grado, acarreado con ello las consecuencias jurídicas señaladas en el lugar correspondiente, por lo que bastaría con mencionar como a sujetos activos del delito a aquellos que tengan parentesco con el menor derivado de filiación.

En cuanto al sujeto pasivo, únicamente se hace mención a que debe ser menor de edad, sin mencionar término cronológico alguno, agregando también al incapaz. Respecto al primero, tema también desarrollado en el Capítulo Segundo, al ser la disposición legal omisa y tratándose de los aspectos del Derecho de Familia, debe tomarse en cuenta para la determinación del término cronológico de la minoría y mayoría de edad, la establecida en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, la cual es de dieciocho años. Por lo que toca a los incapaces, al no existir distinción, encuentra contenido cualquier tipo de incapacidad física o mental que sufra el sujeto pasivo, siempre que impida la determinación de su voluntad.

En lo que respecta a la acción exigida por el tipo, o el verbo núcleo del tipo, consiste en la retención o sustracción del menor o incapaz, sin precisar de qué o en qué circunstancias se realizaría tal actividad, es decir, del lugar habitual de residencia del menor, o del lugar de residencia de quien ejerza la guarda y custodia del menor, razones por las que considero como una ambigüedad por parte del precepto legislativo, cuestiones ya analizadas.

Cabe señalar que la naturaleza del delito en estudio debe ir en concordancia con lo dispuesto en el artículo 283 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, en donde sin duda, el principio rector será el aseguramiento del bienestar del menor, por encima de los intereses de los padres. Así, se busca en lo mayor posible el aseguramiento de la convivencia del menor con

cada uno de sus padres, no resultando óbice insistir que todos los derechos relativos a la tenencia y ejercicio de la patria potestad exclusivamente podrán ser alterados o limitados mediante el debido proceso seguido ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

Tanto los órganos de impartición de justicia como los jurisdiccionales, deberán tener conciencia plena de la importancia de la problemática planteada, agregando la importancia de la inmediatez procesal, pues es factor invaluable en la particularidad de cada caso. Cada situación presentada será diversa, por lo que al conjugar estos factores se protegerá efectivamente al menor en sus tres esferas fundamentales. Es por ello que el artículo 416 del Código Civil vigente para el Distrito Federal establece como primer paso que los progenitores diriman entre ellos sus controversias, sin embargo, siempre se tendrá como eje principal el interés del menor.

1.1.1. ¿Se toman en cuenta los daños causados a los menores?

A manera de remembranza y partiendo desde un punto de vista práctico, en la mayoría de los casos, desde la conformación de la pareja como principio de la integración familiar se inicia con el propósito de mantenerse en una unión permanente, de tal suerte que más allá de los requisitos y formalidades legales como es el caso del matrimonio, se requiere esa voluntad de permanencia vincular entre la pareja.

Por otra parte, con la llegada de los hijos, se debe fortalecer esos vínculos afectivos, así como su solidificación, pues los padres para el menor representan su único entorno social por lo menos desde su nacimiento, constituyendo los pilares fundamentales para su desarrollo, representando cada cual el complemento necesario para su formación con las características propias de su sexo, pues es innegable la naturaleza física y psicológica de algunos aspectos que guarda cada cual, lo que sin duda representa factores

trascendentes para la conformación de la personalidad de los menores, cuestiones ya asentadas en líneas anteriores que se traduce en lo siguiente:

En relación a su fin (Teleología del Matrimonio) debemos tomar en cuenta la diferenciación sexual, y su fin ha de ser el complemento e integración de los sexos, con los fines objetivos que en su oportunidad precisaremos (amor conyugal, promoción integral y procreación responsable).³⁹⁹

Ahora bien, esto no significa que estos vínculos de unión entre la pareja en el mundo real, sean siempre permanentes, pues a veces surge de manera necesaria la separación, como ya se ha abordado, lo interesante es saber qué sucede con lo que respecta a los hijos concebidos dentro del matrimonio o de la unión de la pareja. Problemática también analizada con anterioridad, pero trataré de plasmarlo en la realidad de nuestro país.

Sin duda se parte de lo señalado por Despert, los menores son tomados en cuenta después de haberse consumado la separación o el divorcio, y más aún habrá situaciones en donde ni siquiera baste el dictado del divorcio para finiquitar los conflictos entre la pareja y utilicen a sus propios hijos como vehículos de transmisión de sus emociones en contra de su ex pareja:

El drama de un divorcio es por sí mismo tan apremiante que los padres tienden a perder de vista lo que ha ocurrido con anterioridad del mismo. Con frecuencia es tan sólo después, en el silencio vacío que sigue al dictado de la sentencia, cuando sienten que surge en su interior el impulso de hacer algo por sus niños. No se trata de que se hayan despreocupado de los hijos, sino sólo de que su preocupación se ha visto postergada por la intensa atención que debieron prestar a su propio conflicto.⁴⁰⁰

Por otra parte, a raíz de la separación de los progenitores surgen distintas problemáticas de diversa índole, las cuales se pueden clasificar en dos grandes rubros, las de carácter psicológico y las de carácter jurídico, ambas debieran

³⁹⁹ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *La familia en el Derecho (Relaciones Jurídicas Conyugales)*. Op, cit, pág.: 59.

⁴⁰⁰ DESPERT, Louise J. Op, cit, pág.: 16.

estar encaminadas siempre a la búsqueda del bienestar del menor. Dentro de las problemáticas planteadas, la principal es referente a la custodia y guarda del menor así como el régimen de visitas, pues ambas son necesarias para determinar la seguridad y estabilidad psicológica del menor, además de crear la certeza jurídica para todos y cada uno de los integrantes de la disgregada familia:

Quando los padres viven juntos, es muy fácil determinar el domicilio del niño. Pero entonces no es probable que se haga cuestión respecto de su custodia. Justamente cuando los padres se separan, cuando luchan por el niño, ocurre que su domicilio se convierte en un punto controvertible.⁴⁰¹

Los esfuerzos legislativos en la búsqueda para la solución de la problemática planteada son loables, mas no suficientes, deben reducirse las ambigüedades que presenta el tipo en estudio, aunque afirmo que no es suficiente que se plasme de manera perfecta en los ordenamientos jurídicos el deber ser, sino más bien deberá buscarse los mecanismos necesarios para resolver las problemáticas que aquejan a nuestra niñez, lográndose con ello, en el mayor grado posible el cumplimiento de los objetivos de la norma. Sobre el particular es pertinente revisar el artículo 411 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual sin duda, contiene un perfecto deber ser, estableciendo principios rectores de los vínculos familiares, señala la obligación de los padres de procurar el correcto desarrollo del menor inculcándole el respeto y acercamiento hacia ambos progenitores, cimentando en él una estabilidad social familiar, aspectos que desgraciadamente en la realidad están aun muy lejos de existir.

La concepción de la patria potestad ha evolucionado, pero desafortunadamente aun no ha sido del todo entendida, ni por legisladores, órganos jurisdiccionales, ni padres de familia, no obstante que descansa en el Derecho Natural, en un deber de cuidado basado en los vínculos afectivos consanguíneos. De ahí la búsqueda en los campos normativos de la protección del menor dentro de su propio núcleo social primario, y a través de las

⁴⁰¹ Idem, pág.: 215.

disposiciones penales se fortalece y asegura su cumplimiento, pues el derecho recíproco de convivencia entre padres e hijos es y debe ser un bien jurídico que el Estado debe tutelar, el cual sin duda deberá protegerse al igual que los bienes jurídicos tutelados tales como la vida, la libertad, la integridad física..., de acuerdo a lo observado y sostenido con anterioridad, pues las consecuencias de su desarrollo de los menores van más allá de la esfera familiar, sin duda, se pone en juego el futuro del Estado mismo.

Por estas razones, se ha buscado primero en el Derecho Familiar, como parte del Derecho Civil, el fortalecimiento de la protección de las instituciones familiares, y concretamente de los menores, en donde se ha tratado de separar las problemáticas vertidas entre los progenitores originadas de las relaciones que guarden entre sí, de las relaciones que cada uno de ellos debe observar para con sus hijos, de tal suerte que se concrete una efectiva convivencia del menor, con cada uno de sus progenitores.

Esto es así, debido a que en realidad lo que le interesa al menor es la convivencia real y armónica con cada uno de sus progenitores, con el propósito de que pueda desarrollarse en una base sólida gracias a una conducción correcta durante su desarrollo por parte de sus padres, pues como ha quedado abordado en el Capítulo Segundo de este trabajo, a veces además de ser imposible continuar con un matrimonio disfuncional, en ocasiones su disolución es necesaria o indispensable para el correcto desarrollo del menor. Razones por las cuales, se puede decir que no resulta suficiente un número elevado y frío de visitas, pues lo que resulta realmente importante es la convivencia efectiva de los progenitores con sus menores hijos.⁴⁰²

En ese sentido, nuestro sistema jurídico prevé distintas hipótesis que pueden surgir a raíz de la separación de los padres, pero ante todo procura hacer a un lado los conflictos que puedan surgir de entre la pareja, por ejemplo, el maestro Galindo, toca un elemento sumamente indispensable para el menor, la deuda alimenticia:

⁴⁰² Cfr. CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. Op. cit, pág.: 121.

Se puede definir la deuda alimenticia como el deber que corre a cargo de los miembros de una familia, de proporcionarse entre sí, los elementos necesarios para la vida, la salud en su caso, la educación.⁴⁰³

Elemento de suma importancia, además desde el punto vista jurídico, para el desarrollo y subsistencia del menor, pero que desafortunadamente ha sido tomado en la práctica como un medio eficaz para perjudicarse entre los progenitores bajo el pretexto de satisfacer la deuda alimenticia hacia el menor, de ahí que tanto en la doctrina como en nuestro sistema jurídico se prevean ciertos límites a la mencionada obligación:

La prestación de alimentos tiene límites: a) No ha de exceder de las cantidades necesarias para que el acreedor alimenticio pueda vivir decorosamente. En otras palabras, comprende sólo las cantidades necesarias para que el acreedor alimentista tenga lo necesario para vivir; b) Tampoco ha de estar en desproporción con la posibilidad económica de quien debe darlos.⁴⁰⁴

Como se puede apreciar y sin temor a equivocarme, los límites de la deuda alimenticia están encaminados a un cabal cumplimiento de la obligación mencionada por parte del deudor alimentista, sin que esto implique que por tal cumplimiento el deudor alimentista llegue a encontrarse inclusive en un estado precario, a causa de no ser tomada en cuenta la situación económica en que se encuentre al momento de fijar una desproporcionada cantidad destinada para el cumplimiento de la mencionada obligación. Más aun, no existe precepto alguno que señale ni expresa ni categóricamente que tal obligación deba ser cubierta pecuniariamente, considero, que la *ratio legis* de la obligación alimentaria, es precisamente satisfacer las necesidades esenciales para el adecuado desarrollo del menor, por lo que desde luego esta obligación puede cubrirse en especie y no exclusivamente en dinero, lo cual a mi parecer los beneficios serían de manera directa hacia el menor, logrando además con ello una mejor y efectiva interacción con sus progenitores.

⁴⁰³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op, cit, pág.: 479.

⁴⁰⁴ Ibidem. pág.: 479.

Por estas razones considero, que los avances logrados tanto en la doctrina como en nuestro sistema jurídico encaminados hacia la protección del menor son importantes, pero falta mucho por hacer, como crear medios legales carentes de ambigüedad o perfeccionar los ya existentes, a favor de una protección efectiva de los menores e inclusive de sus propios padres. Pues la situación más apremiante e indispensable recae en el menor, en donde los mecanismos legales vigentes, dejan muchas vaguedades que son aprovechadas por los progenitores para arremeterse entre sí, desvirtuando con ello el espíritu de la Ley, como es el caso de la obligación señalada en el párrafo anterior, la deuda alimenticia, la cual queda al arbitrio del órgano jurisdiccional, que aunque para su determinación debe tomarse en cuenta los principios señalados por tan prestigiado maestro, lo cierto es que muchas veces esta determinación es desproporcionada, por otra parte, en mi opinión, no debe ser únicamente la determinación de cantidad dinero para el cumplimiento de la obligación señalada, pues es bien claro el espíritu de esta institución, lo que se pretende es el proporcionar de los medios necesarios para la subsistencia y correcto desarrollo del menor, además como lo he señalado esta obligación, bien podría cubrirse en especie, la cual también puede ser comprobable.

II.- Eficacia real en la aplicación de los tipos delictivos en estudio

Como se puede apreciar, falta mucho por hacer, en consecuencia se debe acrecentar la búsqueda e implementación de mecanismos que dejen a salvo el correcto desarrollo del menor, en cualquiera de las situaciones de convivencia que los padres ostenten (ya sea divorcio emocional o separación física).

Desde mi punto de vista, las razones por las que no se han alcanzado los objetivos del espíritu del legislador, pueden reducirse a dos grandes grupos: la primera referente a la técnica jurídica creadora de las disposiciones legislativas,

y la segunda referente a la aplicación de los ordenamientos legales por parte de los órganos de autoridad, que complementa a la primera. Se añade además la falta de conciencia y sensibilidad de los problemas con los que lidia día con día el menor, partiendo desde sus progenitores hasta las autoridades encargadas de la procuración y administración de justicia.

Referente a la técnica jurídica-legislativa relativa al tipo en estudio, surge la siguiente ambigüedad, si se requiere previo al procedimiento penal un proceso familiar, es decir, si a falta de este procedimiento tendrá lugar la atipicidad de la conducta realizada, en donde se exija que se haya dictado una sentencia, cuando menos la guarda y custodia provisional.

La dificultad se centra, en que los derechos inherentes a la patria potestad, únicamente pueden ser limitados o suspendidos o declarar su pérdida, únicamente mediante resolución judicial, no así para su creación, ya que deriva del simple reconocimiento, de la filiación, razones por las cuales considero ambiguo el tipo en análisis.

Es por ello que opino que no es suficiente el esfuerzo realizado por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en cuanto a la creación del tipo en estudio, pues sin duda, resulta absurdo, que los derechos derivados de la patria potestad tales como el régimen de visitas, la guarda y custodia del menor, derechos y obligaciones o deberes los cuales no son disponibles, sea un progenitor despojado de ellos de manera arbitraria por parte de su consorte sin mayor trámite, y para ser resarcido en sus derechos, así como los de su menor hijo, tenga que enfrentarse a lo engorroso que resulta el proceso familiar, con sus implicaciones económicas y emocionales, principalmente para el consorte inocente pero sobre todo para el menor, y ahora esperar después de la aplicación de las medidas de apremio contenidos en el Código adjetivo de la materia, intentar dar inicio a un nuevo procedimiento, el penal, sin olvidar las nuevas erogaciones.

El derecho de visitas, sostengo, es fundamental, pues en él descansa el derecho de convivencia y es el medio indispensable para el cumplimiento de

los deberes impuestos por la patria potestad, el cual debe ser tutelado sin duda alguna por el Derecho Penal, ya que desde el punto de vista jurídico y social, la protección del correcto desarrollo del menor en sus tres esferas fundamentales es de invaluable importancia, a tal grado que tiene su origen en el Derecho Natural.

Desafortunadamente, se ha dejado de lado el Derecho Natural, desvirtuándose las instituciones jurídicas tendientes a su protección. Otra hipótesis que puede surgir al tener ambos la tenencia de patria potestad, con todos y cada uno de los derechos y obligaciones que conlleva, puede acontecer que de la misma forma o al menos de manera semejante en que el primer progenitor se apoderó del menor, el segundo puede realizar la misma conducta reprochable, sin temor alguno de infringir norma alguna. En consecuencia, se puede observar la gravedad de la situación que puede estar viviendo el menor, sin que en realidad exista una real y efectiva protección del menor, además del terrible daño psicológico que esto le acarrearía como ya ha quedado asentado.

Finalmente, debo señalar que desafortunadamente, las instituciones de procuración e impartición de justicia, ostentan un clima demasiado tenso y despótico, en donde si una persona mayor de edad es susceptible a este ambiente, con mayor razón lo será el menor, agregando la falta de inmediatez y de sensibilidad por parte de las mencionadas autoridades agobiadas de trabajo, en el mejor de los casos, en donde difícilmente se toman el tiempo necesario para dar la atención debida al menor. Agregando, por otra parte la falta de preparación de los mencionados órganos, en el estudio de estas áreas indispensables para la comprensión de estas problemáticas así como el apoyo de profesionistas de otras ciencias que complementen el panorama suscitado, impide que las autoridades realmente cumplan su cometido.

2.1.1. Prescripción del delito en cita

Otro problema que debe abordarse es el de la prescripción, factor de suma importancia, pues en el caso hipotético en donde se reúnan todos los elementos exigidos por el tipo, así como los demás elementos esenciales del delito, existe un tiempo determinado para poder hacer efectiva la denuncia correspondiente ante la autoridad, es por ello que considero importante hacer un breve estudio de esta institución procedimental.

Primeramente, se debe precisar el alcance del término empleado, prescripción, pues en estricto sentido lo que prescribe es la acción penal que se encuentra bajo el monopolio del Ministerio Público, así como también las penas descritas en los ordenamientos punitivos, no así el delito, la maestra Griselda Amuchategui ilustra al respecto:

Prescripción. Extingue tanto la acción como la pena. Consiste en el transcurso del tiempo que la ley establezca, siempre que existan los supuestos legales señalados y, por ese simple hecho, prescribe la acción o la pena (arts. 100 a 115 del *CPF* y 105 a 120 del *CPDF*).⁴⁰⁵

En ese sentido la prescripción es un medio extintivo, el cual opera por el mero transcurso del tiempo, en donde se extingue la atribución del Estado para ejercitar la acción penal contra el indiciado, o para ejecutar la pena impuesta al condenado.⁴⁰⁶

En efecto, como es de observarse, la prescripción es un medio de extinción penal, tal y como lo refieren tan excelsos maestros, pero lo es en lo concerniente al ejercicio de la acción penal, o en su caso la pena, así queda plasmado en el artículo 105 del Código sustantivo de la materia en le Distrito Federal. No resulta óbice señalar que por pena se entiende a la restricción o

⁴⁰⁵ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Op, cit, pág.: 135.

⁴⁰⁶ Cfr. CASTELLANOS TENA Fernando. Op, cit, págs.: 343-344.

privación de derechos del sentenciado, es decir, se ubica dentro del ámbito ejecutivo.

Esto es, la prescripción, por el mero transcurso del tiempo implica la pérdida del derecho por parte del Estado, de castigar al sujeto activo del delito, ya sea que se encuentre en el inicio de la etapa procesal (ejercicio o no ejercicio de la acción penal, la cual inicia con la denuncia o querrela), o ya en la etapa ejecutiva, la cual surge después de haberse consumado la etapa judicial procedimental correspondiente y por lo tanto se ubica en la etapa ejecutiva o de ejecución de la sentencia emanada por el órgano jurisdiccional, la pena, la cual también deja de tener aplicabilidad o ejecutabilidad por parte del Estado. La prescripción, evita la persecución del justiciable o la efectiva ejecución de la pena.

Se trata de un elemento procedimental o adjetivo, no sustancial, por lo que el delito, en caso de reunir sus elementos esenciales, seguirá existiendo, queda subsistente, pero sin que exista la consecuencia final, la aplicación de la pena. Ahora bien, conviene tomar en cuenta que para que tenga aplicabilidad la prescripción, han de observarse las particularidades contenidas a la naturaleza de cada delito y poder determinar así, en cada caso en concreto el momento en que opera la prescripción.

En el caso del delito en estudio, retomando su análisis dogmático, se ubica en el grupo de los delitos de tipo continuo o permanente, y conforme con el artículo 108 fracción II del Código Penal vigente para el Distrito Federal en donde se hace referencia específica a la situación que guardan los delitos de los cual forma parte el delito en estudio, señala que se empezará a tomar en cuenta para el computo del término, el momento último de la realización de la conducta, es decir, el momento de cesación de la comisión del delito, lo que trasladándolo al caso en concreto equivaldría al momento de la cesación de la conducta, la cual consiste en la privación de la libertad del menor encaminada a no permitirle la convivencia con su otro progenitor, desde el acto último consumativo del delito. Cabe señalar que los plazos para la prescripción serán

continuos, tal y como lo establece en su parte relativa el artículo 109 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

En lo que respecta a la prescripción de la pretensión punitiva en los delitos perseguibles de oficio, es decir, para el ejercicio de la acción penal, los lineamientos a seguir se encuentra previsto en el artículo 111 del Ordenamiento punitivo local, destaca la fracción primera donde prevé como plazo para que opere la prescripción el término medio aritmético de la pena establecida en el tipo que se trate, aunque señala categóricamente, que en ningún caso el término aludido podrá ser menor a tres años, no obstante se debe aclarar que lo dispuesto en esta fracción se refiere a los casos que traten de delitos que ameriten pena privativa de la libertad, pues en caso contrario como queda establecido en la segunda fracción del artículo en estudio el término para la prescripción será de una año, para los delitos que no ameriten pena privativa de la libertad.

2.2.1. Posibles soluciones y lineamientos para enfrentar la problemática planteada

Ante todo, se debe reconocer los logros obtenidos en la constante búsqueda de protección de los menores en su correcto desarrollo, tanto en nuestro sistema jurídico así como en el de otros Estados, lo que inclusive ha encontrando eco en el Derecho internacional.

La protección del menor, no debe constreñirse exclusivamente a personas ajenas a su núcleo familiar, pues en este caso bien pueden quedar protegidos por otros tipos previstos en los diversos ordenamientos represivos de acuerdo a cada sistema jurídico, en consecuencia su protección debe abarcar el propio entorno familiar, pues como se advierte a lo largo de este trabajo, desafortunadamente dentro de ese entorno, debido a la naturaleza privada de

estos delitos y demás elementos señalados, el menor queda al desamparo total, incluyendo el abandono por parte del Estado.

Además, los lineamientos jurídicos establecidos para la regulación de estas problemáticas más bien parecieran como reglas del juego utilizadas por los progenitores para combatir a su ex pareja dentro de los largos procesos ventilados en los tribunales, de manera que el objetivo a alcanzar se encuentra muy distante, pues además de la falta de inmediatez procesal y ausencia de agilidad en la resolución de los asuntos procesales, se añaden algunas deficiencias legislativas dentro de los cuerpos normativos.

El estudio de la determinación de los delitos en cuanto a que pertenezcan a los delitos perseguibles de oficio o de querrela, pareciera a simple vista intrascendente, mas esto no es así, pues como es de apreciarse en el caso del delito en estudio, su espíritu legislativo se encuentra tendiente a proteger al menor dentro de sus tres esferas fundamentales a saber, la psíquica, social y biológica, de tal suerte que pueda asegurarse fielmente el correcto desarrollo del niño.

Por las apuntadas razones, considero que en los casos en donde los ordenamientos jurídicos establezcan como forma de persecución de este delito mediante querrela o a petición de parte, resulta que en términos reales es muy difícil cumplir con este requisito procedimental, siendo en consecuencia los propios progenitores (dependiendo del tipo en estudio), los únicos sujetos posibilitados para cubrir con el requisito *sine qua non* de realizar la querrela correspondiente y así poder dar inicio al procedimiento en comento. Pues si bien es cierto que los menores de edad pueden realizar este requisito procedimental, no menos cierto es, que dentro de las formalidades para que tanga cabida esta acción, figuran una serie de requisitos tanto legales como de carácter físico para que el menor pueda satisfacer este requisito básico del procedimiento penal (Por ejemplo el Art. 264 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal en relación al delito en estudio, excluye al menor totalmente de toda posibilidad de realizar la querrela exigida).

Todo lo anterior, conduce a la siguiente reflexión: para lograr la eficacia de la norma, y por lo tanto justificación, es necesario que se ajuste a la realidad social existente de tal manera que se le pueda dar un cabal cumplimiento. Lo anterior es necesario, pues de lo contrario se convertiría en ley muerta, carente de toda justificación y aplicabilidad, trayendo como ineludible consecuencia la ausencia de un Estado de Derecho, surgiendo un clima de ingobernabilidad.

Es por ello que debe tomarse especial énfasis en el correcto establecimiento de los tipos punitivos integrantes de los cuerpos normativos represivos, tanto en los de carácter sustantivo, como los de carácter adjetivo o procesal, ya que son de una incalculable importancia para la materialización del espíritu legislativo, puesto que la existencia de los Códigos represivos, uno de carácter sustantivo y otro de carácter adjetivo, no significa que se contrapongan, más bien se complementan; por tales motivos la construcción de ambos debe ser tendiente a la protección efectiva de los bienes jurídicos que tutelan.

Por otra parte, se advierte dentro de los lineamientos establecidos en el tipo delictivo la existencia previa de un procedimiento judicial familiar, como presupuesto del delito, en la cual se haya dictado una resolución provisional o se haya dictado la sentencia correspondiente, según sea el caso, circunstancias que dan como resultado un fortalecimiento del cumplimiento de las resoluciones judiciales, sin embargo, al final de cuentas, resultan ser una serie de mecanismos que dificultan una real y efectiva protección del menor, por lo que sin dejar de reconocer el avance jurídico en esta materia, lo cierto es que el sometimiento del menor tanto físico como jurídico es evidente, por lo que el espíritu legislativo está muy lejos de alcanzarse.

La apertura del criterio judicial debe profundizar sobre el objetivo de los preceptos legales, pues partiendo del supuesto que para hacer posible el funcionamiento de los órganos de autoridad es menester la existencia de una persona física titular, apelo a su condición de ser humano para el dictado de sus resoluciones y determinaciones, pues sin duda lo que se encuentra en juego, no es el simple desarrollo adecuado de un menor o una simple

declaración del Derecho, sino el propio futuro del Estado, de modo que puedo afirmar, que la parte legislativa es importante, pero no lo es menos, la parte humana por parte de las autoridades impartidoras de justicia para lo cual resulta indispensable la inmediatez procesal.

Dentro de la integración legislativa, considero que debe delimitarse el margen de aplicación, es decir, primero determinar con mayor claridad el delito en estudio, ya que por su composición, tiende a confundirse con los delitos de robo de infante, tráfico de menores, en el mejor de los casos, pues estos delitos pueden aparecer dirigidos a la protección de cualquier persona, como un delito genérico, y precisamente por esos motivos, determinar de manera clara la aplicabilidad del tipo penal correspondiente, tendiente a la protección real y efectiva del menor en cuanto a las situaciones planteadas.

Por otra parte, si bien se puede y debe reforzarse las determinaciones judiciales emanadas por los tribunales en materia familiar, a través de la vía del Derecho Penal, debe establecerse y en el mejor de los casos fortalecer la protección real y efectiva del menor mediante la vía Penal, pues como se ha sustentado a lo largo del desarrollo del presente trabajo, el real y efectivo desarrollo del menor en sus tres esferas fundamentales, sin duda alguna, debe ser prioridad para cualquier Estado, protección que deberá ser frente a su círculo social primario, incluyendo obviamente a sus padres.

Ahora bien, en cuanto a la forma de persecución del delito en estudio, tomando en cuenta la importancia que reviste, considero que debería perseguirse de oficio, lo cual no significa que esté de acuerdo con las sanciones previstas, es decir, que esto traiga como consecuencia necesaria el aumento de la punibilidad en cuanto al establecimiento de penas privativas de libertad, sino más bien lo que se procura es que precisamente debido las circunstancias en que acontece esta conducta delictiva, cualquier persona pueda denunciar los hechos, lo que sin duda brindaría un mejor avance en la protección efectiva del menor. Además recordando las formalidades procesales, la denuncia serviría para poder dar inicio a una Averiguación Previa, por lo que se está simplemente en una etapa de investigación, en

donde de no ser ciertos los hechos denunciados, la averiguación pasaría al Archivo y se concluiría el procedimiento, pero de no ser así, y los hechos fueran reales, se lograría una real y efectiva protección al menor, de ahí también la necesidad del auxilio de otras ciencias (como la psicología y la psiquiatría) para la realización de una mejor determinación por parte de las autoridades que conozcan del asunto.

Por otra parte una vez que la autoridad ministerial tenga conocimiento de los hechos, deberá de inmediato abocarse a un estudio previo, o lo que se conoce como medidas cautelares o precautorias a efecto de brindar de inmediato una real y efectiva protección, pero sin llegar a un excesiva intromisión del núcleo familiar en conflicto.

La dificultad de preservar estas esferas jurídicas, considero que pueden salvarse sin que se contrapongan unas con otras, lo cual sin duda dependerán de las primeras diligencias realizadas, en donde sin duda serán de una gran importancia las áreas de conocimiento como la psicología y la psiquiatría para poder determinar a ciencia cierta el estado real del menor, circunstancias que pueden encuadrarse perfectamente las medidas cautelares ya previstas en los Códigos Procesales relativos a la materia.

Los objetivos de los diagnósticos referidos ayudarán a determinar si el menor efectivamente se encuentra afectado por la conducta delictiva en estudio, de ser así, poder determinar si es posible lograr la reintegración familiar, es decir, si los padres se encuentran en aptitud de realizar las funciones encomendadas de la tenencia de la patria potestad, esto es, dirigir correctamente al menor, y en base a esta determinación, entonces se podrá conocer de manera más certera el tipo de intervención o medida precautoria a seguir en favor del beneficio del menor, las cuales podrían ser: un tratamiento tendiente a la reintegración familiar, ya sea psiquiátrico o psicológico; una separación temporal por parte del miembro que afecte la relación familiar; o inclusive la separación del menor de su entorno, ya sea temporal o

definitivamente. Por supuesto que en ambos supuestos la intervención psicológica o psiquiátrica debe tener cabida.⁴⁰⁷

En efecto, a partir de este invaluable estudio, la autoridad correspondiente podrá determinar a ciencia cierta el siguiente paso a seguir, no sin antes señalar que para poder arribar a una acertada decisión, es menester el auxilio de otras ramas del conocimiento, destacando entre ellas, la psicología, pues no se puede concretar a lo frío de un precepto legislativo o la simple apariencia externa que presenten las personas participantes en el surgimiento del delito, de ahí la importancia de la inmediatez procesal, pero apelo más allá, los órganos de autoridad deben tratar de buscar en la mayor de sus posibilidades la verdad real y no sólo satisfacerse con la verdad legal, pues insisto, la importancia de la problemática planteada es de carácter mayúsculo. De ahí lo atinado del comentario realizado por Despert:

Cada vez es más claro que los tribunales necesitan otras profesiones además de las jurídicas para sopesar los derechos sociales y emocionales que entran en juego en los casos de separación y de divorcio. Esta necesidad nunca se siente de modo más agudo que cuando se trata de casos que comprenden a los niños.⁴⁰⁸

En ese sentido, retomando lo plasmado por Despert, las autoridades encargadas de impartir justicia deben estar auxiliadas por otras ramas del conocimiento para poder dar una acertada determinación, todo ello teniendo como eje principal la protección del menor, reflexión que desde luego deberán tomar en cuenta los órganos jurisdiccionales familiares, así como las autoridades de la rama penal, iniciando por supuesto con el Agente del Ministerio Público, quienes deben tener un panorama amplio de la magnitud del problema y contar su vez con el auxilio suficiente de peritos en otras ciencias a efecto de poder determinar de manera certera las medidas cautelares pertinentes, si es que fuera necesario, pues debe recordarse que es quien ostenta el monopolio de la acción penal, además de ser un representante

⁴⁰⁷ Cfr. ARRUABARRENA, Ma. Ignacia, De Paúl Joaquín. Op, cit, pág.: 72.

⁴⁰⁸ DESPERT, Louise J. Op, cit, pág.: 203.

social, en consecuencia le corresponde garantizar de protección de los menores. Al respecto resulta muy ilustra la siguiente cita:

Sólo en ésos pocos tribunales que cuentan con servicios psiquiátricos y sociales, se sirven verdaderamente los intereses de los niños. Hasta que todos los casos relacionados con los niños se tramiten en tribunales que cuenten con estos servicios, la psiquiatría no está en condiciones de hacer la contribución pertinente a la protección del niño en los tribunales.⁴⁰⁹

Por otra parte, en lo tocante a la competencia de las autoridades que conozcan de las conductas en estudio, opino que si bien es cierto que debe estar determinada jurídicamente, no menos cierto es, que ello no es óbice para que las autoridades que tengan conocimiento del asunto, lo canalicen a las autoridades competentes, pues no se debe olvidar la trascendencia de la problemática planteada, por ello se debe rebasar los conflictos de competencia de los órganos jurisdiccionales, pues urge una real y efectiva protección del menor, lo cual, no significa que resuelva una autoridad no competente, sino más bien que remita el asunto a la que sí lo es, desburocratizando así a nuestras instituciones, pues si una persona que denunció los hechos ante diversa autoridad y en consecuencia no se le atiende, simplemente olvida al menor, quedando finalmente de nueva cuenta al olvido. Sobre la solución al particular, invoco más que a una disposición de carácter legislativo, a una conciencia común, una sociedad más humana, tanto de autoridades como demás integrantes de nuestra sociedad.

La búsqueda de la protección de los menores en este tipo de conflictos, ha llevado a diversos estudiosos y ordenamientos jurídicos al planteamiento de diversas soluciones, al unísono cito a Mizrahi, quien expone que en la ley Argentina, se le denomina al delito en estudio como impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes, donde se refiere como conducta delictiva a cualquier medio de obstrucción de convivencia del menor con su progenitor, en donde de acuerdo al grado de obstrucción, la punibilidad del delito va en aumento. Lo interesante se refiere a la etapa procedimental, en

⁴⁰⁹ Idem. pág.: 205.

donde se le estatuye al juez un plazo no mayor de diez días, para reestablecer el contacto del hijo con su padre, dándole amplias facultades para realizar su cometido, inclusive, obliga al juez penal, remitir los antecedentes a lo que llama justicia civil, lo que sin duda es plausible.⁴¹⁰

La obligación de las autoridades a estar en coordinación con el objeto de brindar una mayor y efectiva protección al menor, resalta a todas luces la prioridad que el menor representa para el Estado Argentino, eliminando por completo el burocratismo y demás trabas procesales bien conocidas en nuestro país, agregando otro avance importante, en el sistema jurídico argentino, no se requiere trámite judicial civil alguno en donde se haya establecido un régimen de visitas, eliminando de esta manera el obstáculo para la intervención del Derecho penal hacia la salvaguarda de los bienes tutelados estudiados.

Otra vertiente adoptada por el mismo autor, para la solución de la problemática planteada es el de otorgar más facultades al juez de lo familiar o civil en su caso, las cuales estarían enfocadas principalmente a la privación de la libertad hasta de dos años.⁴¹¹ Al respecto, considero, que de acuerdo a lo establecido por nuestro Ordenamiento Jurídico Supremo, los ámbitos de competencia se encuentran determinados, y seguir esta postura daría como consecuencia una invasión de competencias, acarreado con ello una incertidumbre jurídica.

Por otra parte, otro de los factores que aquejan a nuestros órganos de autoridad, es el social, desafortunadamente en nuestro país la falta de identidad nacional, ha hecho que en general se busquen modelos o estereotipos sociales utilizados por otros países, y frente a este fenómeno los órganos jurisdiccionales no son endebles, en otras palabras, muchas de las decisiones tomadas por estos organismos de impartición de justicia se limitan a tomar estadísticas o falsos criterios para la determinación de sus resoluciones, verbigracia, en la determinación de las pensiones alimenticias, en donde por lo general se decreta un porcentaje económico (aunque la ley no lo establezca de

⁴¹⁰ MIZRAHI, Mauricio Luis. Op, cit, pág.: 446-447.

⁴¹¹ Idem. pág.: 448.

manera textual a éste como medio de satisfacción de la mencionada obligación) como erogación del cumplimiento de la mencionada obligación a cargo del padre, sin entrar a detalles de la situación real de los progenitores, ni mucho menos de la situación que guarda el menor con cada uno de sus progenitores, sobre el particular cito lo siguiente:

En general, se piensa que la mayoría de las familias dirigidas sólo por la madre sufren con motivo de su ingreso considerablemente reducido tras el divorcio y el cumplimiento del padre en el pago de la manutención del niño. Sin embargo, un estudio de una muestra al azar integrada por 378 parejas divorciadas en el condado de Maricopa en Arizona realizada en 1986, sugiere que los datos que respaldan esta creencia pueden tener defectos metodológicos (Braver y O'Connell, 1998).

En primer lugar, las estadísticas de la oficina del censo respecto a la manutención de los niños están basadas en los informes maternos. No sorprende que los investigadores del condado de Maricopa hubieran encontrado una amplia disparidad entre lo que los padres dicen haber pagado y lo que las que madres que detentan la custodia manifiestan haber recibido. Los hallazgos sugieren que los padres (mientras tenga un empleo) pagan más de lo que generalmente se estipula. En cuanto a la tan deplorada "feminización de la pobreza", los investigadores encontraron que, en promedio, a hombres y mujeres suelen irles económicamente igual después del divorcio.⁴¹²

Por otra parte, no escapa a mi apreciación, el hecho de que en el sistema jurídico mexicano, en el proceso judicial familiar existen medidas precautorias, tales como el régimen de visitas, sin embargo es de aclararse que para que procedan, es menester llevarse acabo legalmente y en forma el emplazamiento de ley, pero qué sucede si este no puede ser concretizarse (en los no pocos casos en donde se cambian de domicilio o Estado o inclusive de país)?. Pues es de tomar en cuenta el tiempo de elaboración de la demanda, la admisión de la demanda..., y finalmente a falta de dicho emplazamiento, da como consecuencia la paralización del proceso, al respecto resulta muy ilustrativa la siguiente cita:

⁴¹² Papalia E., Diane... otros. Op, cit, pág.: 382-383.

Siempre tendrá el visitador expedita la vía judicial para exigir se cumpla el convenio, aunque son obvios los límites de eficacia de este medio, pues el custodio del menor puede ocultar a éste o mandarlo al extranjero. Además son evidentes los daños que se pueden causar al menor con éstos conflictos entre sus padres.⁴¹³

Cabe señalar que en el caso de que el menor sea trasladado fuera del territorio nacional, sería un delito diverso, tráfico de menores, competencia de la materia Federal en el artículo 336 *quáter* en su parte relativa del Código Penal Federal, tipo penal que si lugar a dudas viene a reforzar la protección del menor, en donde establece dentro de la punibilidad la pérdida de derechos inherentes a la tenencia de la patria potestad.

Verdaderamente, los convenios relativos al régimen de vistas pueden ser modificados, el cual después de haber sido logrado a través de engorrosos procedimientos, tanto para el menor como para los progenitores mismos, la modificación de los convenios celebrados implica la realización de una nueva serie de tramites, de ahí que cabría preguntarse, ¿mientras tanto, qué sucede con el menor? De ahí lo acertado del comentario realizado por Mizrahi, al señalar: “No puede estimarse eficiente un ordenamiento jurídico si las sentencias que produce no son atacadas o no existen vías idóneas para doblegar la voluntad contumaz.”⁴¹⁴

Justamente los ordenamientos jurídicos deben reunir esas dos características, la eficacia y la idoneidad para alcanzar sus objetivos, tanto en sus Códigos adjetivos y sustantivos, así como la inmediatez procesal, a la cual anexo la parte humana de los titulares de los órganos de autoridad, con el fin de erradicar lo señalado por el autor en cita basándose en las ideas de Borda: “nuestros jueces suelen ser en exceso débiles para hacer cumplir el régimen de visitas”⁴¹⁵

⁴¹³ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. “Convenios Conyugales y Familiares”. Op, cit, pág.: 119-120.

⁴¹⁴ MIZRAHI, Mauricio Luis. Op, cit, pág.: 441-442.

⁴¹⁵ Idem. pág.: 447-448.

En efecto, se necesitan vías idóneas para la real y efectiva protección del menor, de ahí, que la punibilidad de los tipos sea en razón su protección, pues no se trata, de determinar una punición o ejecutar una pena de privación de la libertad de una gran cantidad de años, sobre todo en este delito *sui generis*, el cual sin duda, amerita un tratamiento especial, pues considero acorde con el criterio sustentado por la excelsa maestra Amuchategui en nuestras aulas universitarias, en la sanción de los delitos lo que realmente debe buscarse es la rehabilitación del o los sujetos activos, y con mayor razón tratándose de la materia en estudio. Basta recordar que en efecto los padres son el primer núcleo social del niño, más aun, son los pilares fundamentales para su desarrollo.

Como colofón, cito a Despert, quien realiza una expresión breve y profunda de la problemática planteada, la cual contiene el objetivo así como todos y cada uno de los elementos propuestos, en sí, la razón de ser del presente trabajo:

Y mientras que los abogados acumulan argumento tras argumento, citando a esta autoridad o precedente; mientras que el juez se ve forzado a ocuparse nada más que con consideraciones menudas de algún punto de derecho; mientras que la pila de escritos, testimonios y actas se hace cada vez más alta, ¿qué sucede con niño?⁴¹⁶

⁴¹⁶ DESPERT, Louise J. Op. cit, pág.: 216.

CONCLUSIONES

1.- La creación del Derecho como institución reguladora de las relaciones humanas, y posteriormente como fuente reguladora del Estado, es uno de los avances más importantes e imprescindibles para la conservación del orden social establecido, el Estado de Derecho.

2.- Dentro de las finalidades de las creaciones del ser humano encaminadas a lograr la armonía social, considero que los menores son pieza clave para la existencia de las instituciones creadas por el hombre, y en sí del hombre mismo, pues es innegable que en el proceso evolutivo y biológico de la humanidad, los menores se constituyen en el elemento *sine qua non* para su existencia. Pese a lo anterior, a lo largo del proceso evolutivo de la humanidad, al menor, se le ha prestado poca atención tanto de parte de las instituciones como del mismo entorno familiar.

3.- Así, tomando en cuenta el avance evolutivo del ser humano, afirmo que la protección de los menores es de suma importancia, tanto para la preservación del hombre mismo, como para la eficacia de las demás instituciones creadas por el ser humano, incluyendo al Estado. Sin embargo, sigue latente una problemática que no ha logrado resolverse, cuando menos en nuestro sistema jurídico, es el establecimiento cronológico para determinar la minoría de edad. Pues a pesar de la existencia de un criterio Constitucional (Art. 18) y jurisprudencial en donde establece como término cronológico entre los 12 y 18 años para que un menor sea sujeto a tratamiento por parte del Estado (justicia para menores), debe señalarse que se trata de sujetos activos del delito, no así de sujetos pasivos como el caso del delito en estudio.

4.- La protección del menor debe ser frente a todo tipo de problemáticas, incluyendo las del orden familiar, en donde el menor sin duda resulta afectado, es indispensable que sea protegido, lo cual no ha de servir de pretexto para

una intromisión desmedida por parte del Estado en las relaciones familiares, pues lo que debe procurarse es la salvaguarda y protección del libre y correcto desarrollo del menor frente a cualquier situación, inclusive protegerlo de sus propios padres, por ello deben crearse normatividades claras, idóneas y efectivas, tendientes a una real protección de los menores.

5.- No se deja de reconocer la existencia de un Derecho Familiar, encargado de resolver las controversias familiares, empero, no es óbice, la entrada del Derecho Penal encaminado al fortalecimiento de la protección del menor, en sus tres esferas principales, la biológica la psicológica y la social, pues como ha quedado demostrado sin duda, el delito en estudio protege más de un bien jurídico tutelado, la libertad del menor y las relaciones familiares a que el menor tiene derecho. Consecuentemente, ambas ramas del Derecho se complementan en un objetivo común, pero con naturaleza distinta.

6.- Como lo he señalado, desde el punto de vista del Derecho Penal, los bienes jurídicos que tutelados son dos, los cuales sin duda alguna se encuentran estrechamente engarzados. El primero perteneciente al grupo de delitos que tutelan la libertad del menor y el segundo pertenece a los delitos que protegen a la familia, es decir, lo que tutela el Derecho Penal es el derecho de convivencia que debe existir entre los menores con cada uno de sus progenitores. El Derecho Penal garantiza o debe garantizar la eficacia del aludido derecho, pues como ha quedado comprobado, es un derecho indispensable para el correcto desarrollo del menor, preservando y asegurando de esta manera la permanencia del Estado mismo.

7.- No pasan inadvertidos los grandes avances relacionados en esta materia encaminados a la protección de los menores, con todo, en lo que toca a nuestros ordenamientos legales vigentes en el Distrito Federal, como lo he constatado, el tipo penal encargado de la tutela de los bienes jurídicos en estudio, pareciera ser un elemento subordinado a garantizar meramente el cumplimiento de las resoluciones judiciales emanadas de los juzgados familiares, constituyéndose las mencionadas resoluciones en presupuestos esenciales del delito, consecuentemente considero, que no se cumple a

cabalidad lo establecido por el espíritu del legislador, pues si bien se fortalece las resoluciones judiciales, no menos cierto es que se deja al desamparo al menor.

8.- Cabe destacar que los términos en que se encuentra redactado el tipo delictivo en estudio, resulta muy ambiguo, tal y como se ha justificado en el cuarto Capítulo de este trabajo.

9.- De una exégesis del tipo penal en estudio junto con los lineamientos jurídicos civiles referentes a la materia familiar, afirmo, que en razón de que la patria potestad deriva de un Derecho natural, reconocido por el Derecho como institución a través de la filiación, y cuyos derechos no pueden suspenderse, limitarse o restringirse sino exclusivamente mediante resolución judicial en las que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento, entonces, a *contrario sensu*, esto significa que si no se ha llevado ante la autoridad jurisdiccional competente el juicio correspondiente, realizado con las formalidades referidas, y dé como resultado la restricción de los derechos derivados de la tenencia de la patria potestad, sostengo, que ambos progenitores son poseedores de la patria potestad, con todos los derechos y obligaciones que conlleva.

10.- En virtud de lo anterior, considero que esta ambigüedad crea una incertidumbre jurídica, pues el menor puede encontrarse impunemente en una estancia con un progenitor y luego ser sustraído por el otro, y así sucesivamente, ya que sin duda ambos progenitores tienen a su favor una prueba *juris tantum*, la que naturalmente provocará la atipicidad de su conducta. Esta situación sin duda rompe el principio Constitucional plasmado en el artículo 17 (no hacerse justicia por su propia mano), y lo que es más grave, los daños psicológicos a los que el menor se encuentra expuesto que son de gran magnitud y seguramente irreversibles, en consecuencia todo esto ocasionaría un grave retroceso dentro del avance del Derecho Penal, al situarnos nuevamente en la venganza como forma primitiva de solución de los conflictos, lo cual sin duda es inadmisibile.

11.- No debo dejar pasar por alto, que en lo referente a la parte procedimental de nuestro sistema jurídico, el principio de presunción de inocencia es ignorado por casi todas las ramas de nuestro Derecho, y el caso en concreto, no es la excepción, pues no obstante que el progenitor desposeído ha sido impunemente alejado, con toda alevosía, de la convivencia con su menor hijo (situaciones que suceden en no pocas ocasiones), debe seguir un procedimiento para acreditar su inocencia, y hasta entonces le serán reconocidos los derechos inherentes a la patria potestad (de los cuales curiosamente jamás ha sido desposeído), y así lograr tras realizar los tramites establecidos tanto en la ley como en la práctica judicial, un régimen de visitas provisional en que se le permita, si no hay contratiempos, la visita tan ansiada a su menor hijo. Por eso urge la real y eficaz garantía de la convivencia del menor con cada uno de sus padres, pues insisto, los problemas conyugales, deben quedar al margen de la relación que guarden los progenitores para con sus hijos.

12.- Por lo que respecta a la independencia que debe existir entre el delito en estudio y las resoluciones emanadas por los órganos jurisdiccionales en materia familiar, sostengo, que si bien es cierto que se encuentran enfocados a una misma problemática, también es cierto, que la finalidad legislativa es distinta, en otras palabras, su *ratio legis* de la normatividad del Derecho Familiar o de Familia se encuentra encaminada a la resolución de las controversias surgidas en la familia que afectan la integración jurídica (divorcios, régimen de visitas, nulidad de matrimonio, etc.), mientras que la *ratio legis* del Derecho Penal tiene como premisa principal la tutela de los bienes jurídicos. De manera que cada Ordenamiento tiene una misión específica por cumplir, motivos por los cuales no deben encontrarse subordinados en su totalidad, más bien deben estar en coordinación.

Dicho de otra forma, a manera de ejemplo, lo comparo con lo que sucede en el caso de que se demande a una persona por el incumplimiento de un contrato por la vía civil, mientras que por la vía penal se denuncia la configuración del delito de fraude, en la primera lo que se busca es el resarcimiento de daños y perjuicios causados en su patrimonio, o la devolución

de dinero, o el cumplimiento forzoso de la obligación, mientras que en el segundo supuesto, lo que en realidad se sanciona es la conducta delictiva, pues sin duda se transgrede al bien jurídico tutelado por el tipo, por tanto, la generación de los mismos hechos encuentran aplicabilidad ambos ordenamientos, con naturaleza diferente.

13.- Por otra parte, es de señalar que la forma de persecución del delito en estudio en algunos Ordenamientos punitivos es por querrela, lo cual vuelve a poner de manifiesto la disponibilidad que los padres ostentan hacia el menor, puesto que con esta forma de persecución, lejos de proteger realmente al menor, se vuelve a dejar en manos de los posibles sujetos activos su destino, ya que no se debe olvidar las situaciones brumosas en que se desarrolla la problemática planteada, pues los padres suelen ser, incluso sin saberlo los causantes principales de las agresiones que sufren los menores.

14.- Por las razones expresadas en el punto que antecede, estoy de acuerdo que este delito sea perseguible de oficio, con lo que la autoridad correspondiente, el Agente del Ministerio Público, puede dar inicio a la integración de la Averiguación Previa con la denuncia de cualquier persona, inclusive de un menor, y por consiguiente se da vida al inicio del procedimiento penal, salvaguardando así el correcto desarrollo del menor.

15.- Respecto a la punibilidad que debe contener el tipo, sostengo que no debe conllevar necesariamente pena privativa de libertad, pues ella no es en sí misma una pena del todo eficaz, pues como se ha demostrado con anterioridad, tomando como eje el bienestar del menor, los sujetos activos del delito, son factores indispensables para su desarrollo, pudiendo resultar en consecuencia las penas privativas más perjudiciales en caso de aplicarse a algún progenitor, de ahí que no en pocas ocasiones lo realmente indispensable para la solución del conflicto es el sometimiento de los padres a un tratamiento psiquiátrico o psicológico, de manera que con ello se solucionarían realmente las necesidades del menor (recordando que para él, ellos representan los pilares fundamentales).

Debo señalar que los tratamientos psiquiátricos o psicológicos señalados como medidas de seguridad, no deberían tener como límite cronológico el tiempo señalado en la punibilidad, sino más bien el tiempo necesario para su rehabilitación.

16.- Cabe señalar que el delito en estudio ha sido objeto de diversas denominaciones, tanto en los distintos sistemas jurídicos de otros países, como dentro de los integrantes de nuestro sistema jurídico nacional. Sin embargo, debe precisarse que en algunos ordenamientos jurídicos contemplan figuras delictivas semejantes pero encaminadas a otras situaciones, como el caso del tráfico de menores, razones por las cuales considero que debe delimitarse exactamente el delito en estudio en las hipótesis legislativas integrantes de los ordenamientos punitivos.

17.- Así, en el Código Penal Federal, no se prevé el delito en estudio como tal, sino más bien es un refuerzo a la protección del menor a nivel federal e internacional, en cuanto a la sustracción y retención del menor lo cual es un avance plausible, pero considero que debería tener aplicabilidad en cuanto a que esta conducta se suscite en el interior de la República, a efecto de lograr una mejor eficacia de la protección del menor.

PROPUESTAS

Parto del hecho que el Derecho debe ser acorde a las necesidades sociales, debe ser real, logrando así su justificación, por un lado, y de otra parte, protegiendo la vulnerabilidad del ser humano, especialmente los períodos abarcados desde el nacimiento hasta la adolescencia, donde por supuesto queda comprendida la infancia (sin olvidar la otra faceta que es la senectud).

En ese sentido, es que independientemente de que sean parte de las conclusiones del presente trabajo, sostengo que la entrada del Derecho penal a la tutela de los bienes jurídicos tutelados del menor por el delito en estudio, es un gran avance en la protección del menor, por lo que de ninguna manera debe contraponerse a las disposiciones del Derecho familiar.

Sin embargo, debido a lo delicado que representa la materia Penal como rama del Derecho, es de tomarse en cuenta circunstancias como lo dispuesto en el artículo 14 Constitucional y demás relativos, que implican la delimitación clara y precisa del tipo penal en estudio, pues de esta manera se podrá lograr verdaderamente el objetivo legislativo de los tipos integrantes de los ordenamientos punitivos.

Así, en cuanto al tipo en estudio, debe existir una delimitación clara de los sujetos activos del delito, pues como se ha demostrado, esa es una de sus características *sui generis* de este delito (a diferencia del robo de infante), en donde con la filiación, bien quedarían delimitados todos los posibles sujetos activos del delito en estudio, pudiendo agregarse el parentesco civil para el caso de la adopción.

Respecto al sujeto pasivo, considero que el término cronológico que debe tomarse en cuenta es el de 18 años, de acuerdo a las disposiciones Constitucionales y a los tratados internacionales de los que nuestro país forma parte, acotando que abarca desde el nacimiento hasta la edad de 18 años.

Término cronológico que debe tomarse en cuenta en todos nuestros ordenamientos jurídicos a efecto de homologar el término referido.

En cuanto al verbo núcleo del tipo, sin duda son los adecuados, iniciando en su prelación lógica causal el de “sustracción y retención”, con la aclaración de que la retención puede darse de manera autónoma.

Por lo que toca al modo circunstancial de realización del delito en estudio, tomando el modo, tiempo y lugar, señalo lo siguiente: modo, como elemento normativo se requiere que sea sin el consentimiento de quien ejerza la patria potestad (ya sea padres o abuelos, según el caso) y que sea con el propósito de impedir la relación de convivencia entre el mencionado progenitor y el menor; tiempo, se ubica en el periodo cronológico señalado para la determinación de la minoría de edad; en lo que toca al lugar, para evitar ambigüedades, propongo que sea tomado como lugar, todo aquel donde el progenitor que ejerza la patria potestad realice la guarda y custodia del menor.

Respecto a la punibilidad que debe contener el tipo, sostengo que no debe conllevar necesariamente pena privativa de libertad, pues no es en sí misma una pena del todo eficaz, pues como se ha demostrado con anterioridad, tomando como eje el bienestar del menor, los sujetos activos del delito, son factores indispensables para su desarrollo, pudiendo resultar en consecuencia las penas privativas más perjudiciales en caso de aplicarse a algún progenitor, de ahí que no en pocas ocasiones lo realmente indispensable para la solución del conflicto es el sometimiento de los padres aun tratamiento psiquiátrico o psicológico, de manera que con ello se solucionarían realmente las necesidades del menor (recordando que para él, ellos representan los pilares fundamentales).

Razones por las que considero que la punibilidad, es un factor de suma importancia en cuestión de procurar una real y efectiva readaptación social, por lo que la pena privativa de libertad no debe ser considerada como única forma de sanción, como ya he hecho referencia, con mayor razón en el caso en concreto del delito en estudio, pues de la punibilidad en mucho depende la real

y efectiva protección del menor, acatando de esta forma el espíritu legislativo. Así, confirmo que la punibilidad de este delito deberá partir desde un tratamiento psiquiátrico hasta la separación del progenitor perjudicial para el menor, última determinación que deberá ejecutarse en coordinación con el órgano jurisdiccional familiar (respetando así el campo de competencia de cada órgano jurisdiccional), y en caso de reincidencia entonces sí será necesaria una pena privativa de la libertad, la cual será aplicable, insisto, debido a la necesidad de protección del menor.

Para esos efectos, se debe tomar en cuenta dentro de la minoría de edad las distintas etapas de desarrollo, teniendo una punibilidad mayor a razón del estado de indefensión tanto física como mental, abarcando la primera desde el nacimiento hasta la edad de siete años, el segundo periodo comprenderá de los siete a los catorce años, y finalmente de los catorce a los dieciocho. Así la punibilidad del delito deberá ajustarse al grado de conciencia y manejo de la voluntad del menor.

Con todo, la punibilidad del delito en estudio, siempre deberá establecerse una pena alternativa, siendo la primera el sometimiento de los progenitores a un tratamiento tendiente a la reintegración familiar que estime el juez necesario, tanto en tiempo como en los mecanismos (por ejemplo psiquiátrico o psicológico) en función a una verdadera reintegración familiar, pues en efecto, debe tratarse antes que nada y por encima de todo el correcto funcionamiento de la familia, pues al fin de cuentas ambos progenitores son indispensables para el desarrollo de las tres esferas fundamentales del menor. En cuanto a la segunda pena se refiere, bien puede aplicarse la pena privativa de libertad la cual podría ser de 1 a 6 años de prisión, la cual deberá ser aplicada en caso de reincidencia, o en el caso que se demuestre fehacientemente el alto grado perjudicial que el menor resiente a causa de la conducta delictiva desplegada por su progenitor, supuestos en los cuales podría citarse que se ponga en peligro la vida o integridad tanto física como psicológica del menor, en donde el juez de la causa deberá requerir al juez de lo familiar para la pérdida de derechos referentes a la tenencia de la patria potestad.

De todo lo anterior, propongo el siguiente modelo de tipo penal:

“Comete el delito de sustracción o retención, el que teniendo parentesco derivado de la filiación o civil con el menor, lo sustraiga de la guarda y custodia de quien legítimamente la tenga, sin su consentimiento, impidiéndole la convivencia con su menor hijo.

Se entiende por menor de edad el término cronológico que abarca desde su nacimiento hasta la edad de dieciocho años.

Se impondrá al o a los progenitores como medida de seguridad, el sometimiento a un tratamiento tendiente a la reintegración familiar, y para el caso de reincidencia del progenitor, sujeto activo del delito o que con la realización de la conducta delictiva se ponga en peligro la vida o la integridad física o psicológica del menor se impondrá una pena privativa de libertad de un año a seis años de prisión, además de la pérdida de los derechos inherentes a la patria potestad dando de oficio aviso el juez de la causa al juez de lo familiar del contenido de su sentencia definitiva, para que se de inicio al procedimiento respectivo y se determine lo que a Derecho convenga.

Para la determinación de la pena privativa de la libertad, deberá estarse atento a los siguientes períodos cronológicos:

I.- Para el periodo del nacimiento hasta los siete años, se impondrá la pena señalada.

II.- Para el periodo de los 7 a los 14 años, se impondrá hasta una mitad de la pena máxima señalada.

III.-Para el periodo comprendido de los 14 a los 18 años, se impondrá hasta una cuarta parte de la pena máxima señalada”

Referente al Derecho Procesal Penal de este delito, propongo:

En lo referente a su forma de persecución, deberá perseguirse de oficio y no por querrela tomando en cuenta las razones esgrimidas hechas en su oportunidad.

Además, debe establecerse que en cualquier procedimiento penal relativo a los bienes jurídicos que tutela familia, en donde se encuentre involucrado un menor de 14 años, deberá realizarse de inmediato un examen previo tanto físico como psicológico del estado que guarda, a efecto de determinar las actuaciones correspondientes.

En consecuencia, en el caso del delito en estudio una vez realizada la denuncia correspondiente, deberá instaurarse una real y efectiva evaluación del estado que realmente guarde el menor, dirigida al análisis de su estado físico y psicológico, en donde participen peritos realmente especializados en esa materia, de tal manera que se pueda determinar con la mayor certeza posible el estado real que guarde el menor y en consecuencia el Agente del Ministerio Público pueda realizar las determinaciones que considere pertinentes, garantizando de esta manera dos cosas a saber, la real y efectiva protección del menor y por otra parte respetar la libertad de desarrollo familiar comprendido en el artículo cuarto Constitucional.

Finalmente, siendo unísono con las conclusiones arribadas, la tutela del menor en materia del Derecho familiar no debe ser óbice o excluyente de la tutela del menor desde el punto de vista de Derecho penal, siendo en consecuencia dos ramas del Derecho que deben buscar dentro de sus respectivos ámbitos, una real y efectiva protección del menor.

En ese orden de ideas, las resoluciones o sentencias de los órganos jurisdiccionales ya sea penal o familiar, deben tener conexión en su cumplimiento a efecto de respetar su ámbito de aplicación. Es decir, el procedimiento penal en cuanto a su desarrollo, debe tener vida independiente al proceso familiar, pues así como antes de las recientes reformas se fortaleció a través de la vía penal el cumplimiento de las sentencias familiares, en ese mismo sentido los tribunales de lo familiar deben fortalecer las resoluciones

relativas a la familia, no homologando sentencias, sino más bien iniciando el procedimiento correspondiente determinando así lo conducente, respetando de esta manera los principios de legalidad y certeza jurídica de los gobernados, pues jamás se debe perder de vista que los derechos derivados de la patria potestad exclusivamente pueden ser limitados por resolución judicial o legal.

Queda claro que los casos en que se realice la conducta delictiva, como los de violencia familiar, quedan comprendidos como causas de justificación o inculpabilidad o de cualquier otro elemento negativo del delito, según sea el caso, habrá una ausencia del delito.

BIBLIOGRAFÍA:

- 1) ACOSTA ROMERO, Miguel. *Compendio del Derecho Administrativo Parte General* Editorial Porrúa. S.A. de C.V., México 1996.
- 2) AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda *Derecho Penal* Editorial OXFORD Univeristy Press, Edición Tercera, México 2005.
- 3) ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. *Introducción a la Ciencia Política*. Editorial Harla S.A. de C. V. Edición Segunda. México 1990
- 4) ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*. Editorial Miguel Ángel Porrúa S. A. México 1979.
- 5) ARRUABARRENA, Ma. Ignacia, DE PAÚL Joaquín *Maltrato de los niños en la familia (evaluación y tratamiento)* Editorial ediciones pirámide, S. A. Madrid. España 1994.
- 6) BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Editorial Porrúa, S.A. Edición Vigésima. México 1986.
- 7) CASTRO, Juventino V.. *Lecciones de Garantías y Amparo*. Editorial Porrúa, S.A. Edición Tercera México 1989.
- 8) CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *La familia en el Derecho (Relaciones Jurídicas Conyugales)*. Editorial Porrúa Edición Cuarta. México, 1997.
- 9) CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. Editorial Porrúa. México, 1991.
- 10) CASTELLANOS TENA Fernando. . *Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General)*. Editorial Porrúa, Edición Trigésima séptima México, 1997.

- 11) CUEVA, Mario de la. *Teoría del Estado*. Editado por Francisco Berlín Valenzuela. Agosto de 1961.
- 12) CUEVA, Mario de la. *Teoría de la Constitución*. Editorial Porrúa S.A. México 1982,
- 13) DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *La Defensa Jurídica de la Constitución en México*. Editorial Grupo Herrero, S.A. de C.V. México, 1994
- 14) DESPERT, Louise J. *Hijos del Divorcio*. Ediciones Horme. Volumen VIII, S.A. E. Distribución exclusiva: Editorial Paidós, Buenos Aires
- 15) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil (Primer Curso. Parte General. Personas. Familia.)* Editorial Porrúa. Edición Decimasexta. México 1997
- 16) GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*. Editorial Porrúa S.A. Edición Octava. México 1992,
- 17) JOHNSON Laurene, y GEORGLYM Rosenfeld *El Divorcio y los Hijos*. Editorial Norma, México-Colombia, 1992
- 18) LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Editorial COLOFÓN S. A. México. D. F. 2002
- 19) LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Delitos en Particular I*, Editorial Porrúa, S. A. Edición Cuarta México 1997.
- 20) MARCOROVICH K., Jaime. *El Maltrato a los Hijos "El más oculto y menos controlado de todos los crímenes violentos"* Editorial Edicol, México 1978

- 21) MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Ciudad de Buenos Aires 1998.
- 22) MORALEDA, Mariano. *Psicología Del Desarrollo (Infancia, Adolescencia, Madurez y Senectud)* Editorial Alfaomega marcombo, Boixarereu editores. México 2000.
- 23) PAPALIA E., Diane, et al. *Desarrollo Humano* Editorial Mc. Graw Hill. Edición Octava. Colombia 2003.
- 24) PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano (Parte General)*. Editorial Porrúa, S. A. Decimosegunda Edición, México 1995.
- 25) PEDRO SAGÜÉS, Néstor. *Elementos de Derecho Constitucional. Tomo I*. Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires 1993
- 26) PÉREZ CONTRERAS María de Montserrat. *Derechos de los Padres y de los Hijos*. Cámara de Diputados. LIX legislatura. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial. México 2004.
- 27) PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Las Garantías Individuales, Parte General* Colección Garantías Individuales. Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2004,
- 28) PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Las Garantías de Seguridad Jurídica* Colección Garantías Individuales. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2004,
- 29) PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. Editorial Porrúa, S.A. Edición Decimatercera. México 1979.

- 30)ROJINA VILLEGAS, Rafael *Compendio de Derecho Civil I* Editorial Porrúa Edición Trigésima Tercera. México 2003.
- 31)SANZ Diana, MOLINA Alejandro *Violencia y Abuso de la Familia* Editorial LUMEN HVMANITAS Argentina 1999
- 32)SERRA ROJAS, Andrés. *Ciencia Política*. Editorial Porrúa S.A. Edición Décima. México 1991.
- 33)SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Manual de Juicio de Amparo*. Editorial Themis Edición. 2º México 2003
- 34)SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Medios y Publicaciones*, México D. F. 23 de Agosto de 2006.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS:

- 1) AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda I y Villasana Díaz, Ignacio. *Diccionario de Derecho Penal*. Editorial Oxford. Segunda Edición México 2006.
- 2) *DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA* CD. ROM.
- 3) *ENCICLOPEDIA MICROSOFT®* Encarta® 2002. © 1993-2001 Microsoft Corporation.
- 4) DE PINA, Rafael y De Pina Vara Rafael. *Diccionario de Derecho* Editorial Porrúa S.A. Vigésima Primera Edición México 1995,
- 5) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano* P-Z. Editorial Porrúa Universidad Nacional Autónoma de México. México 1988
- 6) *NUEVO DICCIONARIO DE DERECHO PENAL*, Editorial, Librería MALEJ S. A. de C. V. Edición segunda. Bogotá Colombia, 2004.
- 7) OMEBA. *Enciclopedia Jurídica*. Tomos III, XXIV, XXV, Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires Argentina 1986.
- 8) PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal (analítico-sistemático)* Editorial Porrúa. Edición Segunda, México 1999.
- 9) ROJAS, Andrés. *Diccionario de Ciencia Política*. Tomo A-LL. Editorial Facultad de Derecho, Fondo de Cultura Económica. México 1998.

LEGISLACIÓN:

- 1) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
- 2) CÓDIGO PENAL FEDERAL
- 3) CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 4) CÓDIGO CIVIL FEDERAL
- 5) CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 6) CD. ROM COMPILA LEGISLACIÓN FEDERAL Y DEL DISTRITO FEDERAL, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2007

ANEXOS

Anexo 1

Novena Época

Semanario Judicial de la Federación

Tomo V, Febrero de 1997

Página 30.

AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON LOS QUE SOSTIENEN QUE LOS JUZGADORES DE AMPARO VIOLAN GARANTÍAS INDIVIDUALES, SOLAMENTE EN ESE ASPECTO. Históricamente, las garantías individuales se han reputado como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público. Son derechos públicos subjetivos consignados en favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo. Los Jueces de Distrito, al conocer de los distintos juicios de amparo de su competencia, y no de procesos federales, ejercen la función de control constitucional y, en ese caso, dictan determinaciones de cumplimiento obligatorio y obran para hacer cumplir sus determinaciones, según su propio criterio y bajo su propia responsabilidad, por la investidura que les da la ley, por lo que, a juicio de las partes, pueden infringir derechos subjetivos públicos de los gobernados. Ahora bien, aun cuando en contra de sus decisiones procede el recurso de revisión, este no es un medio de control

constitucional autónomo, a través del cual pueda analizarse la violación a garantías individuales, sino que es un procedimiento de segunda instancia que tiende a asegurar un óptimo ejercicio de la función judicial, a través del cual, el tribunal de alzada, con amplias facultades, incluso de sustitución, vuelve a analizar los motivos y fundamentos que el Juez de Distrito tomó en cuenta para emitir su fallo, limitándose a los agravios expuestos. Luego, a través del recurso de revisión, técnicamente, no deben analizarse los agravios consistentes en que el Juez de Distrito violó garantías individuales al conocer de un juicio de amparo, por la naturaleza del medio de defensa y por la función de control constitucional que el *a quo* desempeña, ya que, si así se hiciera, se trataría extralógicamente al Juez del conocimiento como otra autoridad responsable y se desnaturalizaría la única vía establecida para elevar las reclamaciones de inconstitucionalidad de actos, que es el juicio de amparo; es decir, se ejercería un control constitucional sobre otro control constitucional.

Anexo 2

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, XXX

Página: 81

ROBO DE INFANTE. El secuestro, plagio o robo de infante, es considerado por los tratadistas como arquetipo de los delitos continuos, según los denominan nuestra ley penal y Garraud, o

permanentes, como les llama Von Liszt, porque se prolongan sin interrupción por mas o menos tiempo las acciones o las omisiones que los constituyen, según lo expresa el artículo 19 in fine del Código Penal. Aplicados estos principios, tienen como consecuencia que mientras estuvo la pequeña niña en casa de la acusada, conociendo ésta la sustracción, continuaba ejecutando el secuestro y si en esta fase todavía de plena realización, prestó ayuda cooperando en el delito, no sólo con omisiones tales como no dar parte a la autoridad ni devolver a sus padres a dicha niña, sino con actos positivos como los de reinscribirla alterando sus derechos de familia al hacerla aparecer falsamente como hija suya, ello constituye, a no dudarlo, esa intervención, auxilio o cooperación en la ejecución del delito al tenor de las fracciones I y II del artículo 13 del mismo código punitivo. Por otra parte la naturaleza especial del plagio o secuestro, recae en una persona y no en una cosa, si aquella es de muy corta edad, y una de las finalidades perseguidas por los delincuentes es desnaturalizar su estado civil alterando derechos de familia, por lo que esa intención criminosa, se agota propiamente en su aspecto inmaterial, con los actos falsos que otorgan aparentemente esos derechos de familia a los secuestradores o a terceros, quitándoselos a sus verdaderos progenitores o a los otros parientes. Así es que la quejosa coadyuvó en plena ejecución del delito, y en la forma más temible y eficaz.

Amparo directo 6049/55. María Guadalupe Carreón Carrasco. 14 de agosto de 1957. Cinco votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez.

Anexo 3

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXV

Página: 1875

ROBO DE INFANTE, DELITO DE. El robo de infante se refiere a la privación ilegal de la libertad, en tanto que el tipo descrito en el artículo 367 del Código Penal alude a la lesión económica de las personas, y siendo esto así, se trata de dichos tipos de bienes jurídicos distintos protegidos por la ley. El término robo empleado por el artículo 366 no debe tomarse como una referencia exacta al robo descrito en el artículo 367, sino como sinónimo de apoderamiento: roba un infante quien se apodera de él; y por apoderamiento se entiende el acto mediante el cual el sujeto activo del delito subtrae al menor de doce años de la esfera de custodia de sus padres o tutores o guardadores y lo desplazan hacia la suya.

Amparo penal directo 231/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 5 de septiembre de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Teófilo Olea Leyva.

Anexo 4

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIII, Mayo de 1994

ROBO DE INFANTE. REPARACIÓN DEL DAÑO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA). El artículo 33, fracción I del Código Penal del Estado de Baja California, emplea el término "cosa", al referirse a aquello que fue obtenido por la comisión de un delito, sin embargo, tratándose específicamente del delito de sustracción de menores, también conocido como robo de infante, en el que el apoderamiento fue de un menor de doce años, es de suponerse que es el infante el que debe ser restituido a quien tenga derecho a ello, pues sería absurdo pensar que habiéndose comprobado el cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado, no se le condenara a la restitución del menor.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 116/94. Irma Yolanda Félix Meza. 22 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Morales Hernández. Secretario: Eduardo Rodríguez Álvarez.

Anexo 5

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XII, Noviembre de 1993

Página: 428

ROBO DE INFANTE, DELITO DE. ES UNA FORMA DE COMISIÓN DEL TIPO PENAL PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD. Dentro del tipo genérico privación ilegal de la libertad previsto en el artículo 366 del Código Penal para el Distrito Federal, existen seis formas de comisión que configuran el plagio o secuestro que no necesariamente tiene fin económico, pues también comprende causar perjuicio a una persona determinada, o bien integrar a la familia del delincuente a la persona secuestrada, encontrándose en tal hipótesis legal el robo de infante, previsto en la fracción VI del aludido artículo 366, que tutela la seguridad del menor de doce años frente a extraños a su familia que no ejerzan la tutela sobre el menor, siendo inexacto que tal tipo no se integra cuando no se obtiene algún beneficio económico, pues no se está en presencia de un ilícito patrimonial, sino del injusto apoderamiento de una persona de las características precisadas.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 247/93. María Luisa Guerrero González. 16 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: Santiago F. Rodríguez Hernández.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Segunda Parte, Volumen 32, página 51 y Volumen 88, página 27.

Anexo 6

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XII, Agosto de 1993

Página: 514

PLAGIO O SECUESTRO. BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO DE. El bien jurídico tutelado en el delito de plagio o secuestro, es la libertad externa de la persona, libertad de obrar y de moverse, supuesto que el dolo o elemento psíquico consiste en la conciencia y voluntad del delincuente para privar ilegítimamente a alguien de la libertad personal, ya con el fin de pedir rescate o bien de causar daño.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo directo 638/92. Roney Pereyra Nucamendi. 28 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Arturo J. Becerra Martínez.

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, VIII

Página: 53

PLAGIO. SUSTRACCIÓN DE MENORES (LEGISLACION DE JALISCO). Es indudable que las expresiones de plagio y secuestro, en su connotación vulgar incluyen el propósito de obtener un rescate;

pero no sucede así en la connotación jurídica, pues como se ve del artículo 329 del Código Penal de Jalisco, sólo en la fracción I se habla de la obtención del rescate, no así en las demás fracciones, en las que se atiende a su forma de comisión. En cuanto a la sustracción de menores, que es el término correcto del llamado robo de infante y previsto en la fracción V del precepto que se comenta, constituye un ilícito autónomo y pudo destacarse en un precepto separado, pero se le incluyó en el que se comenta y que forma parte, a su vez, del capítulo “Privación ilegal de libertad”, al estimarse que el menor tiene, aunque muy limitado, el derecho a su libertad. Pero lo que más importa para el caso es que se trata de un ilícito en el que el sujeto pasivo también lo es la familia del infante o menor y que no exige de suyo, ni la solicitud ni mucho menos el pago de un rescate, pues la sustracción obedece, en muchos casos, a intereses o conveniencias de índole muy diversa a la económica.

Amparo directo 2763/57. María Rentería Garza.
8 de febrero de 1958. Unanimidad de cuatro votos.
Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Anexo 7

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: C

Página: 1665

ROBO DE INFANTE, DELITO DE. Está comprobado el delito de robo de infante, si la unión libre, existente entre el acusado y la querellante, madre de la menor, había terminado por la separación de ambos, y en la investigación aparece que dicho acusado se apoderó de la menor, aprovechándose de un instante en que ésta se encontraba con otro hermano pequeño, fuera del cuidado de la madre y para llevar a cabo el apoderamiento, hubo necesidad de arrebatarse a dicha menor.

Amparo penal directo 8824/48. Medina Montañez Amilcar Javier. 24 de junio de 1949. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, XXV

Página: 102

ROBO DE INFANTE. Se realiza la infracción de robo de infante, desde el momento en que el agente activo se apodera de un menor de doce años de edad, sea contra su voluntad o con su anuencia, dada la corta edad señalada por la ley al sujeto pasivo, de la que se infiere incompleto desarrollo psíquico y físico, que le impide oponer resistencia eficaz a las pretensiones del autor, al extraerlo de la esfera de acción familiar o de quien ejerce la patria potestad, para hacerlo ingresar a una controlada por él.

Amparo directo 1014/59. Ángel Zárate Zárate. 2 de julio de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Anexo 8

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, LXII

Página: 63

ROBO DE INFANTE (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL). Si los inculpados, extraños a la familia del menor ofendido, no ejercen sobre éste la patria potestad y se apoderaron de él por medio de la violencia física, privándolo en esta forma de su libertad aunque haya sido en forma momentánea, pues cuando se lo llevaban fueron detenidos y desapoderados del citado menor, quedaron probados los elementos constitutivos del delito de robo de infante, previsto en la fracción V del artículo 366 del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Amparo directo 1636/62. Blas Cervantes Bravo y coagraviados. 16 de agosto de 1962. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Anexo 9

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Febrero de 1998
Tesis: 1a./J. 4/98
Página: 92

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. El delito de privación de la libertad no exige para su configuración alguna circunstancia concreta y necesaria de temporalidad, toda vez que se integra en todos sus elementos, constituidos desde el momento mismo en que se lesiona el bien jurídico tutelado, que es la libertad del individuo, al evitar el libre actuar del sujeto pasivo de la infracción, siendo el elemento distintivo del delito instantáneo, que esta conducta puede prolongarse por más o menos tiempo, según lo establecen los diversos preceptos de los Códigos Penales.

Contradicción de tesis 61/97. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 3 de diciembre de 1997. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

Tesis de jurisprudencia 4/98. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintiuno de enero de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de cinco votos de los Ministros presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Anexo 10

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Diciembre de 1997

Tesis: VI.4o.8 P

Página: 699

SUSTRACCIÓN DE MENORES, COPARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 21 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla se refiere a los “responsables de los delitos”, que comprende a los autores y a los cómplices; esto es, sólo admite dos categorías, pues por cuanto a la de encubridores, el texto vigente de esa legislación los ubica en su artículo 209, no como grado de participación, sino como delito específico. Luego, tratándose del delito de sustracción de menores, previsto en el artículo 283 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, en que se requiere que un sujeto calificado, ya sea el padre o la madre de aquéllos, se apodere de los mismos, quitándolos de la custodia que corresponde al otro, admite la coautoría material de un tercero ajeno al parentesco, si quien, en forma voluntaria y consciente, participa en la comisión de él junto con el sujeto activo calificado, ya sea en la concepción, esto es, en la ideación del evento criminoso, la preparación, o induciendo o compeliendo a otros a cometerlo, o bien, auxiliando o cooperando en cualquier forma en su ejecución con los agentes delictivos, aun posterior a ella por concierto previo. Esto es así porque en la coparticipación, tratándose de un delito que sólo admite sujeto calificado, no sólo se comprende a los

autores materiales, sino también a aquellos que figuren como autores intelectuales o cómplices, pues entre ambos existe un propósito común, consciente, que sea ejecutado en forma voluntaria y que, precisamente, une al codelincuente con el hecho delictuoso, con independencia de su calidad; no considerarlo así, llevaría a la dificultad, en la práctica, de no reprimir la acción delictuosa, ya que estaría siempre supeditada a un proceso de encubrimiento, de acuerdo con la legislación penal local, lo que desde luego dejaría a un lado a quienes, de acuerdo con la estructura del referido artículo 21, debieran estar incluidos dentro del concepto “Son responsables de la comisión de un delito ...”, texto que implica un término plural, para quienes intervengan en la concepción, preparación o ejecución de los delitos.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 550/97. Moisés Espinoza López. 3 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Diógenes Cruz Figueroa. Secretario: Arnoldo Guillermo Sánchez de la Cerda.

Anexo 11.

la federalización de estos nuevos tipos penales pretende que con la participación de la Procuraduría General de la República, se alcance mayor eficacia en la investigación de estos delitos, ya que actualmente, la naturaleza de este fenómeno delictivo en las que intervienen bandas organizadas con alcances internacionales, impide una adecuada indagatoria al no

existir la coordinación rápida y eficiente entre las autoridades policiales de las entidades federativas, no permite la oportuna y eficaz actuación para detener a quienes han incurrido en la comisión estos delitos.

Así, al tener la Procuraduría General de la República conocimiento de la conducta delictuosa se agilizaría la investigación y persecución de los delitos, al contar con un campo de acción en todo el territorio nacional y no únicamente en el ámbito espacial de las entidades federativas

Anexo 12

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XV, Mayo de 2002

Tesis: I.9o.P.6 P

Página: 1245

MENORES INFRACTORES. EL PRECEPTO 88 DE LA LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES INCONSTITUCIONAL. El artículo 88 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, no es inconstitucional por prever como medida de tratamiento la internación del menor, pues cabe señalar que no sólo no es la única medida que puede imponer el consejero unitario, sino además indica las reglas para su imposición, es decir, el consejero está

sujeto a tomar en consideración la gravedad de la infracción y las circunstancias personales del menor, así como que deberá tener como base el dictamen que elabore el Comité Técnico Interdisciplinario, tal como lo dispone el numeral 24, fracción IV; independientemente de ello, es pertinente precisar que la Convención sobre los Derechos del Niño contempla la detención, el encarcelamiento o la prisión, como medida de último recurso, siempre que se lleve a cabo de conformidad con la ley; por tanto, si el comité técnico y/o el consejero unitario (en nuestro país, o la denominación que se le dé en cualquiera de los países signantes), tomando en consideración la gravedad de la infracción, así como las circunstancias personales del menor, advierten que cualquier otra medida no sería suficiente para adaptarlo, se insiste, no se contrapone con lo dispuesto en los ordinales 37, inciso c) y 40, inciso 4, de la Convención sobre los Derechos del Niño y, consecuentemente, no transgrede el precepto 133 constitucional.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 449/2002. 28 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: José Manuel Yee Cupido.